

00781

12/29.

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

**DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE
DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO.**

**LA LIBERTAD EN EL DERECHO PROCESAL PENAL
FEDERAL MEXICANO**

T E S I S

Que para obtener el título de

DOCTOR EN DERECHO

presenta

LIC. ALFREDO GENIS GONZÁLEZ-MÉNDEZ

DIRECTOR DE TESIS.

DR. JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ

México, D.F. a de 1998.

264584

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

Titulo de la tesis:

LA LIBERTAD EN EL DERECHO PROCESAL PENAL FEDERAL MEXICANO

Grado y nombre del tutor o director de tesis:

DR. EN DERECHO JOSE LUIS SOBERANES FERNANDEZ

Institución de adscripción del tutor o director de tesis:

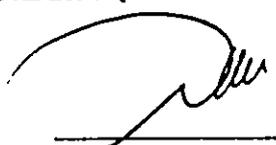
DIRECTOR DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA UNAM

Resumen de la tesis: (Favor de escribir el resumen de su tesis a máquina, como máximo en 25 renglones a un espacio, sin salir de la extensión de este cuadro.)

ES UN ESTUDIO CONSTITUCIONAL DE TODOS Y CADA UNO DE LOS DE LOS TIPOS DE LIBERTADES JURIDICAS QUE EXISTEN EN NUESTRO SISTEMA JURIDICO PENAL FEDERAL MEXICANO, EN ESE SENTIDO SE TOMO COMO PREMISA MAYOR EL PARTIR DEL ESTUDIO DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS; POSTERIORMENTE SE ESTUDIO Y SE REALIZO LA INVESTIGACION CONFORME AL CODIGO PENAL FEDERAL, AL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, ES DECIR, SE ESTUDIARON LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION, LA LIBERTAD PROVISIONAL SIN CAUCION, LA LIBERTAD POR DESVANECIMIENTOS DE DATOS, LA LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR, LA LIBERTAD POTESTATORIA, ETC. POR OTRO LADO TAMBIEN SE INVESTIGO LAS FORMAS EN QUE SE PUEDEN OBTENER LA LIBERTAD, TALES COMO LA PRESCRIPCIÓN, CASUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO COMO LEGITIMA DEFENSA, ESTADO DE NECESIDAD, CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO, HACEMOS UN ANALISIS MAS PROFUNDO SOBRE LA FIGURA DEL ERROR EN MATERIA PENAL, TAMBIEN SE PROPONE UN METODO DE ESTUDIO, EN TRATANDOSE DE TEORIA DEL DELITO.

LOS DATOS ASENTADOS EN ESTE DOCUMENTO CONCUERDAN FIELMENTE CON LOS REALES Y QUEDO ENTERADO QUE, EN CASO DE CUALQUIER DISCREPANCIA, QUEDARÁ SUSPENDIDO EL TRÁMITE DEL EXAMEN

Fecha de solicitud: 2 de abril de 1998


Firma del alumno

Acompaño los siguientes documentos:

- Nombramiento del jurado del examen de grado
- Aprobación del trabajo escrito por cada miembro del jurado
- Copia de la última revisión de estudios
- Comprobante de pago de derechos por registro del grado

Biblioteca del Plantel



DERECHO
Entrega ejemplares de tesis

Biblioteca Central

Agradecido de por vida al señor.

Al Sr. Dr. Don José Luis Soberanes Fernández.

A Eliza y Diego Puente.

A la Universidad Nacional Autónoma de México.

Abreviaturas.

C.P.E.U.M. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

C.P. Código Penal Federal en materia de fuero común y para todo la república en materia de fuero federal.

C.F.P.P. Código Federal de procedimientos penales.

C.P.P.D.F. Código de procedimientos penales para el distrito federal.

L.O.P.G.R. Ley orgánica de la Procuraduría General de la República.

S.C.J.N. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

S.J.F. Semanario Judicial de la Federación.

Art. Artículo.

Obs. Cit. Obra citada.

t. Tómo

p. Página.

q. Quejoso.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como fin el estudio de los diferentes tipos de libertades que todo individuo puede gozar al momento de ser privado de su libertad.

Los métodos que se utilizan en la presente investigación, son el descriptivo, el analítico y el comparativo. Se analiza lo que juristas extranjeros y nacionales opinan, en relación al tema, después se estudia lo que nuestro máximo tribunal ha resuelto y, por último, damos nuestro punto de vista en relación con los tipos de libertades.

Primeramente, se hace una reflexión sobre las diferentes escuelas -dogmática y positivista- que estudian al derecho de un país. Así llegaremos a definir lo que es una Constitución desde el punto de vista de los dogmáticos y así como de los positivistas; se comparan tanto a juristas extranjeros como a juristas nacionales, tomando en consideración lo que nuestro máximo tribunal de justicia a dictado en relación al tema.

A partir de lo anterior, hacemos un análisis sobre el nacimiento de la principio de legalidad nacional mexicana, desde la perspectiva de la escuela dogmática y la de la positiva. Es de gran importancia esto, toda vez que dicho principio tiene como finalidad limitar las funciones de los servidores públicos que procuran, administran o ejecutan, la libertad de los gobernados. Asimismo, estudiamos de los efectos jurídicos que tiene el principio de legalidad nacional, en el derecho penal mexicano y en el derecho procesal penal federal mexicano, y en relación con el principio de legalidad, se revisan, en forma general las fuentes de derecho y en forma particular las fuentes del derecho penal.

Consideramos importante, antes de empezar a estudiar los diferentes tipos de libertades o bien las diferentes causas por las cuales se puede también obtener la libertad, definir lo antagónico de la esencia del tema de la libertad que es la prisión.

En el presente trabajo de investigación, se estudia a la libertad a partir de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Penal Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales.

Se analiza la libertad provisional bajo caución, se hace un breve estudio sobre el auto que debe calificar la constitucionalidad, para ratificar o no la detención de los procesados; judicialmente hablando, se investigó sobre las causas que excluyen el delito (mal denominado por el legislador, desde nuestro punto de vista). Se profundizó más en el estudio del error, por tratarse de un tema de gran polémica a lo largo de la historia de las escuelas causalistas y finalistas, es importante para nosotros porque si se logra acreditar esta figura jurídica no será responsable quien haya cometido cualquier delito bajo esta hipótesis legislativa.

Estudiamos las libertades que se encuentran reguladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Código Penal Federal adjetivo y sustantivo.

Por último, hacemos propuestas de cambios constitucionales, relacionados con algunas libertades de los gobernados.

CAPÍTULO I

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA MEXICANA

A través de los estudios realizados, durante la etapa de preparación universitaria y en las aulas del posgrado, he encontrado que existen dos escuelas o métodos que estudian el nacimiento del mundo jurídico o normativo desde el punto de vista filosófico.

El primero de los métodos justifica el nacimiento del derecho como demanda social, por considerar que se debe de regular ciertos tipos de conducta y proteger ciertos valores filosóficos: morales, sociales y naturales, para que de esta forma se pueda alcanzar el bienestar social y común de las personas dentro de una sociedad; a esta escuela se le denomina iusnaturalista.

La escuela iusnaturalista pertenece al mundo jurídico del “deber ser”, y justifica su existencia argumentando que el derecho es el conjunto de normas jurídicas que deben ser respetadas y que sirven para regular la conducta del individuo dentro de una sociedad. Así, Kant manifiesta que el carácter obligatorio de respeto a la norma es de carácter moral.¹ De esta definición Kantiana, podemos deducir que la norma jurídica se respeta por los valores filosóficos, y el incumplimiento de esta norma trae como consecuencia un juicio de reproche.

Por otro lado, existe la escuela positivista, la cual pertenece al mundo jurídico del “ser”, y ello significa que al derecho lo definen como el conjunto de normas jurídicas que regulan ciertas conductas del individuo dentro de una determinada sociedad.

¹ Kant. M., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa Calpe, 1932, p.33.

Uno de los principales innovadores de esta escuela es Hans Kelsen, y más adelante comentaremos su punto de vista sobre esta escuela.

En uso actual del lenguaje, estas dos escuelas han recibido otra denominación: los que consideran que el derecho es creación de la razón pura, que son los iusnaturalistas, a quienes denominaremos doctrinarios dogmáticos y los que consideran que el derecho se crea a través de un procedimiento legislativo, los iuspositivistas, a los cuales llamaremos doctrinarios positivistas.

A continuación, transcribiremos algunas de las definiciones de Constitución elaboradas por juristas a los que se considera doctrinarios dogmáticos, y posteriormente escribiremos algunos de los conceptos sobre la Constitución desde el punto de vista positivista .

1. *Escuela dogmática*

Mencionaremos primeramente aquellos autores, que fueron los primeros en estudiar el contenido y alcance del concepto de Constitución.

Fernando Lasalle, cuestionado sobre la naturaleza de la Constitución, dijo: una Constitución es la suma de factores reales de poder que rigen en ese país. Y con todo acierto distinguió dos constituciones: la real, la efectiva, que es la representación de los factores reales de poder, y la Constitución escrita, a la que le da el nombre de hoja de papel .²

² Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, 5a edición, México, UNAM , 1982. p. 19.

Este autor considera que la Constitución se resume en los factores reales de poder de un país, argumentando que ésta es la Constitución real y efectiva, y a la Constitución escrita de un país le da el nombre de hoja de papel. Lo que a nosotros nos interesa en relación con este punto de vista, es que Lasalle define a la carta fundamental como la suma de poderes reales que sirven para gobernar un Estado o país, dejando a un lado lo importante que es esa hoja de papel; la Constitución escrita es la que siempre va a regir a un país, eso es lo que se considera como el derecho positivo de un Estado, y es lo que va a determinar su forma de gobierno y su sistema legal.

Carl Schmitt, define a la Constitución como la “concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado. A todo Estado corresponde: unidad política y ordenación social; unos ciertos principios de la unidad y ordenación; alguna instancia decisoria competente en el caso crítico de conflictos de intereses o de poderes. Esta situación de conjunto de la unidad política y la ordenación social se puede llamar Constitución”.³ De esta manera Schmitt define a la carta magna como la *organización* política de un país.

En ese orden de ideas, el mismo autor continúa enfocando el concepto de Constitución como una manera especial de ordenación política y social. “Constitución significa aquí el modo concreto de la supra y subordinación. Aquí, la Constitución es la forma especial del dominio que afecta a cada estado y que no puede separarse de él; por ejemplo: monarquía, aristocracia o democracia, o como se quiera dividir las formas de gobierno. Constitución es la *forma* de gobierno”.⁴

³ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Editora Nacional, México, 1981, p. 4

⁴ Idem, p. 5.

Cuando Schmitt, toca el tema relacionado con las normas jurídicas y que estas a su vez forman una Constitución, el autor las ubica -a las leyes- como parte del mundo del deber ser, leamos:

Constitución no es una actuación del ser, ni tampoco un devenir dinámico, sino algo normativo, un simple (deber-ser). El estado se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la Constitución como norma fundamental; es decir, en una unidad de normas jurídicas. La Constitución es el Estado, porque el Estado es tratado como un *deber ser* normativo, y se ve en él sólo un sistema de normas, una ordenación “jurídica”, que no tiene una existencia en el ser sino que vale como deber, porque no obstante puesto que aquí se coloca una unidad cerrada, sistemática, de normas y se equipara con el Estado, sirve para fundar el concepto absoluto de Constitución. ⁵

Carl Schmitt opina, como acabamos de leer, que el mundo normativo corresponde al mundo del deber ser, y equipara a la ley y/o a la Constitución con el Estado, ya que considera que el Estado es tratado como un deber ser normativo.

Los doctrinarios dogmáticos opinan que cierto tipo de conductas de los individuos deben ser reguladas a través de la ley, para que de esta forma se alcance el bienestar común de la sociedad.

Por otro lado, y estando totalmente en contra de esta ideología se encuentra la escuela positivista.

⁵[dem, p. 8

2. *Escuela positivista*

Apunta el doctor José Luis Soberanes Fernández., que el fundador del positivismo fue el pensador francés Augusto Comte, quien además fue el iniciador de la sociología.⁶

La ideología de Augusto Comte consistió, según la obra antes citada en proponer un sistema de ciencias, partiendo de las matemáticas que estudiaba los hechos más simples y generales como son los sociales.⁷

Ahora bien, nos comenta el doctor Soberanes que en México después de la independencia:

se suscitó la polémica entre monárquicos y republicanos, posteriormente entre centralistas y federalistas y finalmente entre conservadores y liberales, así como se fueron alternando en el poder hasta que, cuando parecía que habían triunfado los liberales en la revolución de Ayutla y con la Constitución de 1857, vinieron dos guerras terribles, las más sangrientas de todo el siglo XIX, y ambas, lógicamente, con un fondo ideológico, nos referimos por supuesto a la de reforma y a la intervención francesa, para que con el éxito de las armas republicanas sobre los imperial-conservadores en 1867 triunfara definitivamente el proyecto liberal.⁸

En México, el positivismo, afirma el citado autor, nació durante la administración del general Porfirio Díaz: Juárez, Lerdo y Díaz, fueron tres presidentes liberales; sin embargo, durante la administración de Díaz se abrió paso a una nueva concepción del mundo y de la vida: el positivismo, hijo legítimo y directo del liberalismo, y su hermano menor, el capitalismo.⁹

⁶ Soberanes Fernández, José Luis, *Historia del sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 1990, p. 81.

⁷ Idem, p.82.

⁸ Idem, p.80.

⁹ Idem, p.81.

Empezaremos por estudiar, lo que para Hans Kelsen es la corriente filosófica iuspositivista, también lo haremos con algunos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que nos dan una visión más clara sobre el concepto de Constitución; analizaremos el criterio formado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre el mismo concepto, así como con los puntos de vista de algunos autores extranjeros; posteriormente comentaremos los conceptos sobre la Constitución de connotados juristas nacionales y, por último, daremos nuestra opinión al respecto.

Hans Kelsen, uno de los principales iuspositivistas de Europa y América, al interpretar el concepto de Constitución nos dice que es “el principio fundamental de la creación del orden jurídico, y así como el derecho Constitucional constituye el fundamento de todo el derecho restante”.¹⁰ De esta observación podemos concluir que la Constitución es el fundamento de todo el sistema jurídico positivo de un Estado.

Líneas más adelante, Kelsen detalla más su definición, diciendo que Constitución es “la unidad de validez de todo un determinado orden jurídico (y que) la validez de una norma la determina otra norma y la validez de ésta, a su vez, la determina una tercera norma, que está (a su vez) determinada por otra norma, y en esta forma podemos remontarnos a una primera norma, la cual es la base de validez de un todo orden jurídico, y esto es la Constitución”.¹¹ Aquí podemos apreciar que el término “validez” es fundamental para la existencia del derecho positivo de un país, y que, la primer norma, es la fundamental, misma que da vida, a un sistema jurídico determinado.

¹⁰ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, Editora Nacional, México, 1979, p. 60.

¹¹ *Ibidem*.

Al concluir, el jurista determina que la forma de creación de la Constitución es la siguiente:

Reconoce este grado superior de Constitución recordando que la característica del derecho es la de regular su propia creación, es decir, la vía legislativa (el procedimiento de creación de las normas generales) puede estar determinada a su vez por otra norma positiva general. Esta norma recibe el nombre de constitucional, la Constitución representa por relación a la ley, en el sentido de que el procedimiento legislativo se haya determinado en los preceptos constitucionales, del mismo modo que la ley determina la sentencia judicial que él aplica.¹²

De aquí podemos deducir dos aspectos, primero que una de las características del derecho es la de su propia creación y segundo, es que lo regulado como procedimiento para la creación del derecho será ley constitucional.

Nuestra Constitución Política que fue creada el 5 de Febrero de 1917, es la cúspide del drama histórico persuadido por la lucha del pueblo mexicano, por conquistar la justicia general y para vivir bajo un régimen de Estado de Derecho.

A partir de lo establecido por la propia Constitución, en algunos de sus artículos, comprenderemos mejor este concepto:

Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

¹² Idem, p.60.

Artículo 41, (párrafo I) El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

De todo esto se desprende que el poder público dimana del pueblo, quien tiene en todo tiempo el derecho de modificar la forma de Gobierno (república representativa, democrática y federal), ya que la soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo. El pueblo ejerce su soberanía por medio de los tres poderes de la Unión: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, por voluntad nacional creadora de nuestra Constitución; es decir, el pueblo mexicano es el titular de la soberanía nacional y su voluntad se transcribe en la carta magna.

En el artículo primero de nuestra Constitución, no se hace distinción entre las personas pues señala 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.”

Del artículo 133 constitucional se desprende que nuestra carta magna, es la ley suprema de toda la unión mexicana, de aquí su calidad de Constitución:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Por su parte, nuestro máximo tribunal de justicia ha dictado criterio definiendo a la Constitución desde un punto de vista positivista. Dicho tribunal, ha interpretado conceptualmente a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, diciendo que es el ordenamiento jurídico supremo de toda la Unión, que unifica y da validez nacional a todo el sistema legal positivo mexicano:

CONSTITUCIÓN FEDERAL, SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SI Las reformas de los artículos 49 y 131 de la Constitución, efectuadas por el Congreso de la Unión, no adolecen de inconstitucionalidad, ya que jurídicamente la Carta Magna no tiene ni puede tener contradicciones, de tal manera, que siendo todos sus preceptos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalece sobre los demás; por lo que no se puede decir que alguno de sus estatutos no deban observarse por ser contradictorios a lo dispuesto por otros. La Constitución es la norma fundamental que unifica y da validez a todas las demás normas que constituyen un orden jurídico determinado y conforme a su artículo 133, la Constitución no puede ser inconstitucional; es un postulado sin el cual no se podría hablar de orden jurídico positivo, porque es precisamente la Carta Fundamental la que unifica la pluralidad de las normas que componen el derecho positivo de un Estado. Además siendo "La Ley Suprema de toda la Unión", únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con las disposiciones de la misma que en el Derecho Mexicano se contiene en el artículo 135 Constitucional, y únicamente por conducto de un órgano especialmente clasificado pueden realizarse las modificaciones o adiciones, y por exclusión, ningún otro medio de defensa como el juicio de amparo es apto para modificarla.¹³

Asimismo, y continuando con la interpretación de la Constitución Política de México, nuestro máximo tribunal de justicia ha manifestado que por consagrarse preceptos de orden público garantías individuales constituye esta la cima del orden jurídico nacional.

¹³ *Semanario Judicial de la Federación*, ejecutoria visible en el volumen 39, primera parte, bajo el rubro amparo en revisión número 8161/62, Salvador Piña Mendoza, de fecha 22 de marzo de 1972, unanimidad de 16 votos. p. 22.

CONSTITUCIÓN, VIOLACIONES A LA, NO SON CONVALIDABLES BAJO NINGÚN SUPUESTO. El artículo 16 Constitucional ordena que todos los actos dictados por las autoridades del país, se emitan dentro de los catálogos de atribuciones o facultades expresamente establecidos por la Constitución y las leyes. Es bien sabido que las autoridades solamente pueden hacer lo que expresamente les este permitido por la Constitución y demás ordenamientos, por lo que si actúan fuera de sus atribuciones, estarán realizando actos viciados de incompetencia y violatorios del artículo 16 Constitucional. Por otra parte, la Constitución Federal y especialmente las garantías individuales del gobierno son preceptos de orden público por excelencia, que constituyen la cima del sistema jurídico mexicano, razón la cual, los derechos consignados a favor de los gobernados son “irrenunciables”, y los actos de autoridad que se dicen en contravención a tales garantías no son convalidables bajo ningún supuesto. Si un acto administrativo fue dictado fuera de las atribuciones que han sido otorgadas a la autoridad emisora, está viciado de incompetencia y es violatorio del artículo 16 Constitucional; por lo tanto, si contra dicho acto se promueve un medio de impugnación argumentándose además precisamente el citado vicio, la autoridad que conozca del mismo está obligada a estudiar la violación y de ser fundada, a hacer la declaratoria respectiva, dejando sin efecto el citado acto. No es posible que el vicio de incompetencia se subsane o convalide por el simple hecho de que la autoridad que resuelve el medio de defensa, sea también por la competencia para emitir el acto impugnado, puesto que lo técnico y jurídicamente correcto en ese caso, es que la autoridad resolutora declare fundado el agravio hecho valer por la incompetencia de quien emitió el acto impugnado, dejando sin efecto, sin embargo debe hacerse notar, que la autoridad en el primer caso actuará como la substanciadora y resolutora en el medio de defensa de que se trate y en el segundo, como la emisora de un acto administrativo en perjuicio del particular, en ambos supuestos dentro de sus atribuciones, pero utilizando facultades distintas según la hipótesis jurídica que se presente.¹⁴

¹⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, ejecutoria visible en el volumen 175-180, sexta parte, bajo el rubro Amparo Directo 976/81, Comisión Federal de Electricidad, 9 de agosto de 1983, Primer Circuito, Tercero Administrativo. p.55.

Rafael Bielsa, por su parte, opina que la Constitución es: “Una carta de contenido jurídico-político, que establece o reconoce derechos y garantías, sobre todo en los derechos fundamentales concernientes a la libertad individual (tales) como libertad de trabajo, de locomoción, de enseñar y de aprender, de opinión (palabra oral y escrita, o prensa sin censura previa) y otras formas similares”.¹⁵ El autor define positivamente a la Constitución de un país, manifestando que ésta contiene los derechos fundamentales del ser humano, y continúa diciendo que “la constitución es además de ‘carta de derechos y garantías’ un ‘instrumento de gobierno’, porque ella establece los poderes, determina las atribuciones y limitaciones de ellos, y regula los modos de su formación”.¹⁶ Por último, este autor nos define a la Constitución desde el punto de vista del derecho positivo: “una constitución es un cuerpo de derecho positivo, un conjunto de normas de aplicación imperativa y concreta en la órbita del Estado, tanto a sus poderes como a los habitantes”.¹⁷ Con esto concluye su postura desde el punto de vista del derecho positivo.

Ahora bien, una vez que hemos analizado lo que este concepto de Constitución significa para algunos autores extranjeros, estudiaremos lo que nos dicen los autores nacionales sobre la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁵ Bielsa, Rafael, *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 3a.ed., Buenos Aires, p.1.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Idem*, p.74.

En primer término citaremos al doctor Rolando Tamayo y Salmorán, quien nos dice:

Una correcta explicación de Constitución ... presupone un claro entendimiento de los conceptos jurídicos de los cuales el concepto de la Constitución es dependiente. El concepto de Constitución no es un concepto primario. Tres, son fundamentales los conceptos que presuponen la noción de Constitución: 1) el concepto de orden jurídico; 2) el concepto de norma jurídica; y, 3) el concepto de facultad jurídica. ¹⁸ Entendiendo por Constitución de un '**orden jurídico**', el conjunto de normas que confieren facultades, establecidas por el primer acto constituyente del orden jurídico. Esta definición puede incluir todos los tipos de Constituciones y que es posible que existan. ¹⁹

Tamayo y Salmorán infiere que: "**todo orden jurídico** tiene forzosamente una Constitución, puesto que si un orden jurídico existe, posee, necesariamente, un conjunto de normas establecidas por el primer acto creador del orden jurídico; **normas que determinan ... las normas y procedimientos de la creación del derecho**". ²⁰ Con base en lo transcrito, podemos deducir que este autor coincide con la ideología kelseniana.

Manuel Herrera y Lasso, por su parte, nos indica que: "La Constitución es la ley primaria 'y las que de ella emanen' son leyes secundarias que expide el Congreso y las Legislaturas de los Estados, en sus respectivas jurisdicciones, sobre preceptos de la Constitución misma". ²¹ Consideramos acertada su postura ya que le está dando el valor jurídico que la Constitución tiene.

¹⁸ Tamayo, y Salmorán Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, UNAM, 1986, p. 279.

¹⁹ Idem, p. 293.

²⁰ Idem, p.247.

²¹ Herrera y Lasso, Manel, *Estudios políticos y constitucionales*, México, Editorial Porrúa, 1986, p.184.

Rafael de Pina, dice al respecto: "Constitución es el orden jurídico que constituye el Estado, determinando su estructura política, sus funciones características, los poderes encargados de cumplir, los derechos y obligaciones de los ciudadanos y el sistema de garantías necesarias para el mantenimiento de la legalidad".²² Este autor menciona algo que es muy importante resaltar; que en la Constitución se establece la garantía de legalidad creando los derechos y obligaciones de los individuos dentro y para la sociedad.

Felipe Tena Ramírez, define a la Constitución de la siguiente forma:

Una vez que el pueblo ejerció su soberanía ésta reside exclusivamente en la Constitución, y no en los órganos ni en los individuos que gobiernan. Advertirlo así es el hallazgo de Kelsen sólo un órgano normativo -dice- puede ser soberano, es decir, autoridad suprema, o última razón de validez de las norma que el individuo está autorizado a expedir con el carácter de mandatos y que todos los individuos están obligados a obedecer. El poder físico, que es un fenómeno natural, nunca puede ser soberano en el sentido propio del término.²³

Jorge Mancilla, nos señala que la carta fundamental es como "la norma fundamental que unifica y da validez a todas las legislaciones que constituyen el orden jurídico determinado; es decir, unifica la pluralidad de codificaciones que componen el derecho positivo mexicano de un Estado, de ahí su calidad de Ley Suprema."²⁴

²² Pina, Rafael de, *Diccionario de derecho*, México, Editorial Porrúa, 1989 p. 169.

²³ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*. México, Editorial Porrúa, 1980 p.11.

²⁴ Mancilla Ovando, Jorge A, *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*, México, Editorial Porrúa, 1988, p. 13.

Eduardo García Máynez, describe a la carta fundamental desde el punto de vista formal: “la palabra Constitución se aplica al documento que contiene las normas relativas a la estructura fundamental del Estado; desde el punto de vista material, en cambio, puede aplicarse a esa misma estructura, es decir, a la organización política, a la competencia de los diversos poderes y a los principios concernientes al status de las personas.”²⁵

3. *Nuestra opinión*

Haremos una breve reflexión, sobre las dos corrientes filosóficas que definen a la Constitución, primero analizaremos la postura de los *dogmáticos* y posteriormente la ideología de los *positivistas*.

Los dogmáticos definen a la Constitución como el conjunto de ordenamientos jurídicos que sirven para alcanzar el bien común de la sociedad. Es decir, que la norma jurídica va a regular el comportamiento del hombre dentro de la sociedad, ya que se piensa o considera que hay conductas que deben de regularse para alcanzar el bien común de la sociedad. Más aún, *los dogmáticos* equiparan a la Constitución con hipotético concepto de Estado, argumentando que el Estado equivale al deber ser normativo de una sociedad.

Haciendo un resumen sobre la conceptualización de Constitución desde el punto de vista *positivo*, concluimos lo siguiente:

Los más connotados juristas *positivistas* coinciden en que la Constitución Política de un país es el ordenamiento supremo que sirve para dar validez Constitucional a todo el sistema jurídico de normas que integran el derecho positivo de un Estado.

²⁵ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Editorial Porrúa, p 137.

La mayoría de los estudiosos del derecho, definen a la Constitución como la norma primaria o fundamental, de donde emana la estructura gubernamental, los derechos y las obligaciones, de los ciudadanos y la unificación de la pluralidad de las leyes secundarias.

Una vez estudiada y analizada la forma en que se elabora una Constitución y su contenido, definiremos lo que para nosotros significa Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Consideramos, a manera de definición, que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la norma fundamental que unifica a toda la legislación mexicana y da validez al orden jurídico mexicano; dentro del contenido de la propia Constitución se contemplan las facultades del poder público del gobierno federal y del de los estados, todos ellos reunidos en una Federación. También se establece el funcionamiento jurídico-mexicano que crea derechos y obligaciones, tanto para gobernantes como para gobernados; erigiéndose frente a ellos un Estado de derecho y de igualdad ante el imperio de la ley. Y por último contempla la propia Constitución (artículo 133) la supremacía constitucional y la obligación de respetarla (artículo 1), ya que las garantías individuales constituyen la cima del sistema jurídico nacional mexicano, por lo que los derechos y obligaciones constitucionales son irrenunciables y nunca podrán ser inconstitucionales sus preceptos, pues, todos sus artículos son de igual jerarquía. Por ello, la Carta Magna no tiene contradicciones entre sus preceptos. Se resume diciendo que la Constitución es la suma de los principales y fundamentales derechos de los habitantes de la República Mexicana, mismos, que a su vez tienen la categoría de inviolables e irrenunciables; estos derechos son tutelados por la autoridad legislativa y protegidos por la autoridad judicial mexicana.

CAPÍTULO II

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El presente capítulo tiene como finalidad analizar lo que el principio de legalidad es en nuestro país y a través de esta investigación, ver la importancia que tiene este principio dentro del sistema jurídico penal mexicano.

Para empezar a comprender lo que es el ordenamiento jurídico positivo es conveniente observar el contenido y alcance que tiene nuestra Constitución política, ya que ésta es, como lo señalamos en el capítulo anterior, ley suprema de toda la unión mexicana.

Convendría analizar los comentarios que las escuelas dogmáticas y las positivistas hacen en relación con la formación de este principio. A continuación referiremos el nacimiento del principio de legalidad para ambas escuelas y posteriormente explicaremos su utilidad.

1 Nacimiento del principio de legalidad

A. Para los doctrinarios dogmáticos, el principio de legalidad nace desde el momento en que existe un hombre asociado con sus semejantes; es decir, el derecho lo consideran como el conjunto de ordenamientos que protegen los valores sociales, culturales, religiosos, etcétera, de una sociedad; ordenamientos valorativos que emanan del propio hombre y que, por tal circunstancia, tienen que estar tutelados por la ley para regular la sana convivencia de los individuos dentro de la sociedad. A estos dogmáticos, se les llama también *jusnaturalistas*. Ignacio Burgoa cita las ideas de algunos juristas partidarios de esta escuela:

siendo los derechos del hombre inseparables de su naturaleza y consubstanciales a su personalidad, y por ende, superiores y pre-existentes a toda organización normativa, el Estado *debe* respetarlos, teniendo la ineludible obligación de incorporarlos a su orden jurídico. Esta idea se preconiza por la doctrina francesa clásica representada por Esmein, Barthelemy,

Le Fur y Hauriou, entre otros, quienes, siguiendo las concepciones que inspiraron a la Declaración de 1789, afirman que el hombre nace con “derechos naturales”, los cuales *deben* condicionar necesariamente a todo orden jurídico positivo por tener un carácter “supra-constitucional”.²⁶

De esta forma los dogmáticos jusnaturalistas consideran que si un derecho no está regulado en ley como tal, y este derecho es ‘innato del hombre’, se podrá juzgar a través del conjunto normas supralegales o putativas.

Desde esta postura, los dogmáticos iusnaturalistas consideran que los ordenamientos positivos pueden o no estar regulados como normas jurídicas, ya que lo importante para juzgar un caso en particular, es que los juzgadores a través de la razón determinan si una conducta es lícita o no, aun fuera de la ley; es decir, que si la justicia está por encima del derecho, para los dogmáticos la primera debe de prevalecer por razones filosóficas y de lógica, y no por razones de derecho.

Más aún, hay iusnaturalistas que afirman que si una conducta no se encuentra expresamente prohibida o regulada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o por alguna otra legislación secundaria, la autoridad podrá regir sus actuaciones, bajo la circunstancia y el amparo de que sus actos son válidos, ya que no se encuentran prohibidos por la ley, ni van en su contra. Como ejemplo de lo anterior, existen pronunciamientos jurídicos que dicen: Las garantías individuales son el marco constitucional del actuar de las autoridades, conforme al principio de legalidad, las autoridades sólo pueden y deben hacer lo que la ley les permite. Esto es lo que el principio de legalidad ha establecido en México.

A este tipo de ley (actuar fuera de derecho) el *Diccionario de la Lengua Española*, de la Real Academia, le denomina ley del encaje, diciendo que se trata de un “dictamen o juicio que discrecionalmente forma el juez, sin atender a lo que las leyes disponen”.²⁷

²⁶ Burgoa O, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Editorial Porrúa S.A., 1988, p.189.

²⁷ *Diccionario de la Lengua Española*, 21a.ed., Madrid, Espasa Calpe, 1992, p.884.

Resumiendo: para los dogmáticos jusnaturalistas no importa la existencia de la ley; por ejemplo: si en un caso concreto no existe un precepto, una norma o una ley que regule la función o actuación jurisdiccional, y estos servidores públicos -Ministerio Público o juzgadores- consideran que es lícita su actuación, podrán condenar o dejar libre a un procesado. Por otro lado, si la conducta del probable responsable no está en ley, y ha realizado una conducta que consideran delictiva, podrán juzgarlo a través de los principios generales del derecho, de la costumbre, de la jurisprudencia o de otras fuentes del derecho que ellos consideren. Vale la pena recordar que estas figuras emanan de la propia ley, mas no lo son.

En el siguiente apartado, analizaremos las fuentes del derecho tanto para los dogmáticos jusnaturalistas como para los juspositivistas.

B. Para los doctrinarios positivistas, el principio de legalidad nace desde el momento en que se crea la ley y ésta es constitucionalmente válida.

Hans Kelsen, uno de los pioneros en el estudio positivista del derecho, nos dice en relación con el tema de la creación del derecho que:

la estructura jerárquica desemboca en una (norma fundamental) en la que se basa la unidad del orden jurídico en su automovimiento. Esta norma constituye la constitución en sentido lógico-jurídico, cuando instituye un órgano creador del derecho. Y la Constitución en sentido jurídico-positivo surge como grado inmediatamente inferior en el momento en que dicho legislador establece las normas que regulan la legislación misma. Sin embargo, la 'Constitución' esto es, el hecho de constituir un orden jurídico estatal, fundamentado en su unidad, consiste en la norma fundamental hipotética no positiva, que es lo que hemos llamado Constitución en sentido lógico-jurídico, pues sobre dicha norma se basa el primer acto legislativo no determinado por ninguna norma superior de derecho positivo.²⁸

²⁸ Kelsen, Hans, op. cit., nota 10, pp.325-326.

Continúa apuntando Kelsen:

considerando la importante diferencia que media entre el acto de creación normativa y la norma creada en este acto, puede afirmarse lo siguiente, lo que frente al grado superior es un hecho, es una norma con respecto al grado inferior. Los dos límites extremos de la pura norma (que ya es un hecho, mirando hacia arriba) y el puro hecho (que tampoco es ya norma, mirándola hacia abajo) son, de una parte, la norma fundamental suprema, no positiva, sino hipotética, supuesta por la teoría; y de otra, el último acto de ejecución de la norma individualizada.²⁹

Asimismo Kelsen, nos define a la ley suprema desde diferentes puntos de vista:

La norma fundamental hipotética en cuya identidad se basa la identidad del orden jurídico (estatal), tradúcese... en la idea de la invariabilidad del contrato primitivo...; sólo las normas jurídico-positivas, no las hipotéticas pueden ser (reformadas) en sentido jurídico... Se habla de Constitución en sentido formal cuando se hace la distinción entre las leyes ordinarias y aquellas otras que exigen ciertos requisitos especiales para su creación y reforma.³⁰

En cuanto al orden jurídico, Hans Kelsen lo define así: "el orden jurídico es un sistema de normas..., este problema se encuentra estrechamente ligado al de la razón de validez de cada precepto...(y) la norma es válida o no lo es."³¹

²⁹ Idem, pp. 326 y 327.

³⁰ Idem, pp. 329 y 330.

³¹ García Máynez, Eduardo, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, México, Editorial Porrúa S.A., 1978, p. 27.

El mismo autor manifiesta:

aquella cuya validez no puede ya ser referida a otra de grado más alto, se llama fundamental. Esta norma constituye el fundamento último y común de validez de todas las del sistema y, por lo tanto, condiciona la unidad del mismo. Un juicio normativo es válido si encuentra en aquella norma, directa o indirectamente, la razón de su fuerza obligatoria o, lo que es igual, si puede ser interpretado como acto de aplicación de otras de tal ordenamiento y, en último término, de la de mayor jerarquía.³²

Al realizar una reflexión sobre la validez de la constitución, Hans Kelsen nos expresa:

si inquirimos por qué la Constitución es válida, tal vez encontramos su fundamento en otra más antigua. Llegaremos finalmente a una Constitución que es históricamente la primera y que fue establecida por algún usurpador o alguna especie de asamblea; la validez de esta primera Constitución es el supuesto último, el postulado final de que depende la validez de todas las normas de un orden jurídico. Ordena que uno debe conducirse en la forma prescrita por el individuo o individuos que establecieron la primera Constitución. Es ésta la norma fundamental del orden jurídico. El documento que encierra la primera Constitución es una Constitución verdadera, una norma obligatoria, sólo a condición de que la norma básica se suponga válida. Las declaraciones de aquellos a quienes la Constitución confiere el poder de crear normas obligatorias, sólo son posibles sobre la base de tal supuesto. Este supuesto permite distinguir a los individuos que tienen carácter de autoridades legales, de otros a quienes no otorgamos tal calidad, y los actos de seres humanos que pueden crear normas jurídicas, de otros que no tienen tal efecto. Todas estas normas pertenecen a uno y el mismo orden en cuanto su validez puede ser referida, directa o indirectamente, a la primera Constitución. Presupónese que ésta es obligatoria, y la formulación de tal supuesto constituye la norma básica de ese orden jurídico.³³

³² Idem, p.130.

³³ Idem, pp 134 y 135.

Resume el jurista vienés:

la eficacia del orden jurídico total es condición, no razón de validez de las normas que lo constituyen. Estas son válidas en cuanto el orden total tiene eficacia, sino en cuanto son constitucionalmente creadas. Son válidas, sin embargo, sólo a condición de que el orden jurídico total sea eficaz; dejan de serlo no solamente cuando el orden jurídico total pierde su efectividad.³⁴

Ahora bien, en México encontramos el fundamento de la afirmación anterior en el principio de legalidad, que se encuentra regulado por los artículos 14 y 16 del Pacto Federal, mismo principio que rige a toda la República Mexicana. Para una mejor comprensión transcribiremos parte de los artículos antes señalados, concernientes a este principio.

El artículo 14, segundo párrafo, dice:

“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.”

Esto significa, a contrario sensu, que todo individuo que se encuentre dentro del territorio nacional, como se analizó en el capítulo anterior (artículo 1 Constitucional), para ser privado de la vida, libertad, propiedades, posesiones o derechos, tendrá que serlo a través de un juicio seguido ante los tribunales y por leyes previamente establecidas.

³⁴ Idem, p. 139.

Lo anterior, se resume al decir; que se necesitan cuatro elementos esenciales para que una persona pueda ser privada legalmente de su libertad, bienes y/o derechos; dichos elementos son los siguientes: 1) que el individuo haya realizado en el mundo fáctico probablemente una conducta criminal; 2) que dicha conducta este regulada en ley; 3) que se lleve a cabo un juicio, y 4) que éste sea ante un tribunal previamente establecido.

Definiremos brevemente los conceptos, de ley, tribunal y por último el de juicio, ya que en este orden de aparición fueron creados a nuestro parecer .

Ley, “del latín, *lex, legis*. Precepto dictado por la suprema autoridad, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados.”³⁵ Asimismo, en el *Diccionario de derecho procesal penal*, Marco A. Díaz de León da su definición de ley, leamos: “Norma jurídica dictada por el Poder Legislativo. Reglamentación jurídica del Estado, escrita y promulgada.”³⁶

Tribunal, “lugar destinado a los jueces para administrar justicia y dictar sentencia.”³⁷

Juicio, “del latín *iudiciūm*. Conocimiento de una causa en la cual el juez ha de pronunciar la sentencia. Operación del entendimiento, que consiste en comparar dos ideas para conocer y determinar sus relaciones. El que se sigue ante el juez sobre derechos o cosas que varias partes contrarias litigan entre sí.”³⁸

³⁵ *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., p. 883.

³⁶ Díaz de León, Marco Antonio, México, Editorial Porrúa, 1986, p. 1079.

³⁷ *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., p. 1435.

³⁸ *Idem*, p. 856.

En ese orden de ideas podemos concretar lo siguiente, para que la autoridad prive al individuo de uno o varios de sus derechos (libertad, bienes, posesiones etcétera), primero, este sujeto, tuvo que haber realizado una conducta que se encontrara regulada en ley, segundo, que exista un tribunal previamente creado por las leyes para juzgar y, por último, que los jueces o servidores públicos que administran la justicia penal determinen la responsabilidad sobre el caso que les ocupe.

Cabe mencionar que las excepciones a esta regla general, son los casos en que cualquier persona pueda detener a un sujeto que está cometiendo un delito, esté por consumarse materialmente, o bien, lo haya realizado y se encuentre huyendo del lugar del crimen; por otro lado, también se puede detener a una persona cuando se trata de un caso urgente, así denominado por el artículo 16, párrafos cuarto y quinto, de la Constitución Política Mexicana, siempre y cuando se cumplan los dictados del citado artículo.

Leamos el artículo 16 Constitucional, párrafo cuarto, para un mejor entendimiento:

“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.”

Continuaremos con la excepción a los casos de privación de la libertad el párrafo quinto del citado artículo 16:

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.

Retomando la idea del nacimiento del principio de legalidad, ésta la podemos encontrar en el tercer párrafo del citado artículo 14 Constitucional, que nos dice: “En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por alguna ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”

Este principio ordena y limita a que las autoridades representadas por el poder público, solamente pueden hacer o dejar de hacer lo que la ley les permite; en tanto que los gobernados pueden hacer o dejar de hacer todo aquello que les está permitido por la ley y todo aquello que no les está expresamente prohibido por la misma.

Cuando el gobernado realiza actos que no están regulados por la ley, éste ejerce su derecho de libertad conforme al principio de legalidad.

Nuestro máximo tribunal de justicia al interpretar los numerales 14 y 16 de nuestra carta fundamental, ha formado jurisprudencia en el siguiente sentido:

“AUTORIDADES.- Las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite.”³⁹

Por lo anterior podemos afirmar que la ley es el único instrumento que consagra derechos y obligaciones, tanto para los gobernantes como para los gobernados, en ese sentido, la ley es la única fuente del derecho penal mexicano.

³⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, tesis que integró jurisprudencia, visible en el apéndice de 1975, octava parte, del Pleno y Salas, tesis número 46, p.89.

En relación con lo que acabamos de leer, Mancilla Ovando opina que: “al pretender integrar la ley , se estaría en presencia de excesos de poder, porque la ley penal no tiene lagunas ni su texto puede consagrar silencios. Lo no legislado como delito, constituye la libertad de los particulares.”⁴⁰

Ahora bien, el artículo 16 de nuestro máximo ordenamiento jurídico, establece en su primer párrafo que: “Nadie podrá 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.”

Es claro el contenido de este numeral, y consideramos que lo importante de esta hipótesis legislativa consiste en dos verbos fundamentales que son fundar y motivar. Fundar significa para el *Diccionario de la Lengua Española*: “Estribar , apoyar, armar alguna cosa material sobre otra.”⁴¹ El sentido jurídico significa que todo acto de autoridad debe estar fundado en ley, para que tenga validez constitucional, si no lo está ese acto de autoridad carecerá de validez y podrá ser violatorio de garantías. Y por lo que respecta a motivar, para el citado Diccionario significa: “Dar causa o motivo para una cosa. Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer una cosa.”⁴²

En el diccionario de Díaz de León, encontramos algún concepto sobre la motivación: “Motivación de la sentencia. Requisito esencial de la sentencia, por el cual el juez debe razonar y explicar las causas de hecho y de derecho que constituyen el fundamento de esta resolución judicial.”⁴³

⁴⁰ Mancilla, op.cit., nota 24, p. 42.

⁴¹ op. cit., nota 27, p.709.

⁴² Idem, p.997.

⁴³ Díaz de León, Marco Antonio, op. cit., nota 36, p.1150.

Conjuntando dichos verbos de fundar y motivar, externaremos nuestra opinión: fundar es, encontrar el precepto legislativo que va a legitimar la actuación tanto de la autoridad como de los particulares en ley. Por lo que respecta a la motivación son los razonamientos lógico-jurídicos que se plantean al momento de una resolución o bien de una petición, mismos que son fundados en ley para legitimar el actuar de un caso concreto y que son los efectos de la propia ley.

Particularizando el principio de legalidad nacional, podemos llegar a la conclusión de que la ley es el único instrumento que crea derechos y obligaciones para los gobernantes y los gobernados, siendo ésta la única fuente del derecho penal mexicano.

2. Efectos jurídicos del principio de legalidad

Por otro lado, cualquier acto de autoridad que esté fuera de la ley, o que vaya en contra del contenido de ésta, estará viciado de inconstitucionalidad.

Al formarse nuestro régimen de Estado de derecho, y plasmarse en nuestro máximo código político la voluntad del pueblo mexicano, esta última se constituyó en ley y no en otras instituciones jurídicas.

A la luz de éste principio, podemos retomar algunas ideas antes mencionadas y afirmar que dentro de dicho principio, la libertad de los particulares se consagra en dos garantías de los gobernados, y que son: **lo que esta legislado y lo que no está legislado.**

Lo que está legislado. Esta garantía nace del régimen del gobierno federal, al través de la función del órgano legislativo, permitiendo u obligando a los tres poderes de la Unión, un hacer o un dejar de hacer, siempre y cuando esté regulado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En tratándose de lo que esta regulado o legislado, tanto para los *gobernantes* como para los *gobernados*, existen leyes que consagran derechos y obligaciones; también existen, leyes de naturaleza optativa, mismas que tienen carácter de permisivas, tanto para los servidores públicos como para los particulares; el poder público se encargará de hacer cumplir ese conjunto de leyes al través de los órganos facultados para ello. Esta garantía consagra los derechos, obligaciones y/o prerrogativas y facultades, tanto para los gobernantes como para los gobernados.

En la presente investigación, se tiene como finalidad el estudio relacionado con los derechos y las obligaciones, que en materia de derecho penal federal sustantivo y adjetivo existen; éstos, relacionados con cualquier tipo de libertad de los individuos y, por último, la aportación de comentarios teniendo como premisa mayor a las garantías individuales, ya que éstas son las que marcan los principales y fundamentales derechos y obligaciones (procedimientos) relacionados con el tema de esta investigación, y en su caso, las responsabilidades de quienes no respeten los derechos encaminados a obtener la libertad de los gobernados.

Lo no legislado. Esto constituye el espacio jurídico de libertad de los particulares, también llamados gobernados. Ello significa que todas aquellas conductas que realice un individuo que viva bajo un régimen de derecho, y que dichas conductas no se encuentren reguladas por ningún precepto legal serán válidas y lícitas en su proceder.

Nuestro máximo tribunal de justicia de la nación, ha asentado jurisprudencia en ese sentido, de que cuando el gobernado realice conductas que no están normadas por ninguna legislación, se estará en presencia del ejercicio de un 'derecho', leamos:

RETROACTIVIDAD. NO SOLAMENTE PUEDE PRESENTARSE COMO CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO. CIRCULARES. En aquellos casos en que la conducta del gobernado no haya sido normada en forma alguna por el Poder Legislativo, de manera que no pueda ser considerada prohibida ni válida únicamente cuando ciña a determinadas restricciones, su realización constituirá el ejercicio de un 'derecho', emanado precisamente de la ausencia de una ley reguladora y tutelado por lo mismo, por el orden jurídico, en cuanto éste, al dejar intacto el ámbito de libertad en que tal conducta es factible, tácitamente ha otorgado facultades para obrar discrecionalmente dentro del mismo. Por consiguiente, la ausencia de normas limitativas de la actividad del individuo, configuran un derecho respetado por la autoridades, aun por el propio legislador, cuya vigencia desaparecerá hasta que surja una norma legislativa al respecto. Es decir, antes de la prevención legislativa, el derecho estriba en poder obrar sin taxativas; después de ella, el derecho está en obrar conforme a tal prevención, **pues mientras las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les faculta, el gobernado puede hacer todo lo que dicha ley no le prohíbe.** Establecido que la ausencia de normas legislativas configura para el gobernado el derecho de obrar libremente, y que tal derecho también es tutelado por el orden jurídico, porque todo lo no prohibido por las normas legales ni sujeto a determinadas modalidades le están por ellas permitido, tiene que admitirse que el surgimiento de una ley que regule una situación hasta entonces imprevista legislativamente, sólo puede obrar hacia el futuro, ya que de lo contrario estaría vulnerado el artículo 14 Constitucional, que estatuye que ninguna ley se dará efecto retroactivo a perjuicio de persona alguna. Ahora bien, si en un caso no existía ley alguna anterior a unas circulares reclamadas, que fijara el precio oficial de un producto para los efectos de la cuantificación del impuesto de exportación, los quejosos tuvieron el derecho de exportar tal producto al precio que estimaron pertinente, tomando en cuenta para su fijación exclusivamente los costos de producción y un margen de utilidad. En consecuencia, las circulares que "rigen situaciones anteriores a la fecha de su publicación", vulnera el derecho de los quejosos, derivado precisamente de la ausencia de disposiciones legales que lo limitaran o reglamentarán.⁴⁴

En ese sentido, dicho criterio de nuestro tribunal de justicia federal, afirma que cuando la conducta del gobernado no se encuentre regulada por ninguna hipótesis legislativa se estará en presencia del ejercicio de un derecho de obrar libremente hasta en tanto no surja una ley que regule dicha conducta del gobernado.

⁴⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia visible en el apéndice de 1975, tercera parte, segunda sala, tesis 514, pp. 852 y 853.

Esta forma de analizar jurídicamente el principio de legalidad, ya existía desde el nacimiento del derecho en Roma, leamos.

Recordando dentro del derecho romano, y en especial en la materia de derecho penal, muchos juristas continúan expresando los siguientes principios jurídico-romanos “*Nullum Crimen sine praevia lege poenalli*”, y “*Nulla poena sine previa lege poenalli*”, si conjuntamos dichos principios estos significan: No hay delito, ni pena aplicable, si no está previamente establecido en ley; de alguna u otra forma, podríamos pensar que dentro de esas figuras jurídicas existía ya el principio de irretroactividad de la ley, y el principio de legalidad.

La utilidad que tiene este principio, en materia penal, es que si la conducta que se dice delictiva, no está exactamente descrita por la ley penal como delito, procederá la libertad del probable responsable, así también si no se acreditó legalmente su participación en el crimen.

3. Fuentes del derecho

La palabra fuente para el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia, fuente significa: “Manantial de agua que brota de la tierra,...principio, fundamento u origen de una cosa.”⁴⁵

El principal objetivo de este apartado es el de analizar como nace el derecho desde el punto de vista para los dogmáticos y el como nace también para los positivistas.

⁴⁵ op. cit., nota 27, p.707.

Existen tres tipos de fuentes del derecho: la formal, la real y la histórica; sobre estos tipos de fuente Eduardo García Máynez, escribió:

por **fuentes formales** entenderemos los procesos de creación de las normas jurídicas...Llamamos **fuentes reales** a los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas. El término **fuentes históricas**, por último, aplicase a los documentos (inscripciones, papiros, libros, etc.) que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes. En este posterior sentido se dice, por ejemplo, que las Instituciones, el Digesto, el Código y las Novelas, son fuentes del derecho romano.⁴⁶

Líneas más adelante este autor nos explica cada una de estas fuentes, diciendo que las fuentes formales son los procesos de manifestación de normas jurídicas. Ahora bien, la idea de proceso implica la de una sucesión de momentos. Cada fuente formal está constituida por diversas etapas que se suceden en cierto orden y deben realizar determinados supuestos.⁴⁷

Continúa García Máynez diciendo que “de acuerdo con la opinión más generalizada, **las fuentes formales del derecho son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia.**”⁴⁸ Es importante el analizar el párrafo que le sigue a esta opinión del citado jurista:

La reunión de los elementos que integran los procesos legislativo, consuetudinario y jurisprudencial, condiciona la validez de las normas que los mismos procesos engendran. De aquí que el examen de las fuentes formales implique el estudio de los susodichos elementos. La concurrencia de éstos es indispensable para la formación de los preceptos del derecho. Se trata de requisitos de índole puramente extrínseca, lo que equivale a declarar que nada tiene que ver con el contenido de las normas, es decir, con lo que éstas, en cada caso, permiten o

⁴⁶ García Máynez, Eduardo, op. cit., nota 25, p.51.

⁴⁷ Idem, p.51.

⁴⁸ Idem, p. 51.

prescriben. Tal contenido deriva de factores enteramente diversos. Así, por ejemplo, en el caso de la legislación, encuéntrase determinado por las situaciones reales que el legislador debe regular las necesidades económicas o culturales de las personas a quienes la ley esta destinada y, sobre todo, la idea del derecho y las exigencias de la justicia, la seguridad y el bien común. Todos estos factores, y muchos otros del mismo juez, determinan la materia de los preceptos jurídicos y, en tal sentido, asumen el carácter de fuentes reales. La relación entre éstas y las formales podría explicarse diciendo que las segundas representan el cauce o canal por donde corren y se manifiestan las primeras.⁴⁹

Este tipo de tendencias doctrinarias corresponden a la escuela de los dogmáticos, a continuación veremos en que consiste esta forma de estudiar al derecho.

Estudiaremos brevemente, la ley, la costumbre y la jurisprudencia, como fuentes del derecho, tanto en relación con la escuela dogmática como con la escuela positivista.

A. Para los dogmáticos. El derecho nace por una necesidad y una demanda social, creada a través de la razón pura. Considerando como **única fuente de derecho, la costumbre social**, ya que esta última es aceptada y practicada por la mayoría de los integrantes de una sociedad.

Pocos dogmáticos consideran que **la legislación no es fuente del derecho:**

Al refiere al problema que analizamos, los autores mencionan, en primer término, la ley; pero al hacerlo olvidan que no es fuente del derecho, sino producto de la legislación. Valiéndonos de la metáfora a que alude Du Pasquier, diremos que así como la fuente de un río no es el agua que brota del manantial, sino el manantial mismo, la ley no representa el origen, sino el resultado de la actividad legislativa.⁵⁰

⁴⁹ Idem, pp. 51 y 52.

⁵⁰ Ibidem.

El citado Claude Du Pasquier, considera que el término fuente crea un metáfora feliz: “pues el remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente, de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho.”⁵¹ Este autor considera que el crear leyes, a través de un procedimiento legislativo no es fuente del derecho, porque el mismo derecho es quien determina la forma de creación y da validez a su creación, esto es lo que opinan los dogmáticos en tratándose de la formación del derecho.

Por otro lado, los dogmáticos estudiosos del derecho consideran que la **costumbre sí es fuente del derecho**, diciendo que:

las costumbres fueron anteriores a la obra del legislador. En los estadios primitivos de la evolución social existía una costumbre indiferenciada, mezcla de prescripciones éticas, religiosos, convencionales y jurídicas. Al independizarse el derecho de la religión y la moral, conservó su naturaleza consuetudinaria, y no fue sino en época relativamente reciente cuando el proceso legislativo se inició y aparecieron los primeros códigos.⁵²

Como se puede apreciar, en esta ideología se precisa que primero es la costumbre (que sí es fuente del derecho para ellos) y luego ésta da nacimiento a que se regule de manera escrita. De esta forma, se crea el derecho escrito llamado también legislación.

Transcribiremos un poco de historia para tener una visión más amplia:

En la edad media, las aspiraciones a la fijeza del derecho manifestábanse, sea en la redacción de cartas que establecían los derechos respectivos del señor y los súbitos, sea en la redacción de costumbres, primeramente a iniciativa privada, más tarde a título oficial. Por otra parte, el

⁵¹ Transcrito por García Máynez, op.cit., supra, nota 25, y pertenece al libro *Introduction a la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchatel, 1937. p.52.

⁵² Esta es la opinión de Eduardo García Máynez, op.cit., nota 25, p.52.

derecho romano, reunido en las recopilaciones de Justiniano (Digesto, Institutas, etc.), ocupa el sitio de honor entre los juristas: denominábasele el derecho escrito, las regiones meridionales de Francia, en donde su influencia era preponderante, eran llamadas *pays de droit écrit*, en oposición al *pays de coutumes* (norte de Francia). En Alemania, este vasto fenómeno, ocurrido principalmente en los siglos XIV y XV, ha recibido en la historia el nombre de recepción del derecho romano.⁵³

Du Pasquier considera que la costumbre, además de ser fuente del derecho, es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el *jus moribus constitutum*.⁵⁴ Este autor sostiene que la obligatoriedad del derecho nace del consenso social, mas no porque exista en algún ordenamiento jurídico.

Por su parte Francois Géný, define a la costumbre como: “un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo.”⁵⁵ Este criterio al igual que el anterior Du Pasquier está de acuerdo con lo que el mundo jurídico del deber ser considera como fuentes del derecho.

Es decir, para los dogmáticos del derecho, la costumbre: derecho consuetudinario posee dos características: está integrado por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos largo, y tales reglas se transforman en derecho positivo cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad, cual si se tratase de una ley.

⁵³ Du Pasquier, citado por García Máynez, op.cit., nota 25, pp.52 y 53.

⁵⁴ Idem, p. 36.

⁵⁵ Géný, *Methode d'interpretation*, citado por García Máynez, nota 25, p. 323.

Esta reflexión es producto del estudio que realizó Eduardo García Máynez en la obra antes citada. Así también cita algunos tratadistas del tema como lo son Jorge Jellinek, y a Eugen Ehrlich, el primero de ellos al definir a la costumbre, denomina a ésta costumbre jurídica, diciendo: “los hechos tienen cierta fuerza normativa. Cuando un hábito social se prolonga, acaba por producir en la conciencia de los individuos que lo practican, la creencia de que es obligatorio. De esta suerte, lo normal, lo acostumbrado, transfórmase en lo debido, y lo que en un principio fue simple uso, es visto más tarde como manifestación del respeto a un deber.”⁵⁶

Con la misma filosofía, Eugen Ehrlich, opina que la “costumbre del pasado se convierte en la norma del futuro.”⁵⁷

En resumen, sobre estas ideologías de los autores extranjeros antes mencionados y que corresponden a la escuela dogmático-filosófica, en tratándose del estudio de las fuentes del derecho, y concretamente de la costumbre, nos dice García Máynez que “existe indudablemente un elemento verdadero, pues la repetición de ciertas maneras de comportamiento suele dar origen a la idea de que lo que siempre se ha hecho, debe hacerse siempre, por ser uso inveterado. El fenómeno a que alude la tesis...explica el por lo que: la costumbre es ley.”⁵⁸

En tratándose de la jurisprudencia, esta escuela dogmática del derecho se ha pronunciado en el sentido de que, sobre las lagunas de la ley, el Poder Judicial Federal, concretamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, podrán interpretar los dictados de la norma jurídica, es decir, lo que el legislador pretendió decir, siempre y cuando esta última esté obscura, carente o confusa en su contenido.

⁵⁶ Jellinek, G., citado por García Maynes, en op. cit., nota 25.

⁵⁷ Ehrlich, Eugen, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, translated by Walter L. Moll, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1936, p. 85.

⁵⁸ García Máynez, op. cit., nota 25, p.62.

B) Para los positivistas. El derecho nace desde el momento en que ha terminado el procedimiento legislativo e inicia la vigencia de la norma jurídica.

En materia penal, el principio de legalidad, como lo hemos venido estudiando, significa que la ley es la **única fuente de derechos y obligaciones**, esto con fundamento en los numerales 14 y 16 constitucionales.

A continuación mencionaremos brevemente algunos pensamientos de doctrinarios positivistas, en tratándose de los conceptos de ley, de costumbre y de jurisprudencia, en el sentido de que si estas figuras jurídicas son o no fuentes del derecho penal.

La Ley para Fernando Castellanos Tena significa: "una norma creada por el poder público, con la características de ser general, abstracta y permanente, prevista de una sanción."⁵⁹ Y él, al igual que muchos doctrinarios positivistas, coincide en la afirmación de que la única fuente de derechos y obligaciones en tratándose de la materia penal es el ley. Ahora bien, en relación con las fuentes del derecho, este autor argumenta: "que sólo es fuente del mismo derecho penal directa, inmediata y principal, la ley."⁶⁰ Y excluye tajantemente cualquier otro tipo de fuente de derecho penal.

Por lo que toca a la costumbre, y a la jurisprudencia, Castellanos Tena opina:

las costumbres no pueden ser fuentes del Derecho Penal en ningún sistema de tipo liberal y menos en el nuestro, porque la Constitución, en su artículo 14, establece la prohibición terminante de imponer pena alguna por simple analogía o aún por mayoría de razón si no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate; luego, para la existencia del delito se requiere una ley que lo establezca.⁶¹

⁵⁹ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, México, Editorial Porrúa S.A., 1988, p.76.

⁶⁰ *Idem*, p.77.

⁶¹ *Ibidem*.

Es oportuno mencionar, que cuando la ley regula, permitiendo juzgar por medio de prácticas o costumbres jurídicas, como es el caso de la materia agraria, encontramos el fundamento legal a esta afirmación en el artículo 4 constitucional, primer párrafo, y que a la letra dice: "...En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, (pueblos indígenas) se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley." Por lo que respecta a la jurisprudencia el mismo autor dice:

La jurisprudencia no constituye propiamente una fuente formal del derecho penal; a pesar de su obligatoriedad, es una simple interpretación de los preceptos legales en vigor; viene a ser la ley misma; la Corte sólo desentraña el sentido de las normas jurídicas, para afirmar que dicen tal o cual cosa. Según nuestro sistema constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación es la genuina intérprete de las leyes, al corresponderle determinar su sentido. La ley es como una tábula rasa, expresa lo que según la Suprema Corte dice; luego la jurisprudencia no viene a ser sino un medio de desentrañar el sentido de la propia ley y por ende a ella equivale.⁶²

Cabe hacer mención de lo anterior, ya que el artículo 94, párrafo VII, de nuestra Constitución general, define a la jurisprudencia como la interpretación de la ley; es decir, la jurisprudencia es un instrumento que nos ayuda a desentrañar el contenido y alcance de la norma jurídica, a un caso en particular.

Para tener una visión más clara transcribiremos dicho artículo constitucional:

Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en tribunales colegiados y unitarios de circuito y en los juzgados de distrito (párrafo séptimo). La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.

⁶² Idem, p. 80.

Es importante recordar que la obligatoriedad en la observancia de la jurisprudencia sólo compete a los órganos jurisdiccionales, no así a los demás órganos públicos o privados, y por lo mismo, tampoco a los gobernados, por lo que nosotros consideramos que la jurisprudencia no es fuente de derecho.

El artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece:

La jurisprudencia que deban establecer la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno, las Salas de la misma y los tribunales colegiados de circuito en las ejecutorias que pronuncien en los asuntos de su competencia distintos del juicio de amparo, se regirán por las disposiciones de la Ley de Amparo, salvo en los casos en que la ley de la materia contuviera disposición expresa en otro sentido.

Recordemos el artículo décimo quinto transitorio de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que al tratar del tema jurisprudencial nos dice:

“Las resoluciones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros.”

En ese sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado jurisprudencia:

JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA, SU APLICACIÓN NO ES RETROACTIVA.- Es inexacto que al aplicarse jurisprudencia surgida con posterioridad a la comisión del delito y a la ley entonces vigente, se viole en perjuicio del acusado el principio jurídico legal de irretroactividad, pues la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente, sino sólo es la interpretación correcta de la ley que la Suprema Corte de Justicia efectúa en determinado sentido y que se hace obligatoria por ordenarlo así disposiciones legales expresas, de suerte que su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el proceso penal.⁶³

⁶³ *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia número 164, primera sala, segunda parte, sexta época, apéndice de 1917 a 1975.

Una de las funciones del Poder Judicial Federal, además de ser la que imparte justicia, es la de interpretar el contenido y alcance de la ley, según se desprende de la propia Constitución; sin embargo, no tiene una función creadora del derecho.

A la jurisprudencia se le conoce también como:

la ciencia del derecho y de las leyes. Análisis y trato de las sentencias definitivas dictadas por el más alto tribunal. Equivale a la interpretación que hace la Suprema Corte de Justicia, del derecho positivo al aplicarlo a los casos concretos, con lo cual se conoce la orientación que un determinado país da a sus leyes e instituciones jurídicas. De esta manera, la jurisprudencia se forma por estos fallos definitivos. En muchos países la jurisprudencia es tomada como fuente formal del derecho, y las sentencias definitivas son obligatoriamente vinculantes para los órganos del Estado, cuando son dictadas por el más alto tribunal y conforme a las disposiciones legales relativas.⁶⁴

Esta definición fue elaborada por Díaz de León.

4) Resumen y opinión personal

1. Por lo que se refiere al nacimiento del principio de legalidad, podemos observar que los doctrinarios *dogmáticos iusnaturalistas*, consideran que el derecho nace del devenir dinámico de la sociedad; creándose éste por la necesidad de vivir armónica y tranquilamente en sociedad, a través de la demanda de sus propias necesidades sociales. Esto confirma que la base del nacimiento de este principio de legalidad radica en la creencia y en las necesidades de una determinada época y circunstancia del hombre que vive en sociedad. Esto es lo que se conoce como el *mundo del deber ser*.

⁶⁴ Díaz de León, op. cit., nota 36.p.1004.

En oposición al pensamiento *ius naturalista* encontramos la ideología de los *doctrinarios positivistas*, que concluyen diciendo que el principio de legalidad nace de los artículos 14 y 16 constitucionales; es decir, de la propia legislación constitucional se desprende todo nuestro sistema jurídico nacional mexicano, mismo que debe ser estudiado desde el punto de vista del *mundo del ser*.

Nosotros opinamos que, definitivamente, los artículos 14 y 15 de nuestro Código Político establecen el nacimiento de el principio de legalidad nacional y que este es la base de todos los juicios, independientemente de la materia de que se trate. Esto se trae a colación, porque existen juristas que, hoy en día, opinan que existen diversas fuentes del derecho distintas a las de la ley.

2. El sistema legalista, nos da la seguridad jurídica de vivir en libertad, bajo un régimen de derecho, que todo país necesita. Se procura en esta investigación delimitar los criterios jurídicos con los que la ley faculta a los administradores de justicia, para que éstos a su vez se sientan obligados a respetar el derecho de libertad que tiene todo gobernado, y no dejar al libre arbitrio, y en una forma caprichosa, la libertad en manos de un juzgador, que en algunas ocasiones podría no actuar conforme a derecho.

3. Dentro de las fuentes del derecho, la escuela *iusnaturalista*, también llamada dogmática por algunos juristas, opina que la fuente por excelencia del derecho es la costumbre, ya que ésta última, a su vez, traerá como consecuencia el nacimiento de la legislación; es decir, la costumbre sería la aceptación generalizada de la voluntad del pueblo.

En esa misma escuela (*iusnaturalista*), también consideran como fuente de derecho a la ley, la jurisprudencia, la equidad, los usos, las prácticas, y la doctrina.

Coincidimos con los juspositivistas, en considerar que la única fuente de derechos y obligaciones es la ley. Ahora bien, existen materias en donde la propia ley permite juzgar a través de los principios generales del derecho, como lo es la materia civil, o bien, a través de la práctica y costumbres jurídicas como lo es la materia agraria. Por lo que respecta a la materia penal, tanto en el estudio de los delitos como en la aplicación de las penas, ha quedado claro que la única fuente de derechos y obligaciones tanto para los gobernantes como para los gobernados, es la ley.

Es decir, todo acto de autoridad debe de estar basado en ley, desde que el Ministerio Público Federal inicia su investigación, para la integración del delito y de la probable responsabilidad, hasta que termina procesalmente su función; es decir, contrario sensu, si los actos de esta autoridad no están consagrados como un derecho u obligación para este organismo de procuración federal de justicia, sus actos carecerán de valor y serán inconstitucionales, por no haber respetado la garantía de legalidad.

Así también, si un juez penal federal, magistrado penal federal o ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que les haya tocado resolver un asunto en su materia, realizan actos que no están fundados y motivados en ley, estaremos en presencia de actuaciones violatorias de garantías, concretamente de las de legalidad.

Para concluir la premisa mayor de la presente investigación, nos permitiremos retomar algunas ideas del capítulo primero y de éste segundo capítulo diciendo:

A) La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la ley suprema de toda la Unión. En su artículo 133, se regula esta supremacía constitucional.

B) La carta magna es la ley fundamental que crea y unifica a todas las legislaciones mexicanas. Siendo la ley primaria, todas las legislaciones que emanen de ésta tendrán que ir acorde con los ordenamientos que en ella están consagrados.

C) El principio de legalidad nacional mexicana, nace de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 14 y 16. Efectivamente, existen muchos autores que se han pronunciado en ese sentido, sin embargo, dicho principio cobra mucha importancia jurídica al momento de analizar los elementos del tipo penal y de presunta responsabilidad de los individuos sujetos a un procedimiento penal, ya que si existen vicios al no aplicar bien el principio de legalidad, podrá proceder la libertad del individuo en caso de haber sido detenido.

D) La única fuente de derechos y obligaciones es la ley.

E) El mundo jurídico-filosófico de nuestra realidad jurídica corresponde al mundo del ser, mas no al mundo del deber ser.

F) Todos los actos de autoridad deben estar previamente establecidos por la Constitución y las leyes, según su artículo 16 constitucional. Esto se señala porque existen artículos como lo es el 180, del C.F.P.P. que permiten al M.P.F. o a los tribunales penales, investigar con el fin de integrar el tipo penal y/o la presunta responsabilidad, con medios probatorios aun fuera de la ley. Opinamos que este artículo rebasa los dictados del principio de legalidad.

G) Las autoridades sólo pueden hacer lo que expresamente les está permitido por la ley.

H) Los individuos pueden hacer todo lo que la ley les permite y todo aquello que no está regulado. Lo que no esta regulado le llamamos espacio jurídico de libertad de los habitantes del territorio nacional.

I) Si las autoridades actúan fuera de la ley, sus actos estarán viciados de incompetencia y serán violatorios del artículo 16 constitucional.

J) La Constitución Federal, y especialmente las garantías individuales, constituyen la cima del sistema jurídico mexicano; en tratándose de la materia penal, son los numerales 14,16, 17, 18,19, 20, 21,22 y 23 los que principalmente rigen la estructura de los procedimientos en materia penal, mismos que iremos estudiando a través de esta investigación.

CAPÍTULO III

LIBERTADES PROCESALES DURANTE LA ETAPA DE AVERIGUACIÓN PREVIA ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL

Antes de iniciar con el estudio de estas figuras del derecho procesal penal federal, es necesario saber el significado de lo antagónico de éste capítulo, veamos;

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al tratar del tema y al referirse a la **prisión**, en su artículo 18, la considera como “**el sitio destinado a la extinción de una pena corporal**”.

Para nuestro Código Penal Federal, la **prisión** significa según el artículo 25 de dicho ordenamiento en :

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

El *Diccionario de la Lengua Española*, de la Real Academia Española, define el significado de la palabra prisión de la siguiente manera:

Nos dice que esta palabra viene del latín *prehensio, onis* que quiere decir: “acción de pretender, asir o coger. **Cárcel o sitio donde se encierra y asegura a los presos**”.⁶⁵

⁶⁵ *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., nota 27, p.1183.

En dicho *Diccionario*, se hace la distinción entre las figuras jurídicas de prisión de libertad, reclusión y arresto: "Pena de prisión de libertad, inferior a la reclusión y superior al arresto; pena preventiva es la que sufre el procesado durante la sustanciación del juicio".⁶⁶

El Diccionario jurídico mexicano, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, al tratar del tema de prisión nos refiere que:

hay legislaciones que utilizan como sinónimos las palabras prisión y cárcel. Sin embargo, el concepto de cárcel precede a los de presidio, prisión y penitenciaría. Con la voz cárcel se designa histórica y técnicamente el local o edificio en que se aloja a los procesados o encausados, y presidio, prisión o penitenciaría, indican en cambio, el destinado a los sentenciados, o sea, los condenados en justicia.⁶⁷

Líneas más adelante, de la citada obra del Instituto de Investigaciones Jurídicas, nos remite a la definición que Cuello Calón da al concepto de prisión:

La prisión es el establecimiento penal en donde se recluyen los condenados y donde permanecen en, mayor o menor grado, privados de su libertad, sometidos a un determinado régimen de vida, y, por lo común, sujetos a la obligación de trabajar. Es un sitio en donde se ejecuta la sentencia de un sujeto condenado con pena privativa de la libertad corporal, por haber cometido un delito que previamente se establezca.⁶⁸

El jurista Marco Antonio Díaz de León, en su Diccionario de derecho procesal penal, define a la prisión de la siguiente forma: "establecimiento carcelario en el que se ejecutan penas de privación de libertad, relacionadas con el derecho penal".⁶⁹

⁶⁶ Idem, p.1183

⁶⁷ *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a.ed., México, IJ, UNAM, p.2545.

⁶⁸ Idem, p.2546.

⁶⁹ Díaz de León, Marco Antonio, op. cit., nota 36, t.II, p.1385.

El Dr. Sergio García Ramírez, comenta que la prisión vino a sustituir la pena de muerte, y apunta:

en la historia penal ha sido la prisión, que vino a ocupar, alentada por intenciones solidarias, el lugar que antes tuviera la muerte, los castigos corporales, las galeras y otras medidas archivadas -por lo menos hipotéticamente- en los sucesivos cajones de esa historia. Primero fue la cárcel un depósito heterogéneo y confuso; luego, empujada por el humanitarismo de inspiración religiosa, se constituyó en recinto de soledad, a la que se atribuían extrañas virtudes para la reflexión y el arrepentimiento; finalmente pasó a ser un medio terapéutico, enfocado al estudio y al tratamiento del infractor.⁷⁰

Nuestro comentario:

Una vez leído, el concepto de prisión, desde punto de vista de nuestro Código de la República, del Código Penal Federal, de instituciones jurídicas y de doctrinarios del derecho; nos pronunciaremos mediante el siguiente concepto.

La Prisión es la restricción de la libertad corporal del individuo, derivada del ejercicio de los órganos del Estado encargados de la procuración o administración de justicia penal, cuando aquél es señalado como responsable de un hecho delictivo; el fundamento jurídico de la prisión se encuentra en el artículo 18 de la Constitución Política; se distingue entre prisión preventiva y prisión como pena: la primera consiste en una excepción a la regla general, contenida en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, que estatuye la garantía de audiencia, es decir, aquí existe la privación de la libertad corporal previamente al juicio, y su finalidad es precisamente asegurar la existencia del enjuiciamiento para hacer factible la impartición de justicia. La prisión como pena es consecuencia de una sentencia judicial en la que se establece plenamente la culpabilidad o responsabilidad del sujeto por la comisión del delito atribuido, y su finalidad consiste en lograr la readaptación social del delincuente bajo las bases de la educación, el trabajo y la capacitación para éste.

⁷⁰ García Ramírez, Sergio. *Justicia penal (estudios)* México, Edit. Porrúa, Prólogo de Javier Piña Palacios, 1982, p.174.

De tal suerte que el presupuesto invariable para llevar acabo el análisis de los siguientes temas a desarrollar será la pérdida de la libertad como consecuencia de la vigencia del procedimiento penal. Así, se habrán de estudiar las vías jurídicas que existen contempladas por la ley para que aquellos individuos que se encuentren privados de su libertad, como consecuencia de la existencia de un particular y concreto procedimiento penal, puedan alcanzar nuevamente el goce de su libertad.

Ya definido el concepto de prisión, pasemos al estudio de las diferentes figuras jurídicas que contemplan los distintos tipos de libertades penales dentro de la primera etapa del procedimiento penal federal, misma etapa que se conoce con el nombre de averiguación previa. Nos referimos a la libertad constitucional por excesos en la detención del inculpado durante la integración de la averiguación previa, es decir, **cuando hubiese existido una detención administrativa (por parte del Ministerio Público Federal y/o Policía Judicial Federal) incumpliendo lo ordenado por el artículo 16 constitucional, párrafo VII, concretamente cuando se rebase el plazo en la detención de las cuarenta y ocho horas o noventa y seis horas en tratándose de la delincuencia organizada.**

1. Libertad Constitucional por vicios en la retención del inculpado, dentro de la etapa de averiguación previa, conforme al artículo 16, párrafo VII, de la Constitución Mexicana, en relación con el artículo 194, bis, último párrafo, del C.F.P.P.

Nuestro Código Político en su artículo 16, párrafo VII, prevé esta figura expresando lo siguiente:

“Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse 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.”⁷¹

Lo anterior significa que “todas” las instituciones del Ministerio Público ya sean locales o federales, **tienen constitucionalmente prohibido detener a uno o varios individuos por más del tiempo permitido por la ley**, que son la cuarenta y ocho horas por delitos que no sean considerados o pertenecientes a la delincuencia organizada, y cuando así lo sean, (delincuencia organizada) podrá esta autoridad detenerlos o privarlos de su libertad hasta por noventa y seis horas, para la integración de la averiguación previa (acreditando los elementos del tipo penal de que se trate y para acreditar la probable responsabilidad del indiciado), pero no más de ese tiempo; si se incumple lo anterior, estaremos ante la presencia de una consignación con detenido acompañada de vicios de inconstitucionalidad.

Tal es el caso, cuando un individuo es atrapado o detenido en flagrancia por la comisión de un delito de orden federal y éste se encuentre a disposición del Ministerio Público Federal; dicha autoridad, en cuanto tenga conocimiento de lo anterior, tendrá cuarenta y ocho horas para integrar la averiguación previa y proponer el ejercicio de la acción penal, lo cual traerá como consecuencia una consignación con detenido, en el entendido de que no hubiese procedido ningún tipo de libertad para el detenido.

⁷¹ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Editorial Porrúa, 1998.

Volviendo al supuesto de que el Ministerio Público Federal, no respetó el término de las cuarenta y ocho horas, o de las noventa y seis, y aún así realizó una consignación con detenido, al momento que lo reciba el juez penal federal, tiene la obligación de analizar y observar los dictados de la fracción sexta del artículo 16 de la Constitución Política mexicana, que dice:

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

Si el juez penal federal, observa que durante la integración de la averiguación previa hubo excesos en la detención del probable responsable, en vista de que estuvo detenido por más tiempo del permitido, podrá decretar la libertad del acusado, esto con fundamento en la fracción sexta que acabamos de leer.

Es conveniente hacer una breve reflexión sobre esta figura jurídica, ya que el auto que dicte el juez (del fuero común o federal) sobre la constitucionalidad de la detención del probable responsable, pues estas facultades de analizar la constitucionalidad o no de la detención son competencia exclusiva de la autoridad de amparo. Sin embargo, nosotros opinamos que este precepto no choca con las funciones del Poder Judicial Federal, ya que ese mismo auto es apelable (artículo. 367 del C.F.P.P., fracción III bis.) y como consecuencia de esa resolución se puede acudir al amparo indirecto para que la autoridad competente analice ese auto de ratificación de la detención del probable responsable.

Por otro lado, si el Ministerio Público Federal no reunió los elementos del tipo penal dentro de ese plazo de las cuarenta y ocho horas o bien, si no acreditó la probable responsabilidad del presunto responsable, el Ministerio Público Federal tendrá la obligación de poner en libertad a él o los indiciados, que estén a su disposición.

Ahora bien, si se tratare de la integración de una averiguación previa, en donde apareciere un delito de los señalados como graves según el artículo 194 bis, del Código Penal Federal Adjetivo, y ha transcurrido el tiempo permitido para la representación social, que son las 96 horas, y aún no se ha acreditado la probable responsabilidad o los elementos del tipo penal, el detenido será puesto en libertad, lo anterior con fundamento en el artículo 194 bis, último párrafo, leámoslo:

“Si la integración de la averiguación previa requiere mayor tiempo del señalado en el párrafo anterior, **el detenido será puesto en libertad**, sin perjuicio de lo previsto por el artículo 133-bis”.

Cuando este numeral habla del párrafo anterior, se refiere al tiempo que tiene la representación social para la integración de una averiguación previa, que son 48 horas, en tratándose de delitos no graves y de 96 horas en tratándose de delitos graves, más adelante haremos una clasificación de estos tipos penales.

El citado artículo 133-bis, se refiere a la figura del arraigo , veamos:

Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el **arraigo** del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al Órgano Jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, no pudiendo exceder de 30 días, prorrogables por igual término a petición del Ministerio Público. El juez resolverá, escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.

En el supuesto de que el Ministerio Público Federal haya hecho caso omiso de este ordenamiento, y detenido al inculpado por más tiempo del debido, estará cometiendo el agente del Ministerio Público Federal, el delito contenido en el artículo 225, fracción X, del Código Penal Federal, mismo que establece:

“Son delitos contra la administración de justicia cometidos por servidores públicos los siguientes: Fracción X. Detener a un individuo durante la averiguación previa fuera de los casos señalados por la ley, o retener por más tiempo del señalado en el párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional”.

Del artículo 133 bis del Código Adjetivo Federal, se desprende uno de los casos excepcionales mediante los cuales el órgano jurisdiccional interviene en la etapa de la averiguación previa, es decir, se pone en funcionamiento a la autoridad judicial sin que se haya ejercitado la acción penal. Casos análogos son la orden de cateo y la orden de intervención de medios de comunicación privados. De tal suerte que, a través de la figura del arraigo judicial se disminuye la libertad corporal del probable responsable; esto es, no se le mantiene detenido en las oficinas del Ministerio Público o de sus auxiliares, sino que el sujeto es trasladado por lo general a su domicilio para que permanezca en el bajo la vigilancia de la autoridad: entiéndase policía judicial. La finalidad de esta medida preventiva consiste en evitar que el probable responsable entorpezca las investigaciones de los hechos presumiblemente delictivos o bien, para impedir que el sujeto se sustraiga de la acción de la justicia; de tal manera que el órgano investigador dispondrá de un tiempo razonable (30 o 60 días) para la debida integración de la averiguación ministerial, la cual, al ser legalmente determinada, permitirá solicitar una orden de aprehensión en contra del arraigado o bien, el levantamiento del arraigo.

De lo anterior se puede concluir que, al término de la integración de la averiguación previa, el Ministerio Público Federal estará impedido para trasladar al arraigado nuevamente a sus oficinas, a efecto de ejercitar la acción penal con detenido, y que, como se ha dicho, deberá solicitar la orden de aprehensión en su contra y la correspondiente orden de cateo para poder cumplimentar aquella, y así poner al presunto responsable a disposición del juez penal respectivo.

Como consecuencia de un auto de sujeción a proceso, el juez que está conociendo del procedimiento puede decretar, como una medida de seguridad, el arraigo, y como consecuencia de éste último, por lo general, el juez dicta una serie de obligaciones al probable responsable, tales como permanecer en su domicilio y no salir de éste sino mediante autorización judicial; comparecer ante las autoridades que ordene; fijar en algunas ocasiones caución; firmar ante el libro de control de asistencia; estar sujeto a vigilancia policiaca, etcétera; así lo ha resuelto nuestro máximo tribunal de justicia en las siguientes jurisprudencias, leámoslas:

AUTO DE SUJECIÓN A PROCESO. DEMANDA DE AMPARO EN SU CONTRA. PUEDE INTERPONERSE EN CUALQUIER TIEMPO. El auto de sujeción a proceso ataca la libertad del procesado al sujetarlo a determinadas obligaciones como son el comparecer periódicamente ante el órgano jurisdiccional, el concurrir a las diligencias que se practiquen en el proceso relativo, el no poder hacer uso de su libertad de tránsito sino es con autorización del propio juzgador, bajo cuya jurisdicción se encuentra sometido, el que se le dicte, en dado caso, el arraigo domiciliario, así como a todas aquellas circunstancias inherentes, a las cuales queda sujeta a una persona sometida a un proceso penal. Por lo tanto, dicho acto queda comprendido dentro de la excepción prevista en la fracción II del artículo 22 de la Ley de Amparo, la cual permite el ejercicio de la acción constitucional sin limitación temporal alguna, cuando se trate de actos que lesionen, ataquen o transgredan valores fundamentales del ser humano como son la vida, la libertad, o la integridad personal, toda vez que la expresión "ataque" a la que alude la fracción en comento, no debe entenderse limitada a una privación total de la libertad, sino a una afectación a la misma, en función, precisamente, del alto valor que se protege y cuya defensa mediante el juicio de garantías no debe quedar sujeta a requisitos de temporalidad.⁷²

Por otra parte, un juez de distrito en materia penal puede conceder, dentro de la suspensión provisional, las medidas necesarias para que el quejoso no sea detenido en el supuesto de que exista una orden de aprehensión en su contra, dictando una serie de obligaciones que debe cumplir el quejoso, y para no perdernos en este tema del arraigo, el juez federal puede arraigar al peticionario de amparo en el domicilio de éste último.

⁷² *Semanario Judicial de la Federación*, Jurisprudencia número 11/97. Aprobada por la primera Sala de este Alto Tribunal en sesión del 19 de febrero 1997, p.269

SUSPENSIÓN CONTRA ORDEN DE APREHENSIÓN, ES ILEGAL LA OBLIGACIÓN IMPUESTA AL QUEJOSO DE PRESENTARSE ANTE EL JUEZ DE LA CAUSA PARA LA CONTINUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO, COMO MEDIDA DE EFECTIVIDAD DE AQUELLA.- De una acuciosa lectura del capítulo de la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo, que comprende los artículos 122 al 144 de la ley reglamentaria, se advierte, por un lado, que no hay disposición alguna que autorice a imponer al quejoso la obligación de presentarse ante el Juez de la causa para la continuación del procedimiento, como medida de efectividad de la suspensión otorgada contra la orden de aprehensión, y, por otro lado, que aun cuando el primer párrafo del artículo 136, de la ley de la materia contiene una regla general para la suspensión contra actos que impliquen privación de la libertad, la orden de captura por delito que permite libertad provisional se rige por la regla específica del cuarto párrafo de ese propio precepto, que dice que el objeto de las medidas a que alude es lograr "...el aseguramiento del quejoso, a efecto de que puede ser devuelto a la autoridad responsable en caso de no concedérsele el amparo."; enunciado legal que tiene como presupuesto lógico que desde que se concede la suspensión y hasta que llega el hipotético momento de negársele el amparo, el quejoso debe permanecer bajo el imperio del juzgador de garantías. Consecuentemente, si como requisito para que surta efectos la suspensión se obliga al accionante del juicio de amparo a comparecer ante el Juez responsable para la continuación del procedimiento: a) ni se logra mantener al peticionario bajo el imperio del juzgador de amparo, b) ni se le devuelve al librador del acto reclamado llegado el momento de que se le niegue el amparo, sino que se le devuelve antes, precisamente al otorgársele la suspensión en esos términos; de manera que, fuera de esta obligación, el juzgador de amparo dispone de los medios que estime necesarios para asegurar al impetrante, tales como la caución, sujeción a vigilancia policiaca, arraigo domiciliario, obligación de presentarse ante su propia presencia en forma periódica a fin de que firme el libro de control de peticionarios de amparo que gocen de esta suspensión, cual si se tratase de un procesado que ordinariamente se reporta ante el Juez instructor a firmar en el libro de control de encausados en libertad provisional bajo caución; puede incluso obligarlo a que comparezca periódicamente ante el Juez responsable a efectuar esa firma, con la consecuente obligación para éste de comunicar al de garantías el incumplimiento de este requisito, a efecto de que haga cesar los efectos de la suspensión y, en fin, puede utilizar cualquier otra de las formas de aseguramiento, ya sea de las señaladas al juzgador del proceso o alguna diversa, con tal que resulte apta para lograr la finalidad pretendida por el cuarto párrafo del artículo 136 en cita.⁷³

⁷³ *Semanario Judicial de la Federación*, amparo en revisión, 585/96 Florencio Cabrero Cisneros, 12 de septiembre de 1996, unanimidad de votos, tesis I. p.,617.

Como comentario podemos decir que la figura del arraigo debe ser siempre en el domicilio del presunto responsable, o en su defecto en el hospital donde se encuentre, y no dejar al libre arbitrio al juez para que éste designe el lugar donde debe permanecer arraigado, porque de lo contrario estaría el arraigado en una cárcel especial, tal es el caso cuando el órgano jurisdiccional arraiga a un sujeto en las oficinas de la Policía Judicial Federal, ya que entre esto y la cárcel creemos que no habría mucha diferencia.

Hacemos esa reflexión, porque existen criterios de tribunales colegiados en ese sentido, como el que a continuación exponemos:

SUSPENSIÓN CONTRA UNA ORDEN DE APREHENSIÓN, MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. La medida suspensiva que se otorga contra actos que afectan la libertad personal, no paraliza el procedimiento penal sino sólo impide que la autoridad pueda disponer de la libertad del agraviado, e incluso si aún no ha sido afectada, puede impedir la aprehensión y detención del quejoso. Pero siempre, el juez de Distrito, al decretar la citada medida suspensiva, debe tomar las medidas que estime convenientes para el aseguramiento del quejoso, a fin de que éste no se sustraiga a la acción de las autoridades responsables, en caso de que le sea negado el amparo. Tales medidas de aseguramiento quedan al prudente arbitrio o criterio del juez federal en cuanto a su idoneidad, ya que pueden hacerse consistir en el otorgamiento de una garantía pecuniaria (depósito en efectivo o fianza), o en diversas obligaciones que se impongan al quejoso tendientes a evitar la citada sustracción, como podrían ser su comparecencia periódica ante el juez de Distrito o ante las autoridades, sujeción a vigilancia policiaca, arraigo en su domicilio e inclusive su reclusión en el lugar que determine el juez federal.⁷⁴

La figura del arraigo domiciliario ayuda tanto al sujeto investigado, al no provocarle problemas psicológicos de saberse detenido en oficinas de la policía judicial federal u otras instituciones, como al Ministerio Público para que integre correctamente y con tiempo los tipos penales y la probable responsabilidad del indiciado.

⁷⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, amparo en revisión 385/92 Julián Mena Naimey, 10 de septiembre de 1992, unanimidad de votos, p.315.

2. Libertad provisional bajo caución, en términos del artículo 20 fracción primera, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el artículo 399 del C.F.P.P.

Este tipo de libertad procesal se encuentra regulada en el artículo 20, fracción I, de la Constitución General de la República, relacionado con el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías: I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando 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 posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

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

Si bien es cierto, que únicamente el artículo 20, fracción I, obliga al “juez” y no al Ministerio Público Federal, también cierto es que la ley ordinaria penal adjetiva obliga al órgano investigador federal, a otorgar dichos beneficios.

A continuación, transcribiremos el artículo 399 del Código Penal Federal Adjetivo, ya que en este artículo se legitima y garantiza a toda persona que es privada de su libertad, dentro de la etapa de investigación (averiguación previa) por el Ministerio Público Federal, a ser puesta en libertad, siempre y cuando reúna los siguientes requisitos:

Artículo 399.- Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o el proceso a ser puesto en libertad provisional, 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 a la Ley Federal del Trabajo;

II.- Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele ;

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 el párrafo último del artículo 194.

La caución a que se refiere la fracción III y las garantías a que se refieren las fracciones I y II, podrán constituir el depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.

Analicemos el contenido y alcance del artículo 20 constitucional, fracción I, ya que por el hecho de ubicarse dentro de nuestro máximo ordenamiento jurídico mexicano, constituye una garantía individual y constitucional. Al término de ello, analizaremos el significado del artículo 399 del Código Penal Adjetivo Federal Mexicano.

Breve historia de la libertad provisional:

Transcribiremos inicialmente algo de historia sobre de la libertad provisional Bajo Caución, posteriormente, definiremos su significado en términos del *Diccionario de la Lengua Española*, después señalaremos lo que la misma garantía significa para algunos juristas y por último, lo que los tribunales han interpretado en relación con este tema.

En Roma, nos comenta Juan José González Bustamante,

el uso de la libertad provisional se concedió a los ciudadanos dotándola de reglas de una amplia liberalidad que se restringieron o se suprimieron al advenimiento de los sistemas inquisitorio y mixto. En la ley de las Doce Tablas, se previno: que si el acusado presenta alguno que responda por él, dejadlo libre (mittito); que un hombre rico preste caución por un hombre rico, pero todo hombre puede prestarla por un ciudadano pobre. Esto revela que la consagración del principio de humanidad que entraña la libertad provisional no constituye un adelanto en la evolución del derecho contemporáneo, si comparamos las legislaciones antiguas que las establecían sin limitaciones, aun cuando se tratase de los delitos más graves, porque no era el reconocimiento de una gracia o de un favor, sino una garantía concedida a todo ciudadano”⁷⁵.

Señalamos este antecedente de derecho penal italiano, del que nuestro sistema jurídico penal mexicano ha recibido mucha influencia.

⁷⁵ González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, 4a.ed., México, Editorial Porrúa, 1967, p.300.

La libertad provisional en el derecho público (nos indica el citado autor) es una garantía que consagra la Constitución Política de la República y, por lo tanto, no es renunciable.⁷⁶ El juez está obligado a concederla. La Constitución de 5 de febrero de 1857 no se ocupó de reglamentarla. Estableció que es procedente la prisión preventiva por delitos que merezcan pena corporal; pero que en cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se le pondrá en libertad bajo fianza. El aseguramiento de la persona sospechosa de haber cometido algún delito, para que permaneciese encarcelada durante la tramitación del proceso, era aplicable lo mismo que se tratase de delitos que ameritasen pena corporal o pena pecuniaria o alternativa; pero en caso de esta índole, el juez podía concederle que saliese en libertad temporal con garantía.⁷⁷

Continuando con González Bustamante, éste nos señala:

No hemos encontrado ninguna referencia en la obras de práctica forense publicadas en la primera mitad del siglo pasado, para afirmar que la libertad provisional bajo caución era un derecho para el acusado, tratándose de delitos castigados con pena corporal, que, por otra parte si recordamos los procedimientos empleados en los sistema inquisitorio y mixto, el otorgamiento de esta libertad no correspondía a la estructura del sistema.⁷⁸

Los Códigos de 1880 y de 1891, se ocuparon de reglamentar la libertad provisional bajo caución. El primero de dichos ordenamientos comprende en un solo capítulo, la libertad provisional y la libertad bajo caución, la primera era procedente en cualquier estado del proceso en que se hubiesen desvanecido los fundamentos que sirvieron para decretar la detención o la prisión preventiva. Constituía lo que hoy conocemos con el nombre de libertad por desvanecimiento de datos en un mezcla confusa con la llamada libertad protestatoria.⁷⁹

⁷⁶ Recordemos el contenido de la jurisprudencia señalada con la nota de pie de página núm. 10, de la presente investigación, en donde se indica que las garantías individuales son irrenunciables.

⁷⁷ Idem, p. 301.

⁷⁸ Idem, p. 304.

⁷⁹ Idem, pp. 304 y 305.

En secuencia con la historia de la libertad provisional bajo caución, nos manifiesta González Bustamante, que:

ésta se otorgaba en los casos en que la pena correspondiente a determinado delito no excediese de cinco años; pero antes de concederla debía oírse la opinión del Ministerio Público, y siempre que el beneficiario comprobase tener domicilio fijo y conocido que poseyese bienes o ejerciese alguna profesión u oficio, y que, a juicio del juez, no existiese temor de que se sustrajese a la acción de la justicia.⁸⁰

La ley procesal establecía determinados requisitos a los que debía ceñirse el juez al otorgar la concesión. La libertad provisional y la libertad bajo caución, sólo eran procedentes después de que el inculpado hubiese rendido su declaración indagatoria. Su tramitación se operaba en forma incidental, y en caso en que el ofendido por el delito se hubiese constituido en el proceso parte civil antes de que la libertad caucional se solicitase, tenía derecho a exigir que no se concediese hasta que el inculpado diese garantía bastante de cubrir el importe de la responsabilidad civil. Conserva el Código Procesal de 1880 las siguientes restricciones, que en materia de libertad provisional han sido suprimidas en los Códigos vigentes: las resoluciones judiciales concediendo la libertad caucional, no se ejecutaban sin que previamente hubiesen sido confirmadas por el Tribunal de Segunda Instancia.

⁸⁰ Ibidem.

Por tratarse de una gracia, el tribunal disfrutaba de poderes para revocar la libertad provisional concedida, en cualquier momento en que hubiese temor de que el inculcado se fugue u oculte.⁸¹

En la Ley Procesal de 1891 se amplió hasta siete años la concesión de la libertad provisional, y se dispuso que al revocarse dicha libertad por desacato del beneficiario en cumplir las condiciones señaladas en la ley para que se le concediese, no tenía derecho a disfrutar del beneficio ni en la misma causa ni en la otra.⁸²

El Constituyente de 1917, para evitar que se quebrantase esta suprema conquista del derecho, elevó al rango de garantía constitucional el derecho de todo inculcado para obtener su libertad provisional, sin más requisitos que el otorgamiento de una caución por la suma de diez mil pesos, y siempre que el delito imputado al solicitante no mereciese una pena mayor de cinco años y sin esperar que el inculcado rindiese su declaración preparatoria. El derecho a disfrutar de la libertad caucional se opera en las mismas condiciones que el derecho de defensa. Debe ser inmediata la concesión, tan luego como se formule la solicitud y se cumpla con las condiciones anteriormente expuestas; pero en la práctica este principio se viola con frecuencia con la libertad caucional no se concede por los funcionarios del Ministerio Público en el período de averiguación previa, lo que ocasiona la libertad caucional siga rigiéndose por los mismos sistemas de los Códigos de 1880 y 1891, hasta que el inculcado rinda su declaración preparatoria. El Código de procedimientos Penales del Distrito dispone que si el acusado o su defensor solicitaren la libertad caucional, los funcionarios del Ministerio Público se concretarán a recibir la petición relativa y agregarla al acta correspondiente para que el juez resuelva sobre el particular hasta que el negocio llegue a su conocimiento.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem.

Esta limitación a la garantía constitucional que debe entenderse en el sentido más favorable para el inculcado, ocasiona que las personas tengan que permanecer detenidas aunque sea por un tiempo precario, porque se ha creído que sólo la autoridad judicial es la facultada para otorgar la concesión. En el Congreso de Procuradores de Justicia celebrado en esta capital en el año 1939, con motivo de la presentación del anteproyecto de la Ley Orgánica del Ministerio Público del Fuero Común, se proponía que fuesen los delegados del Ministerio Público los facultados para resolver sobre la concesión o negativa de la libertad caucional en delitos leves, con el propósito de causar las menores molestias a las personas que se ven complicadas en una averiguación criminal, atendiendo preferentemente a la naturaleza del delito y al grado de peligrosidad que revele el delincuente; pero el artículo fue desechado porque se consideró peligroso que los representantes del Ministerio Público resolviesen estas cuestiones reservadas a los órganos jurisdiccionales. Nosotros entendemos que la objeción hecha por los congresistas para rechazar el artículo careció de consistencia, y que el peligro es sólo aparente si se compara la amplitud de criterio que en materia de libertad provisional consagran la mayoría de las legislaciones procesales extranjeras.⁸³

La palabra libertad significa para el *Diccionario de la Lengua Española*: "situación o beneficio de que pueden gozar con fianza o sin ella los procesados, no sometiéndolos durante la causa a prisión preventiva" en ese sentido; es necesario concretar dicho concepto analizando el verbo transitivo libertar: "poner en libertad o soltar al que está atado, preso o sujeto físicamente".⁸⁴

El vocablo provisional, tiene como conceptualización lo siguiente, según el citado *Diccionario*: "Dícese de lo que se hace, se halla o se tiene temporalmente."⁸⁵

⁸³ *Idem*, op.cit., pp.305 y 306.

⁸⁴ *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., nota 27,p. 885.

⁸⁵ *Idem*, p.1194.

En sentido figurado la palabra bajo quiere decir: “sometimiento a personas o cosas”⁸⁶, también extraído el presente de dicho *Diccionario*.

El verbo caución significa: “prevención, precaución o cautela. Seguridad personal de que se cumplirá lo pactado, prometido o mandado”⁸⁷.

Conjugando dichos vocablos, llegamos a la conclusión de que libertad provisional bajo caución significa literalmente:

Beneficio que pueden gozar los acusados o indiciados por un delito, no sometiéndolos, durante la averiguación previa o causa penal, a prisión preventiva, es decir; poner en libertad temporalmente al que esta preso o detenido, sometiéndolo al cumplimiento de lo pactado, en el auto que le concede la libertad.

Pasemos a estudiar lo que para algunos juristas significa este concepto. El *Diccionario Jurídico* editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la define así:

“Medida precautoria establecida en beneficio del inculpado de concederle la libertad provisional durante el proceso penal, cuando se le impute un delito cuya penalidad no exceda de determinado límite y siempre que el propio acusado o un tercero otorgue una garantía económica con el propósito de evitar que el primero se sustraiga de la acción de la justicia”.⁸⁸

Continuando con el concepto anterior, en dicho *Diccionario* se establece que:

así como la detención o prisión preventiva constituyen una medida cautelar que se decreta en el proceso penal en favor de la seguridad social, la providencia opuesta, es decir, la que beneficia al acusado sometido a dicha detención, es la denominada **libertad provisional**, que en el ordenamiento mexicano puede asumir dos modalidades, la calificada como **caucional** tanto **judicial** como **administrativa** y la que se concede bajo protesta.⁸⁹

⁸⁶ *Idem*, p. 178.

⁸⁷ *Idem*, p. 312.

⁸⁸ *Diccionario Jurídico*, op. cit., nota 67, p. 1900.

⁸⁹ *Ibidem*.

Páginas más adelante, define con precisión la garantía de la libertad provisional bajo caución ante el Ministerio Público Federal; y le da el nombre de **libertad caucional previa o administrativa**; leamos:

Se conoce con este nombre la facultad que se otorga al Ministerio Público (MP) para autorizar que permanezca en libertad el presunto responsable de un delito imprudencial o culposo, especialmente los conocidos con motivo del tráfico de vehículos, siempre que se otorgue una caución para garantizar que el inculpado estará a disposición del propio MP o, en su caso, ante el juez de la causa.⁹⁰

Analícemos ahora cada uno de los requisitos que establece el artículo 399 del nuestro Código Penal Federal Adjetivo

Cabe hacer mención que este tipo de libertad se encuentra regulada en el título decimoprimer, sección primera del citado Código Adjetivo, intitulada **Incidentes de libertad**.

Es pertinente señalar que en mi concepto la petición de este beneficio y su resolución sobre la procedencia o no del mismo, no debe tramitarse en vía incidental, debido a que esta implica una serie de actos procedimentales que se traducen en plazos más o menos prolongados, lo cual pugna con el mandato constitucional cuando señala el término de inmediatez en la determinación sobre la concesión o no de la libertad multicitada.

“Art. 399.- Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o el proceso a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

Esto significa por una parte, que la persona que haya sido detenida por el Ministerio Público Federal, será puesta en libertad inmediatamente después de que lo solicite, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

⁹⁰ Idem,p.1994.

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

Ello quiere decir, que se tiene que cubrir económicamente el monto patrimonial, como resultado del delito por el cual se le acusa al indiciado.

Mencionaremos un criterio jurídico, en base a esta fracción, que se puede aplicar también dentro de la averiguación previa, independientemente que el siguiente autor no lo menciona.

Leopoldo de la Cruz Agüero, opina al respecto:

en cumplimiento a dicho requisito procesal, una vez substanciado el incidente por cuerda separada, aportadas las pruebas y el juez dicte la resolución correspondiente y en ella considere que sí procede otorgar la libertad provisional bajo caución al inculpado, se procederá a dar cumplimiento a las condiciones fijadas, garantizando la reparación del daño, exhibiendo dinero en efectivo, fianza comercial, depósito bancario, hipoteca o cualquiera de las formas que señala la ley y a satisfacción del juez.⁹¹

En el siguiente párrafo del citado artículo 399, nos refiere:

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

La Ley Federal del Trabajo determina, para cada caso en concreto, cuánto será el monto para la reparación del daño como consecuencia de algún delito que afecte la vida o la integridad corporal de un sujeto.

⁹¹ De la Cruz Agüero, Leopoldo, *Procedimiento penal mexicano, Teoría, práctica y jurisprudencia*, México, Ed. Porrúa, 1995, p.582

“II. Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso pudieran imponérsele;”

Las sanciones pecuniarias son penas públicas, consistentes en el pago al Estado de una cantidad de dinero en efectivo, billete de depósito, etcétera que es determinable por la ley y que se aplica al caso concreto por el juez.

Un ejemplo de lo anterior lo encontraremos si leemos en el artículo 386 del Código Penal, el segundo párrafo, y comprenderemos mejor esta figura.

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

.....

Fracción III- Con prisión de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario”. Dicha multa se tendrá que garantizar depositando ante el juzgador la cantidad que haya determinado para tal efecto.

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

Esta fracción, a traído como consecuencia una diversidad de criterios doctrinales encontrados. Por un lado se está de acuerdo con esta reforma y por el otro no.

Leopoldo de la Cruz, opina que:

el legislador quiso tan sabiamente dar a entender a los ciudadanos... que dicha fracción se refiere a que el procesado que solicite la libertad provisional bajo caución, deberá demostrar modo honesto de vivir, no contar con antecedentes penales anteriores, ser la primera vez que delinque, así se le puede llamar a la primera vez que alguien sea acusado por el Ministerio Público de la comisión de un delito, sin ser condenado por un juez; que garantice no sustraerse a la acción de la justicia, exhibiendo garantía al efecto,

sea en efectivo, bienes raíces o fianza personal; que cuenta con un empleo, etcétera.⁹²

De aquí podemos deducir que el citado jurista está de acuerdo con el contenido y alcance de dicho precepto legislativo.

Otros doctrinarios como Jorge Mancilla, están en desacuerdo con tal hipótesis legal, manifestándose de la siguiente manera:

El precepto en examen, establece como exigencia caucional un monto distinto al que autoriza la carta fundamental de la República, como garantía.⁹³

El artículo 20, fracción I, de la Constitución, prevé que la caución de libertad procesal, es la cantidad equivalente a lo que pueden ser las sanciones pecuniarias por el delito . Abarca, el derecho civil de la reparación del daño y la multa.⁹⁴

Son las únicas cantidades que la ley fundamental establece que deben garantizarse para obtener la libertad bajo caución.⁹⁵

Sin embargo, el Código de Procedimientos Penales de la Federación, en el artículo en comento, en el párrafo descrito, establece que debe de otorgarse una garantía diversa a aquella que ordena la Constitución, con el fin de caucionar el cumplimiento de obligaciones procesales a su cargo.⁹⁶

⁹² De la Cruz, op.cit.,p.582.

⁹³ Mancilla O. Jorge, op.cit., nota 24,p.206.

⁹⁴ Idem, p.205.

⁹⁵ Idem, p.206.

⁹⁶ Ibidem.

Por no estar autorizada por la carta magna una caución como la que se prevé en la ley procesal, el precepto 399-III del Código Procesal Penal de la Federación, es inconstitucional.⁹⁷

Los jueces, cumpliendo los dictados del artículo 133 de la carta magna, sólo deben de establecer la caución que autoriza la ley suprema. Ello, absteniéndose de hacer calificaciones de la constitucionalidad del numeral en estudio.⁹⁸

Resumiendo lo que dicho autor opina sobre la inconstitucionalidad de éste artículo y concretamente de esta fracción III, nosotros consideramos lo siguiente.

Efectivamente, consideramos que ninguna ley ordinaria puede estar por encima de la Constitución Política, o establecer más exigencias que las requeridas por nuestro Pacto Federal, y sobre todo si lo que está en discusión es la libertad de una persona.

“IV.- Que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en el párrafo último del artículo 194.”

Transcribiremos el citado numeral 194 del Código Federal Adjetivo, para saber cuándo, a contrario sensu, sí procede la libertad caucional dentro de ésta hipótesis.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Ibidem.

Artículo 194.- Sexto Párrafo.- Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal, en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal : **homicidio por culpa grave**, previsto en el artículo 60, tercer párrafo; **traición a la Patria**, previsto en los artículos 123, 124, 125, 126; **espionaje**, previsto en los artículos 127, 128; **terrorismo**, previsto en el artículo 139, párrafo primero; **sabotaje**, previsto en el artículo 140 párrafo primero, así como los previstos en los artículos 142, párrafo segundo, y 145; **piratería**, previsto en los artículos 146 y 147; **genocidio**, previsto en el artículo 149 bis; **evasión de presos**, previsto en los artículos 150 y 152; **ataques a las vías de comunicación**, previsto en los artículos 168 y 170; **uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo**, previsto en el artículo 172 bis párrafo tercero; **contra la salud**, previsto en los artículos 194, 195, párrafo primero, 195 bis, excepto cuando trate de los casos previstos en las dos primeras líneas horizontales de las tablas contenidas en el apéndice 1, 196 bis, 197, párrafo primero, y 198, parte primera del párrafo tercero; **corrupción de menores**, previsto en el artículo 201; **trata de personas**, previsto en el artículo 205, segundo párrafo; **explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal**, previsto en el artículo 208 ; **falsificación y alteración de moneda**, previsto en los artículos 234, 236 y 237; **de violación**, previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; **asalto en carreteras o caminos**, previsto en el artículo 286, segundo párrafo; **homicidio**, previsto en los artículos 302, con relación al 307, 313, 315, 315 bis, 320 y 323; **de secuestro**, previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; **robo calificado**, previsto en el artículo 367 en relación con el 370, párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracciones VIII, IX y X, 381 bis; y **extorsión**, previsto en el artículo 390; así como los previstos en los artículos 83, fracción III, 83 bis, exceptuando sables, bayonetas y lanzas, y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; **tortura**, previsto en los artículos 3o. y 5o. de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura; **el de tráfico de indocumentados**, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población; y los previstos en los artículos 104, fracciones II y III, último párrafo, 105, fracción IV, y 115 bis del Código Fiscal de la Federación.

La caución a que se refiere la fracción III y las garantías a que se refieren las fracciones I y II, podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.

Una vez reunidos los requisitos que señala este artículo, tendrá el juzgador o el Ministerio Público Federal la obligación y responsabilidad de decretar la libertad procesal aludida, de lo contrario cometería un exceso de poder.

Ya concedida dicha libertad, ésta constituirá un derecho adquirido para el indiciado, y éste no podrá restringírsele sino mediante juicio previo.

Una vez que se ha otorgado este beneficio constitucional, el indiciado **no podrá ser privado nuevamente de su libertad**, por esos mismos hechos, es decir, si el Ministerio Público Federal otorgó dicha garantía constitucional y apareciere que el indiciado cometió un nuevo delito, por ese sólo hecho se tendrá que escuchar al indiciado antes de revocársele la libertad provisional bajo caución de la cual gozaba, ya que si no se hace de esa forma, y se cumplen dichas formalidades se violaría la garantía de audiencia, leamos;

LIBERTAD CAUCIONAL, REVOCACIÓN DE LA.- La libertad de un procesado, consagrada por el artículo 20 Constitucional entraña, una vez concedida, un derecho del reo del que ya no puede privársele sino mediante juicio en el que se cumplan las formalidades del procedimiento, como lo estatuye el artículo 14 de la Carta Fundamental del País, independientemente de las modalidades que sobre ese aspecto fijen las leyes reglamentarias, porque éstas no pueden contrariar la garantía aludida que, en su forma más amplia, protege los derechos del hombre y fija normas a seguir para poder privársele de ellos. De aquí que aún cuando un Código Local de Procedimientos Penales prevenga que la libertad de un reo pueda ser revocada cuando, antes de que el expediente en que se le concedió la libertad esté concluido por sentencia ejecutoria, cometiere un nuevo delito que merezca pena corporal, deben estimarse vulnerados los derechos adquiridos por un reo en libertad bajo fianza, cuando no se le oiga previamente antes de revocarle su libertad, a fin de que pueda impugnar en ejercicio de sus derechos, la causa que motiva la revocación de su libertad. Lo contrario sería anteponer una ley reglamentaria a la Constitución y suspender las garantías que establezcan, con modalidades creadas por leyes secundarias que no pueden tener fuerza legal bastante o contrariar el espíritu amplio, proteccionista de las garantías que la Constitución ha consagrado como invulnerables.⁹⁹

⁹⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, primera sala, quinta época, tomo CVI, Méndez García José. Cuatro Votos, p. 1440.

LIBERTAD CAUCIONAL, REVOCACIÓN DE LA. Si bien es cierto que esta Suprema Corte ha sustentado el criterio de que la obligación que se impone a sustentado el criterio de que la obligación que se impone a los reos que disfrutan la libertad bajo fianza, de presentarse en determinados días al juzgado o tribunal donde radica su causa, es violatoria del artículo 19 Constitucional, cuando esta obligación no está determinada por las leyes locales que reglamentan este beneficio, no lo es menos que dicha libertad, consagrada por el artículo 20 Constitucional, entraña, una vez concedida, un derecho del reo del que yo no puede privársele sino mediante juicio en el que se cumplan las formalidades del procedimiento, como lo estatuye el artículo 14 de la Carta Fundamental del País, independientemente de las modalidades que sobre ese aspecto fijen las leyes reglamentarias, porque éstas, aun estableciendo determinadas obligaciones a cumplir por el reo beneficiado, no pueden contrariar la garantía aludida que, en su forma más amplia, protege los derechos del hombre y fija normas a seguir para poder privársele de ellos. De aquí que, aun cuando el Código de Procedimientos Penales aplicable prevenga que la libertad de un reo puede ser revocada cuando éste no cumpla con las obligaciones contraídas al concedérsele tal beneficio, deben estimarse vulnerados los derechos adquiridos por un reo en libertad bajo fianza, cuando no se le oiga previamente antes de revocarle su libertad, para apreciar si fue justa o injusta, comprobada o incomprobada, la causa que motivó el incumplimiento de esas obligaciones, lo contrario sería anteponer una ley reglamentaria a la Constitución y supeditar las garantías que establece, a modalidades creadas por leyes secundarias, que no pueden tener fuerza legal bastante a contrariar el espíritu amplio, proteccionista, de las garantías que la Constitución ha consagrado como invulnerables.¹⁰⁰

LIBERTAD CAUCIONAL, UNA VEZ CONCEDIDA LA. YA NO PUEDE PRIVÁRSELE AL PROCESADO, SINO MEDIANTE JUICIO EN EL QUE SE CUMPLAN LAS FORMALIDADES DEL PROCEDIMIENTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS) Si bien es cierto que el artículo 536 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chiapas, faculta al juez que concede la libertad caucional revocar dicho beneficio cuando el procesado deje de cumplir con las obligaciones contenidas en el numeral 535 del código citado, también lo es que la libertad bajo fianza consagrada en el artículo 20 Constitucional entraña una vez concedida, un derecho del procesado del cual ya no puede privársele sino mediante trámite en el que se cumplan las formalidades del procedimiento como lo establece el artículo 14 de la Constitución Federal.¹⁰¹

¹⁰⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, tesis de la primera sala, quinta época, tomo CIV, Pérez Manuel, cinco votos p. 581

¹⁰¹ *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia visible en la octava época, amparo en revisión, 361/93, José Luis Lezama Penagos, 26 de agosto de 1993, Unanimidad de Votos.

Por otro lado, también existe jurisprudencia en el sentido de que todo gobernado será puesto en libertad toda vez que el delito por el cual se le vaya a juzgar tenga una pena media de cinco años de prisión o menos que ésta:

“LIBERTAD CAUCIONAL.- El artículo 20 Constitucional consigna como garantía individual para toda persona sujeta a procedimiento criminal, el que inmediatamente que dicha persona lo solicite, sea puesta en libertad provisional bajo caución, cuando se trate de un delito cuya pena media no sea mayor de cinco años de prisión; y sin tener que substanciarse incidente alguno.”¹⁰²

En ese sentido, también existe jurisprudencia que le da el carácter de garantía individual a este tipo de libertad caucional.

“LIBERTAD CAUCIONAL.- Para conceder o negar la libertad caucional, elevada a rango de garantía individual, debe tomarse en su término medio, la penalidad señalada en la ley.”¹⁰³

Este tipo de garantía, es exclusivamente para los procesados, ya que para los reos (sentenciados) no opera. Así lo ha resuelto nuestro máximo tribunal de justicia del Distrito Federal, veamos;

“LIBERTAD CAUCIONAL.- La garantía Constitucional relativa a ella, ha sido establecida a favor de los procesados y no puede aplicarse a los reos que han sido sentenciados, independientemente de que la pena impuesta sea mayor o menor que la fijada por el artículo 20 Constitucional, y de los efectos de la suspensión que se conceda, si ocurre al juicio de garantías.”¹⁰⁴

¹⁰² *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia visible en la quinta época, pleno, tesis 1105, apéndice 1988, segunda parte, p. 1776.

¹⁰³ *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia visible en la quinta época, primera sala, tesis 1109, apéndice 1988, segunda parte, p.1784.

¹⁰⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia visible en la quinta época, número 904., apéndice al t. XCVII, pleno, p.573.

Para conceder este tipo de libertad, el juzgador no debe tomar en cuenta las atenuantes o las agravantes, ya que estas figuras se aplicarán hasta la sentencia; leamos la siguiente jurisprudencia en ese sentido:

“LIBERTAD CAUCIONAL. Para concederla, debe atenderse solamente a la pena que corresponde al delito imputado, tal cual está señalado en la ley, sin tener en cuenta las atenuantes y agravantes que puedan existir, porque éstas son materia de la sentencia que pone fin al proceso.”¹⁰⁵

Una crítica severa se debe sostener en contra de la reciente reforma constitucional en la que se indica que aun tratándose de delitos no graves, así considerados por la ley, la autoridad podrá negar el beneficio de la libertad caucional siempre que el Ministerio Público aporte datos que pongan de manifiesto la peligrosidad del presunto responsable y el alto riesgo que implicaría para la sociedad la excarcelación del mismo

En mi concepto, esta particularidad debe desaparecerse del ordenamiento constitucional y de las leyes secundarias, puesto que al ser la libertad uno de los mayores bienes naturales y jurídicos del hombre, la regulación de su restricción debe estar categóricamente bien definida por la ley y no dejarla al arbitrio de los servidores públicos, y que pueden errar en la apreciación de circunstancias del presunto responsable y determinarse, quizá por ignorancia o malevolencia en perjuicio del sujeto detenido, por lo que es necesario trabajar de inmediato en la contrarreforma constitucional.

En tratándose de la peligrosidad, como uno de los criterios que señala la Constitución para que sea procedente o no el beneficio liberatorio en comento, se debe señalar que el mismo resulta ser un aspecto netamente subjetivo y que, en todo caso, se estaría prejuzgando al individuo sobre su intervención en el hecho delictivo que apenas se investiga, por lo que se considera que no es pertinente utilizar este concepto en relación con el beneficio de la libertad provisional bajo caución.

¹⁰⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia número 906, quinta época, pleno tesis 173, apéndice 1965, segunda parte, p.341.

Por otro lado, resulta igualmente subjetivo el señalar que la concesión de la libertad provisional bajo caución, va a implicar que el sujeto evada la acción de la justicia, ya que se trata de un hecho futuro e inminentemente incierto, de tal manera que no es apto el criterio para poder pronunciarse sobre el beneficio aludido.

3. Libertad administrativa por vicios en la detención, conforme al artículo 135, párrafo primero, del C.F.P.P.

El artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales establece:

Al recibir el Ministerio Público Federal diligencias de averiguación previa, si hubiere detenidos y la detención fuera justificada, hará inmediatamente la consignación a los tribunales, si se cumplen los requisitos a que se refiere el párrafo primero del artículo 154; si tales requisitos no se satisfacen, podrá retenerlos ajustándose a lo previsto en los artículos 193, 194 y 195 bis. **Si la detención fuera injustificada, ordenará que los detenidos queden en libertad.**

Significa, que si una persona estuvo privada de su libertad y no fue puesta inmediatamente a disposición de la autoridad correspondiente (en este caso ante el Ministerio Público Federal), se presumirá que estuvo ilegalmente detenida y que las actuaciones encaminadas a la investigación del delito correspondiente carecerán de todo valor probatorio, y si el Ministerio Público Federal legitima una situación como ésta, estará actuando fuera de la ley y sus actos serán violatorios de garantías. Además, existe la responsabilidad penal para el servidor público que soslaye tal situación.

También cabe el supuesto de que la persona que está detenida, sea diferente de la que la Policía Judicial Federal estuviese buscando, de igual manera se estarían violando las garantías constitucionales del detenido, razón por la cual deberá otorgársele de inmediato su libertad.

Si estuviéramos en presencia de la detención de algún individuo por parte de cualquier persona por existir la figura de flagrancia en la comisión del hecho delictivo, para entregarlo a las autoridades competentes, ocurriría el caso de que el caso de que el Ministerio Público Federal

tomará conocimiento de los hechos delictivos con el sujeto o grupo de sujetos detenidos. En esta hipótesis, el Ministerio Público tendrá que revisar los hechos y circunstancias de la detención para poder pronunciarse sobre la constitucionalidad de la misma. Si la detención es legal, procederá a la retención del sujeto hasta por 48 horas o bien 96, en caso de que se argumente delincuencia organizada. Por el contrario, si no se justifica el concepto de la flagrancia en la detención del individuo el Ministerio Público tendrá que ponerlo en libertad, sin perjuicio de continuar con la integración de la indagatoria y eventualmente solicitar el arraigo judicial.

Ejemplo de lo anterior es cuando las fuerzas armadas actúan en el cumplimiento de la lucha permanente contra el narcotráfico, de tal manera que en el ejercicio de sus funciones logran reiteradamente detenciones en flagrancia de personas involucradas en ese fenómeno delictivo y que, una vez aseguradas así como los instrumentos objetos y productos del delito, son puestos a disposición del Ministerio Público de la Federación para continuar con las diligencias de averiguación previa y resolver sobre el ejercicio de la acción penal.

4. Libertad administrativa sin caución (punibilidad alternativa o no restrictiva de la libertad) conforme al artículo 135, párrafo segundo, última parte del C.F.P.P.

El segundo párrafo del citado Código Adjetivo señala:

El Ministerio Público **dispondrá la libertad del inculpado**, en los supuestos y cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 399 para los jueces, sin perjuicio de solicitar su arraigo en caso necesario. El Ministerio Público fijará la caución suficiente para garantizar que el detenido no se sustraerá a la acción de la justicia, ni al pago de la reparación de los daños y perjuicios que pudieran serle exigidos. Tratándose de delitos cometidos con motivo del tránsito de vehículos, no se concederá este beneficio al inculpado que hubiese incurrido en el delito de abandono de personas o se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares, **cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad, se dispondrá la libertad sin necesidad de caución y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente.**

En el capítulo que antecede ha quedado explicada la libertad que se consagra en el artículo 399 del Código Adjetivo, en este apartado corresponde el estudio de la libertad “sin caución”.

Existe pena alternativa, cuando la sanción que se encuentra regulada en la legislación penal o en otros ordenamientos jurídicos, trae consigo la posibilidad de aplicar, la privación de la libertad o bien una multa.

Un ejemplo de lo anterior lo podemos ver en el artículo 160 del Código Penal, que a la letra dice:

“A quien porte, fabrique, importe o acopie sin un fin lícito instrumentos que sólo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas, se le impondrá prisión de tres meses a tres años o de 180 a 360 días multa y decomiso”.

Ahora bien, también procede la libertad sin caución si el delito por el que se acusa no tiene pena privativa de la libertad.

El delito de hostigamiento sexual tiene como pena el pago de hasta cuarenta días de multa, y en el caso de que el hostigador fuere un servidor público la destitución del puesto que desempeña. En este tipo penal podemos apreciar que no existe pena privativa de la libertad, por lo tanto procederá la libertad provisional sin caución.

Se le puede solicitar al sujeto activo de este delito, que esta privado de su libertad, que garantice únicamente lo relacionado con la reparación del daño y/o que pague la multa, pero en tratándose de su libertad física puede gozar de ella sin tener que garantizarla.

En este sentido se puede presentar el caso de que se haya logrado la detención en flagrancia del sujeto probable responsable del hecho ilícito y que por desconocimiento de quienes llevaron acabo la detención se trate de algún evento tipificado cuya punibilidad sea no restrictiva de libertad o bien alternativa; de tal manera, el Ministerio Público Federal que conozca de los hechos tendrá que ordenar la libertad inmediata del detenido por la naturaleza de la punibilidad del hecho que se le atribuye.

5. Libertad administrativa sin caución cuando el término medio aritmético de la pena no exceda de tres años de prisión y se reúnan los requisitos del artículo 135 bis del C.F.P.P.

El artículo 135 bis del Código Penal Federal Adjetivo, establece que el Ministerio Público Federal, deberá poner en libertad a toda persona que se encuentre detenida, siempre y cuando reúna los siguientes requisitos.

Artículo 135 bis.- Se concederá al inculpado la libertad sin caución alguna, por el Ministerio Público, o por el Juez, cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años, siempre que:

I.- No exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia;

II.- Tenga domicilio fijo con antelación no menor de un año, en el lugar de la residencia de la autoridad que conozca del caso;

III.- Tenga un trabajo lícito; y

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

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

El término medio aritmético se obtiene sumando el término mínimo de la pena con el término máximo de ésta, y se divide entre dos.

Un ejemplo de lo anterior lo podemos analizar de la siguiente manera:

El artículo 167, fracción VI, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, establece:

Se impondrá de uno a cinco años de prisión y multa de quinientos a cincuenta mil pesos: fracción VI.-Al que interrumpiere la comunicación telegráfica o telefónica, alámbrica o inalámbrica, o el servicio de producción o transmisión de alumbrado, gas o energía eléctrica, destruyendo o deteriorando uno o más postes o aisladores, el alambre, una máquina o aparato de un telégrafo, de un teléfono, de una instalación de producción, o de una línea de transmisión de energía eléctrica.

Sumando el mínimo de la pena que es de un año, más cinco años que es la pena máxima y dividiéndolo entre dos, nos da como resultado que el término medio aritmético de la pena sea de tres años de prisión, por lo tanto; el Ministerio Público puede otorgar la libertad provisional sin caución al sujeto que este detenido por haber cometido este tipo de delito.

En relación con esta novedosa figura de libertad procedimental (con vigencia a partir del 1 de febrero de 1994) es de señalarse que en la práctica difícilmente se pueden materializar las bondades de este instrumento, puesto que el último de los requisitos mencionados en la norma es difícil de satisfacer por el detenido, aparentemente se resuelve como una carga probatoria de su parte, carga que materialmente es imposible que el individuo pueda satisfacer, y se requerirá, entonces, la participación de la autoridad investigatoria para cubrir este aspecto es decir: que el Ministerio Público diligentemente habrá de girar el oficio respectivo al encargado del sistema tradicional de identificación criminal, a efecto de que se conozca con certeza si el individuo peticionario de la libertad no ha sido condenado por delito doloso, y estando conscientes del burocratismo anquilosado con que nuestras autoridades se conducen normalmente y es incuestionable que primeramente se cumplirán las 48 horas en que el Ministerio Público tendrá que resolver sobre la consignación del detenido, o bien sobre su libertad personal, todo lo cual hará nugatorio el beneficio en análisis.

6. Libertad administrativa por suspensión del procedimiento en la hipótesis prevista en el artículo 468, fracción segunda, en relación con las fracciones primera y segunda del artículo 113 ambos del C.F.P.P.

Transcribiremos los artículos para un mejor análisis de este tipo de libertad.

Sobre el artículo 468 del Código Penal Adjetivo, cabe aclarar que este artículo está dentro del capítulo III, referente a la suspensión del procedimiento, leamos;

“Iniciado el procedimiento judicial, no podrá suspenderse sino en los casos siguientes:

Fracción II.- Cuando se advierte que se está en alguno de los casos señalados en las fracciones I y II del artículo 113”.

Dicho numeral nos remite al artículo 113 fracciones I y II del mismo ordenamiento penal adjetivo.

Artículo 113.- El Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con las órdenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

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

Fracción II.- Cuando la ley exija algún requisito previo, si este no se ha llenado.

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

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

Si dentro del término de las cuarenta y ocho horas, la parte ofendida por un delito de daño en propiedad ajena, no acreditó la legítima propiedad del vehículo oficial el cual sufrió daños; y el sujeto activo del delito estuvo ante la presencia del Ministerio Público Federal, este último tendrá que dejarlo libre toda vez que hizo falta un requisito indispensable de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal.

Aquí estamos en presencia de un caso en el que se ha llevado a cabo la detención del sujeto en flagrancia y que, encontrándose el individuo privado de su libertad y a disposición del Ministerio Público, no exista en el expediente la formulación de la querrela o del acto equivalente de la persona que deba realizarla y que, por tal situación, el órgano investigador no puede continuar con la integración de la indagatoria por falta del requisito de procedibilidad; en tales condiciones, el Ministerio Público deberá suspender el procedimiento y consecuentemente tendrá la obligación de poner en libertad lisa y llanamente al sujeto detenido, sin perjuicio de que con posterioridad, una vez cubierto el requisito mencionado, se reinicie la integración de la averiguación previa y en su caso se ejercite la acción penal sin detenido, puesto que habrá cesado para entonces el aspecto de la flagrancia en la comisión del pretendido hecho delictivo y, por lo tanto, no habrá el supuesto jurídico indispensable para justificar la detención y retención del probable responsable por parte del órgano investigador.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Cabe la posibilidad de que, una vez llenado el requisito de procedibilidad el Ministerio Público ordene la detención del probable responsable, siempre que se argumente en la especie el caso urgente, como pudiera ser en el delito por defraudación fiscal, pero habrán de acreditarse precisamente todos y cada uno de los elementos configurativos del caso urgente.

7. Libertad administrativa por comprobación de alguna de las causas que excluyen el tipo penal (antes llamado excluyente de responsabilidad penal, ahora llamado excluyente de delito) conforme al artículo 15 del C.P.

Dentro del capítulo IV, del Código Penal Sustantivo, encontramos las causas de exclusión del delito, y concretamente en el artículo 15 de dicho ordenamiento; leámoslo para una mejor comprensión. No sin antes recordar que estas excluyentes de responsabilidad penal hoy llamadas excluyentes de delito deben estudiarse en cualquier etapa del proceso penal. Así lo ha resuelto nuestro máximo tribunal de justicia de la Nación:

LIBERTAD BAJO CAUCIÓN. La Suprema Corte ha establecido que las autoridades judiciales tienen facultad para declarar la procedencia de las eximentes de responsabilidad, en cualquier estado del juicio, inclusive antes del auto de detención; pero para ello es preciso que se justifiquen en forma plena e indubitable, y tomar en cuenta las excluyentes de responsabilidad o circunstancias de esa responsabilidad que aparezcan comprobadas a favor del acusado, antes de que se dicte sentencia definitiva, no es prejuzgar sobre la responsabilidad real de éste, puesto que cualquiera resolución que se dicte para el efecto de conceder, o no, su libertad provisional, en cuanto a las declaraciones que contenga sobre esa responsabilidad, no causa estado en el sentido de que al reo debe condenársele de acuerdo con la responsabilidad provisionalmente fijada, sino que, aun cuando se dictara después un fallo más severo que fijase la responsabilidad del acusado en mayor grado, a aun en el caso de que esa responsabilidad mayor apareciese antes de dictarse ese fallo, en el curso de la averiguación, el juez de la causa está en aptitud, fundado en los nuevos elementos que se han aparecido, de revocar la libertad caucional concedida, para ajustar la situación del reo a las condiciones o circunstancias que aparezcan aprobadas en el proceso. ¹⁰⁶

¹⁰⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, t.LXXXVIII, de fecha 27 de junio de 1946, primera sala, quinta época, p.2917.

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate;

III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista la necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código;

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre algunos de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito.

Análisis de la fracción primera: esta hipótesis operará cuando el sujeto activo del delito o también llamado probable responsable, cometa un delito previsto por la legislación mexicana, privado mentalmente del elemento racional volitivo; es decir, que el individuo cometió un delito sin haberlo querido o deseado, y estando privado de raciocinio.

Ahora bien, si el sujeto activo del delito se provocó ese estado de inconsciencia no operará la eximente del delito; así lo ha resuelto en jurisprudencia nuestro máximo tribunal de justicia:

ESTADO DE EBRIEDAD, NO EXCLUYE DE RESPONSABILIDAD AL ACUSADO, SI VOLUNTARIAMENTE INGIRIÓ BEBIDAS ALCOHÓLICAS.- Cuando en un juicio del orden penal el acusado confiesa haber consumido en forma voluntaria bebidas que lo indujeron a un estado de ebriedad y en esas condiciones comete un ilícito, no es factible considerar que no tuvo la intención de cometer daño alguno en razón de que el estado de embriaguez en que se encontraba no lo excluye de responsabilidad, supuesto que por propia voluntad llegó a dicho estado.¹⁰⁷

“EXCLUYENTE. ESTADO DE INCONSCIENCIA. (EMBRIAGUEZ).- Lo que el legislador tomó en cuenta para considerar el estado de inconsciencia como causa de inimputabilidad es que, el mismo, se haya alcanzado por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo y no la embriaguez deliberada o culposa.”¹⁰⁸

¹⁰⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia visible en la 8a. época, t. XIV, amparo directo 151/94, Naúl Palacios Villalobos, 28 de abril de 1994. p. 395.

¹⁰⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia visible en la 8a. época, del segundo tribunal colegiado del sexto circuito, tesis VI.2o. J/252, gaceta número 64. véase ejecutoria en el S.J.F., t. XI- abril, amparo en revisión 59/93 José Vázquez Picazo, 26 de febrero de 1993. Unanimidad de votos, p. 119.

La fracción segunda señala que: para poder fincar responsabilidad penal a un sujeto de derecho, se tienen que reunir todos los elementos del tipo penal del delito de que se trate, por ejemplo, si en el parricidio no se da el elemento consanguíneo, concubinario, o de adopción, o bien no se da el elemento: con conocimiento de esa relación, no podrá ser condenado el indiciado por parricidio. Este artículo lo podemos encontrar en el numeral 323 del Código Penal.

La fracción tercera indica: Esta eximente de responsabilidad significa que, cuando el titular del bien jurídicamente tutelado (ofendido) ha dispuesto de algún bien mueble o inmueble, bajo su consentimiento ya sea expreso o tácito, o bien que se pueda presumir que el ofendido pudo haberlo otorgado o dispuesto, no es responsable el sujeto activo del delito.

La fracción cuarta: A esta fracción también se le conoce como legítima defensa de bienes propios o ajenos. En la primera fracción podemos opinar que existe una deficiencia legislativa, concretamente cuando el legislador plasmó en este artículo la palabra “y sin derecho”, ya que la legítima defensa es un derecho consagrado en ley y, por lo tanto, el ejercicio de un derecho jamás podrá tener la categoría de delito.

Mostramos a continuación algunas jurisprudencias que consagran ese derecho en ley, que exime de toda responsabilidad a quien defiende sus bienes y/o derechos:

LEGÍTIMA DEFENSA: El ataque es actual cuando reviste caracteres de inminencia o dura todavía, de tal suerte que lo que importa para los efectos del derecho penal, es la amenaza creada por aquél, y no la actualidad de la lesión que sufre quién se defiende, o en otros términos, lo que caracteriza a la legítima defensa es que el rechazo de la agresión se realice mientras ésta persista, esto es, en tanto que pone en peligro la integridad corporal o la vida de quien se defiende y aun la de un tercero.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Jurisprudencia visible en *Semanario Judicial de la Federación*, 8va época, del segundo tribunal colegiado del sexto circuito, amparo directo 464/93, Pedro Garista Garista, 21 de octubre de 1993, unanimidad de votos.

Resaltamos que lo importante para esta jurisprudencia, no es la actualidad de la lesión, sino la actualidad del peligro en el que se está.

Los requisitos para que opere esta eximente de delito son los siguientes, según jurisprudencia número 571:

LEGÍTIMA DEFENSA. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SONORA)

Del artículo 13, fracción III, del Código Penal Sonorense, se aprecian como elementos de la legítima defensa: a) existencia de una agresión real, actual, sin derecho, b) un peligro inminente derivado de ésta y c) una repulsa, rechazo o defensa proporcionada a la agresión; por lo tanto, para que se tenga por existente dicha excluyente, deben estar reunidos tales elementos.¹¹⁰

Quien invoque una legítima defensa deberá probarla fehacientemente, ya que este derecho no puede presumirse desde el inicio del procedimiento, es decir, desde la averiguación previa, y si no se comprobó tiene la oportunidad de acreditarla durante la primera o segunda instancia del procedimiento penal.

Corroboramos lo antes señalado la jurisprudencia que a continuación se transcribe:

“LEGÍTIMA DEFENSA, NO PUEDE PRESUMIRSE. Los tribunales no pueden considerar que existe legítima defensa, si no se comprueba debidamente en autos y menos aún si en contra existe el dicho del ofendido, porque en tal caso, se encuentran equilibradas las presunciones derivadas de las declaraciones de los protagonistas.”¹¹¹

Para que exista la legítima defensa es necesaria la presencia de la disyuntiva de los bienes jurídicos protegidos, veamos:

¹¹⁰ Jurisprudencia visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, segundo tribunal colegiado del quinto circuito, tesis V 2o J/14, gaceta 86-1, pág. 37, tomo XV-I febrero, p. 64.

¹¹¹ Jurisprudencia visible en la octava época, del Segundo Colegiado del Sexto Circuito, Tesis VI 2o J/21, gaceta Número 19-21. Pag. 156, *Semanario Judicial de la Federación*, t. IV, Segunda Parte p. 632.

“LEGÍTIMA DEFENSA.- No se desprende que el reo privara de la vida a la víctima dentro de las condiciones de inminencia requeridas por la ley, para que se opere toda acción defensiva, si cuando los hechos criminosos se desarrollaron, no estaba en la disyuntiva de matar o de ser muerto, de herir o de ser herido por su adversario.”¹¹²

Los requisitos para que exista la legítima defensa jurisprudencialmente son los siguientes:

“[LEGÍTIMA DEFENSA.- Para que la legítima defensa exista, se requiere que al agredido repela un ataque actual, inminente, violento y sin derecho.”¹¹³

“LEGÍTIMA DEFENSA, EXISTENCIA DE LA.- Para que la legítima defensa se configure, se necesita que la acción repulsiva del agente se ejercite contemporáneamente a la agresión actual, y al peligro inminente que la motive.”¹¹⁴

El concepto de agresión a que se refiere esta excluyente de delito, es el siguiente:

“LEGÍTIMA DEFENSA CONCEPTO DE AGRESIÓN.- Para los efectos justificativos de la exculpante de la legítima defensa, por agresión se entiende el movimiento corporal del atacante que amenaza lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos y que hace necesaria la objetividad de la violencia por parte de quien la rechaza.”¹¹⁵

Lo anterior no significa que sólo de palabra produzca ese tipo de amenazas y /o agresión, sino que en el mundo fenomenológico se realiza materialmente la agresión física. Es decir, que las injurias, o malas palabras no encuadran en la hipótesis de agresión para efectos de la legítima defensa.

¹¹² *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia 897, quinta época, primera sala, tesis 627, apéndice 1954, p. 1120.

¹¹³ *Semanario judicial de la Federación*, jurisprudencia 898, quinta época, pleno, tesis 636, apéndice al t. XCVII, p. 1147.

¹¹⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia número 191, sexta época primera sala, tesis 1075, apéndice 1988, segunda parte, p. 1711.

¹¹⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia visible bajo el número 188, sexta época, primera sala, tesis 1072, apéndice 1988, segunda parte, p. 1704.

“LEGÍTIMA DEFENSA E INJURIAS.- Las solas injurias no configuran la agresión con las características señaladas por la ley para la integración de la eximente de legítima defensa.”¹¹⁶

Ahora bien, no existirá la legítima defensa cuando falte alguno de sus elementos antes mencionados:

“LEGÍTIMA DEFENSA, INEXISTENCIA DE LA.- La legítima defensa no se concibe antes de que el riesgo exista o se presente en forma que no dé lugar a la inmediata iniciación de un daño; por lo tanto; la actitud amenazante del supuesto agresor no puede aceptarse como antecedente válido para el ejercicio del derecho de legítima defensa.”¹¹⁷

Si no existe la inminencia ante el peligro de una agresión real, y su actualidad no podrá configurarse la figura excluyente de delito.

“LEGÍTIMA DEFENSA, INEXISTENCIA DE LA. La reacción defensiva efectuada cuando ya se habían consumado el ataque y el peligro que se pretende la motivaron, no puede considerarse como legítima defensa ni exime de responsabilidad penal al agente activo del delito.”¹¹⁸

En ese sentido , si se realizan actos posteriores a la actual agresión, tampoco se configurará la eximente de delito.

¹¹⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia núm 189, primera sala, tesis 1073, apéndice 1988, segunda parte, p.1706.

¹¹⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia número 192, visible en la sexta época primera sala, tesis 1078, apéndice 1988, segunda parte, p. 1717.

¹¹⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia visible bajo el número 193, sexta época, primera sala, tesis 1076, apéndice 1988, segunda parte, p.1713.

“LEGÍTIMA DEFENSA, INEXISTENCIA DE LA. Los actos ejecutados en contra del ofendido con posterioridad a la consumación de la agresión realizada por éste no puede ya estimarse como evitativos que justifiquen legítima defensa, sino actos de represalia o venganza cuya ilegalidad impide que la responsabilidad penal se excluya por tal concepto.”¹¹⁹

La fracción quinta: A esta fracción se le conoce como estado de necesidad, y opera cuando se lesiona un bien jurídico tutelado ajeno de igual o menor jerarquía, salvaguardando un bien jurídico propio o ajeno; de un peligro real, actual o inminente no coaccionado dolosamente por el sujeto activo y que tiene como condicionante que el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo.

Dicho sacrificio de intereses de igual o menor jerarquía, traerá como consecuencia la excluyente de responsabilidad.

“ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE. El estado de necesidad como exculpante presupone un conflicto de intereses jurídicamente tutelados que impone el sacrificio de uno para que pueda subsistir el otro.”¹²⁰

La fracción sexta: Aquí existen dos hipótesis, la primera, el cumplimiento de un deber jurídico, y la segunda, el ejercicio de un derecho; en el cumplimiento de un deber jurídico al igual que en el ejercicio de un derecho, se está en presencia del amparo y protección del ejercicio de un derecho que por diversas circunstancias son distintos, en la primera se tiene una calidad específica del sujeto activo del delito, es decir, tiene que ser un servidor público o bien tener calidad específica de garante y en la segunda, cualquier individuo puede colocarse en esa hipótesis.

¹¹⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia ubicada en la sexta época, primera sala, tesis 1077, apéndice 1988, segunda parte, p. 1715.

¹²⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia visible en la sexta época, primera sala, tesis 809, apéndice 1988, segunda parte, p. 1344.

Para que operen estas excluyentes de delito, es necesario que ese derecho o ese deber, se encuentren establecidos en un ordenamiento jurídico positivo.

“CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO, NATURALEZA DE LAS EXCLUYENTES DE.. Para que la causa de justificación relativa al cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho produzca sus efectos excluyentes de responsabilidad penal, es necesario que los deberes y derechos estén consignados en ley.”¹²¹

Esto obedece al principio de legalidad que tratamos en nuestro segundo capítulo de la presente tesis, es decir; si en un caso en particular, la conducta que realice cualquier persona no se encuentra amparada y regulada como derecho en ley, esa conducta podrá constituir algún delito.

Veremos a continuación el ejemplo de una jurisprudencia donde se menciona que un policía hace disparos para detener a un fugitivo, y nuestro máximo tribunal de justicia interpreta que esos disparos son actuaciones fuera de la ley, ya que la misma no lo autoriza; por lo tanto, no están ellos autorizados a realizar disparos para la detención de alguien que se está fugando.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO POLICÍAS. Para detener o lograr la captura de quien huye ante la intervención de la autoridad, la ley no autoriza a disparar sobre el fugitivo; por tanto, la conducta policiaca que así produce daños configurativos de delito no puede en principio quedar legalmente justificada por la excluyente de cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho.¹²²

¹²¹ Semanario Judicial de la Federación, jurisprudencia visible en la sexta época, primera sala, tesis 571, apéndice 1988, segunda parte, p. 980.

¹²² Semanario Judicial de la Federación, jurisprudencia visible en la sexta época, primera sala, tesis 572, apéndice 1988, segunda parte, p. 984.

La fracción séptima: Este apartado libera de responsabilidad penal a quienes hayan cometido uno o varios delitos, siempre y cuando se encuentren privados de la comprensión del carácter ilícito de su conducta, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.

La fracción octava: Sobre esta fracción hay mucho que comentar, sin menospreciar a las anteriores ni las posteriores figuras jurídicas de exclusión del delito; la presente es importante en la medida que ésta ha sido parte de las últimas reformas. Nos dice el artículo: El delito se excluye cuando se realice una acción u omisión bajo el error invencible; una vez analizadas, muy brevemente, estas excluyentes de delito pasaremos posteriormente al análisis de esta excluyente del delito, llamada error como causa de exclusión del delito.

La fracción novena: Esta establece que aun cuando el sujeto activo del delito haya cometido un hecho criminoso, en consecuencia de no haber podido determinar una actuación conforme a derecho, se excluye la responsabilidad penal como consecuencia de la exclusión del delito.

La fracción décima: Aquí estamos en presencia de la vis mayor o vis absoluta, que significan que debido a una fuerza exterior e irresistible se cometa un delito, lo que trae como consecuencia que obviamente exista una total ausencia de voluntariedad del sujeto activo y se excluya el delito.

Consideramos conveniente hacer una breve reflexión: Sobre la figura del error en materia penal,

Empecemos por ver lo que para algunos penalistas extranjeros significa el concepto de error en materia penal, ya que ellos fueron los primeros en estudiar este tema; posteriormente analizaremos el significado que le dan los juristas nacionales a este concepto; después transcribiremos la interpretación que hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el mismo y, por último, daremos nuestra propia definición.

a) Juristas extranjeros.

Edmundo Mezger, comenta en usu introducción al estudio del error:

el dolo del autor se refiere, en el caso concreto, a estas partes integrantes del tipo legal, y, en verdad, en lo que toca a su elemento intelectual, en forma de un conocimiento (previsión) de las mismas. Consiguientemente, se divide este conocimiento en conocimiento de los hechos y en conocimiento de su significación. Su inversión hace surgir el error del agente sobre los hechos y el error respecto de la significación; el contraste entre conocimiento de los hechos (error sobre los hechos) y conocimiento del derecho (error de derecho), concierne sólo a un especial caso del contraste que aquí concebimos de un modo más general.¹²³

Transcribiremos a continuación las ideas de algunos doctrinarios citados en la obra de Edmundo Mezger, por considerarlos importantes.

Engisch Vorsatz und Fahrl rechaza de modo expreso la separación del error de hecho con el error de derecho, diciendo "...reunir la exigencia del conocimiento de las circunstancias de hecho y la exigencia de la consciencia del injusto, y ve la separación entre el error de hecho y de derecho (uno de los más importantes avances en el ámbito de la teoría del dolo)".¹²⁴

¹²³ Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado. 1935, t.II, p. 89.

¹²⁴ Idem, p.89.

Hippel, por su parte, no está de acuerdo con la separación del error de hecho con el error de derecho: "el término error de hecho (error *facti*) no significa exactamente lo mismo que error sobre hechos, pues también puede abarcar el error de derecho (error *iuris*), sobre características típicas legales, (y) no excluye la distinción conceptual."¹²⁵

Graf Dohna, jurista internacionalmente reconocido por su sapiencia juridico-penal, no está de acuerdo en la separación del error de hecho con el error de derecho, veamos:

"No es posible llevar a cabo la distinción entre error de hecho, entendiéndolo como la falsa representación de las referencias jurídicas (todo error de hecho es, a la vez, un error de derecho); el error de hecho es error de derecho a causa del desconocimiento de las circunstancias de hecho; sobre todo, se oponen a una solución del problema los denominados conceptos complejos y, en última instancia, radica la perplejidad inmanente al total problema en la existencia de los elementos típicos normativos... todo por error sobre los hechos que condiciona y determina la posición jurídica del autor respecto a su acto. Porque aunque no reconozca que esta tesis es correcta, siempre resulta posible separar los diferentes elementos del dolo con arreglo al punto de vista de su referencia a un "hecho" o a una "significación".¹²⁶

El maestro Luis Jiménez de Asúa, opina que:

en el área de la Psicología hay una distinción fundamental entre la ignorancia y el error, que se halla ya en Platón. La primera supone la falta absoluta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado; es un estado negativo. El error supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto; es un estado positivo. La ignorancia consiste, en suma, en una falta completa de conocimiento, mientras que en el error hay un conocimiento falso.¹²⁷

Esta opinión que se encuentra en la obra de Jiménez de Asúa es interesante, clara sin olvidarnos que se trata de una observación desde el punto de vista psicológico.

¹²⁵ Idem, p. 89.

¹²⁶ Idem, p. 90.

¹²⁷ Jiménez de Asúa, Luis, *El error de derecho en materia penal*, Buenos Aires, Librería el Ateneo, E 1942, p. 15.

Enlazado a lo anterior, Asúa opina que, para efectos del derecho positivo y para la práctica judicial, no tiene importancia la reflexión psicológica antes referida, y señala que: “las leyes suelen unificar la ignorancia y el error, porque consignan a una y otro los mismos efectos, y, por ello, los jueces no hallan la necesidad de investigar si el caso concreto que ante ellos se enjuicia, hay error o simple ignorancia.”¹²⁸ De la simple lectura de este pensamiento de Asúa podemos decir que para este jurista ignorar y errar, jurídicamente hablando, es lo mismo.

Citaremos además algunos autores que forman parte de la obra de Jiménez de Asúa, por ser importantes y de los pocos que han escrito sobre el tema.

Savigni; opina que el error nace: “en todo caso de ignorar alguna cosa, que no había para que ocuparse en las situaciones negativas, puesto que no pueden ser causa de acción, y que, en consecuencia, el criminalista no tiene para que estudiar la ignorancia, sino solamente el error.”¹²⁹ Este autor no distingue entre ignorar y errar.

Manzini y Florain, afirman que: “la ignorancia comprende el error, aquella se reduce siempre en sus efectos al error, mientras que todo error deriva de la ignorancia.”¹³⁰ Ambos juristas tampoco hacen distinción entre errar e ignorar.

Carlos Bindig, hace un silogismo que consideramos importante: “Todo conocimiento falso significa precisamente un no conocimiento y, a su vez, todo no conocimiento, un conocimiento erróneo. Falta, por consiguiente, base para distinguir técnicamente el error y la ignorancia.”¹³¹ Este autor es de los que no hace distinción entre ignorar y errar, ya que como lo dijo, no se puede encontrar el punto que divide lo falso de lo desconocido.

¹²⁸ Idem, p. 15.

¹²⁹ Idem, p. 16.

¹³⁰ Idem, p. 17.

¹³¹ Idem, pp. 17 y 18.

Alberto Frosali, separa los conceptos de, ignorancia y error, argumentando lo siguiente: “que si bien es cierto el error presupone siempre un estado de ignorancia, ésta no va siempre acompañada del error (en la pura ignorancia no lo hay), ni coinciden en todos los casos más que parcialmente, siendo siempre inconsciente el error y, en cambio, la ignorancia puede no serlo.”¹³² Esta hipótesis es muy clara, y dice que el que comete un error, en la mayoría de los casos, lo hace siempre de manera inconsciente, en tanto que la ignorancia puede realizarse de manera consciente.

Jiménez de Asúa, señala que no se debe de hacer una distinción entre ignorar y errar, ya que jurídicamente no es trascendente; si bien es cierto, que existen los diferentes puntos de vista tanto en la filosofía como en la psicología, estas son materias distintas al derecho positivo: “No hallamos ventajas prácticas para distinguirlos en la esfera técnico-dogmática del derecho penal y adoptamos la corriente unificadora que trata del mismo modo el error y la ignorancia.”¹³³

Y agrega:

existe error de derecho, cuando el agente, conociendo bien las características del hecho del acto que ejecuta, desconoce la obligación de respetar la norma por ignorancia de la antijuridicidad de su conducta, basada en el desconocimiento de la ley penal que prohíbe o que ordena obrar, o sin ignorarla absolutamente, sólo tiene de ella noticia imperfecta que le conduce a una apreciación falsa.¹³⁴

Asúa, elaboró una clasificación de los efectos del error en orden a sus condiciones y especies, veamos:

¹³² Idem, p.20.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Idem, pp. 20 y 21.

A) El error excluye la culpabilidad del agente cuando es:

a) Esencial, en orden a los elementos constitutivos del tipo o de las agravaciones, y en referencia a la decisión del autor, pudiendo recaer:

a') Sobre el núcleo del injusto tipificado, como cuando se trata de purgar a un sujeto y se le mata por confundir la substancia laxante con un veneno (error de hecho), o cuando se lleva un arma sin autorización en aquellos países, como España, en que la tenencia de armas es un delito, por ignorar invenciblemente que la ley ha configurado típicamente esa forma de lo injusto (error de derecho);

b') Sobre la referencia del objeto como cuando se ignora que la cosa es ajena en el hurto (error de hecho) o que haya que declarar el tesoro encontrado, que es *res nullius* (error de derecho);

c') Sobre la referencia del sujeto pasivo;

d') Sobre las agravantes calificadas, como cuando se da muerte al padre desconociendo que lo es;

e') Sobre la existencia de causas que excluyen la pena, ora se suponga erróneamente que concurren en el hecho los elementos de una justificación como en la defensa putativa y en el estado de necesidad putativo (error de hecho); si bien crea que le ampara al sujeto una inexplicable causa de justificación, como en el caso del fraile mendicante que pide limosna en un país en que está prohibida la mendicidad, sin que la orden a que pertenezca haya sido aún legalmente admitida en los confines del territorio nacional (error de derecho).

f') Sobre la legitimidad de lo mandado, cuando hay dependencia jerárquica entre el que obedece y el que manda, cuando éste ordena en la esfera de sus atribuciones y cuando la orden no tiene evidencia delictiva o dudosa criminalidad. Con esto situamos la llamada obediencia jerárquica en la doctrina del error, en vez de hacerlo, como hasta ahora era corriente, como una causa autónoma de justificación.

b) Racionalmente invencible, es decir, que no hayan podido ser conocidas las características de los hechos o la injusticia de la acción, a tenida de las circunstancias.

Continúa exponiendo su postura Jiménez de Asúa.

B) El error excluye la culpabilidad sin distinguir:

a) Si es error de hecho o de derecho,

b) Si el llamado error de derecho recae en una ley penal en una ley extrapenal (civil, comercial, política,) vinculada al contenido de aquella, porque la naturaleza garantizadora del derecho penal hace que sus conceptos jurídicos provengan de otras ramas.

C) El error esencial excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa, cuando es vencible o evitable.

D) El error no produce efecto alguno en la culpabilidad, cuando es:

a) Accidentalmente, como en el caso de que afecte a la variación del curso de la cadena de antecedentes y causas, pero sin ser esencial el cambio para la producción del resultado; problema que nos llevaría muy lejos y que entronca con los problemas de causalidad.

b) Relativo a las condiciones objetivas de penalidad;

c) *In objeto*, como cuando Ticio quiere matar a Marcos, su enemigo, y en las sombras de la noche le confunde, por tener un vago parecido, con César, a quien no conoce, y lo mata. El caso de *aberratio ictus* se equipara por muchos autores al error in objeto, pues es igual que la confusión sea como se ha descrito en el error *in persona*.

E) El error de idoneidad de los medios o del objeto de nacimiento al delito inidóneo o imposible, como cuando suministramos azúcar a nuestro adversario creyendo que le propinamos arsénico, o cuando una comadrona dé un abortivo a requerimiento de una mujer que se cree embarazada sin estarlo.

F) No produce en cambio, efectos punibles del delito putativo; es decir, no se responsabiliza, a título del dolo ni de culpa, al autor de una conducta imaginaria o fantásticamente delictiva, que llamó Carlos Bending error al revés.

El presente problema necesita ser explicado con mayor detenimiento, ya que la expresión delito putativo puede tener distintas significaciones; de tal manera lo explica Jiménez de Asúa.

a) Errónea suposición de que el acto ejecutado es subsumible en un tipo antijurídico, cuando en realidad no está antijurídicamente tipificado en la ley, como el que para forzar a su familia a que consienta el matrimonio, yace con su novia de 16 años de edad, en la creencia de que comete un delito, siendo así que el hecho de cohabitar con una mujer de 15 años no es estupro;

b) Errónea creencia de que el acto, descriptivamente típico, no está amparado por una causa de justificación, como en el caso del maestro que castiga a su alumno, creyendo que su conducta no se halla amparada por el derecho de corrección cuando en realidad lo está por transferencia del que le asiste al padre del muchacho;

c) Erróneo supuesto de la idoneidad típicamente antijurídica de la conducta, eliminada por tratarse de un delito experimental o suscitado por agente provocador, para estudiar, por ejemplo, las reacciones psíquicas del sujeto en el primer caso, o para detener a un chantajista en la segunda hipótesis;

d) Errónea idea de que el objeto es idóneo, como cuando se hurta la propia casa suponiéndola ajena o se tiene acceso carnal con la mujer propia deseando aparearse con la del prójimo.

Asúa, continua explicando y subclasifica, diciendo que sólo los dos primeros casos merecen la denominación de delito putativo. Estamos en presencia de un error de derecho a la inversa o como Von Liszt lo llamó: delito imaginario que no debe confundirse con la falsa opinión del delincuente o delito por convicción, como hoy se dice.

El tercero y el cuarto son en puridad formas más o menos rigurosas del delito imposible, casos de “delito imposible por causa legal, como dijo Carrara, o de acción jurídicamente idónea, como afirma Soler. El tercero se trata de verdadera hipótesis de delitos putativos. Decididamente, el cuarto caso, que es error en los hechos, entra de lleno en el delito imposible, donde lo sitúan F. Von Liszt, que fundándose en la equivalencia de las circunstancias que acompañan al hecho propugna su penalidad.”¹³⁵

Carlos A. Tozzini, opina, en relación al error, que este es: “la discordancia que se da en un momento dado, y debido a causas objetivas y subjetivas, entre la realidad del campo geográfico y la configuración que de él hace el sujeto en su campo conductual, del que provendrá su conducta. Y la ignorancia en cambio es la total ausencia de determinado aspecto del campo geográfico en el campo conductual del individuo. El uno implica conocimiento en tanto que la otra es falta de conocimiento.”¹³⁶ De lo que manifiesta este autor se puede decir que el que yerra ignora y el que ignora puede no estar en error.

Continuando con Tozzini, este doctrinario nos da su punto de vista sobre la ignorancia en relación con el error: “si bien la ignorancia no presupone, de por sí, al error, en todo error subyace, a la vez, una ignorancia de, por lo menos, una parte esencial del campo físico, sin la que el error no sería posible y la conducta no se habría producido.”¹³⁷

¹³⁵ La presente clasificación del error como causa de eximente de responsabilidad penal, que ha elaborado el jurista Luis Jiménez de Asúa, nos ha parecido muy congruente, por lo que nos permitimos resumir algunas de sus ideas. Esta la encontramos en las páginas de la 134 a la 143, de la citada obra de dicho autor.

¹³⁶ Tozzini, Carlos A, *Dolo, error y eximentes putativas. Desde el punto de vista de la psicología de la forma*, Buenos Aires, 1964, p. 47.

¹³⁷ *Idem*, p. 48.

Dicho autor nos manifiesta que la ignorancia no significa errar, ya que: “en tanto no se abra juicio o, de alguna manera, se accione en el mundo circundante; si ella no obstante, o tal vez por esa misma ignorancia, el juicio es emitido o el acto es producido y se incurre en error, éste y la ignorancia se aúnan como la causa al efecto.”¹³⁸

Aclara este doctrinario, que, para que exista el error se requiere estar siempre en estado de inconsciente; en este supuesto no da un ejemplo:

si un sujeto sospechase que puede incurrir en error, tendríamos, en realidad, un caso de duda; si conscientemente emitiese un juicio erróneo, estaríamos ante una mentira, y si actuara con pleno conocimiento del error, nos hallaríamos frente a una acción de ocultamiento o inmoral o ilícita, que inclusive podría conducirnos, en caso de instigación por este medio, hasta la autoría mediata.¹³⁹

Este autor, posteriormente opina en nuestro particular y correcto modo de pensar, que el derecho penal sólo maneja acciones humanas u omisiones, acarreado un resultado o cambio en el mundo exterior, es decir que, “la ignorancia por sí sola, aún acompañada de un juicio, y no considerada como causa de un obrar erróneo, carece de importancia como coacción autónoma de inculpabilidad.”¹⁴⁰

Dicho jurista observó que “tradicionalmente, en el ámbito jurídico, se distinguió entre error de hecho (*error facti*), que es el que impide al sujeto activo lograr la representación del acontecimiento, y el error de derecho (*error iuris*), que gravita, no ya sobre las características objetivas esenciales del operar, sino acerca de la incriminalidad de determinado comportamiento humano.”¹⁴¹ Más adelante, opinaremos acerca de esta clasificación de errores, ya que para nuestra realidad jurídica penal mexicana, ésta no va muy de acuerdo con aquélla.

¹³⁸ Idem, p.49.

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ Idem, p.50.

En relación con el error *facti* y al error *iuris*, opina Tozzini que: “el primero debe fundarse en lo que es preceptible por los aparatos sensoriales; el segundo es una idea cultural sobre la reprochabilidad jurídica de un quehacer en coexistencia.”¹⁴²

Tozzini distingue dentro del error esencial, un error invencible, insalvable o no imputable que es aquel:

del que el hombre no puede librarse, aún extremando sus facultades sensitivas y racionales, y que torna impune al acto típico y antijurídico, pero no culpable, y un error vencible, el que se da cuando el sujeto pudo, con la debida diligencia, reemplazar su ignorancia por conocimiento, dejando este error un remanente de culpa, el que se castiga sólo cuando el tipo culposo del hecho está previsto y sancionado en forma expresa.¹⁴³

Carrara, opina en relación con el error, y nos da un ejemplo: “el sujeto ejercita libremente su praxis, el error es puramente axiológico-jurídico y no es aceptado como eximente de culpabilidad, en virtud de la ficción legislativa de que la ley, una vez publicada, es conocida por todos los habitantes, a los que, de ese modo, se impone el deber de respetarla.”¹⁴⁴

Estas son unas de las características más importantes de la ley, que constituyen el principio de legalidad. Posteriormente reflexiona dicho autor diciendo que:

es difícil imaginar la percepción sensible de una Gestalt que no vaya indisolublemente unida a una violencia que otorgue las fuerzas al campo total, así también es casi imposible sospechar una conducta social teleológica que no lleve, en el ánimo del autor, un juicio violatorio de responsabilidad moral. Y aquí es donde se plantea el problema de la separación entre el error de hecho y de derecho.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Idem*, p. 51.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 52. Esta opinión de Carrara, la encontramos en la misma obra de Carlos A. Tozzini, misma que consideramos importante en su contenido y por lo cual la transcribimos.

Aclaremos lo expuesto mediante un ejemplo: me apodero de una cosa mueble que, en forma previa al acto, juzgué propia y resultó ajena. Perteneciendo los conceptos de “propiedad” y de “ajenidad” (o no propiedad) a instituciones de derecho civil, ¿Dónde termina el error de hecho y dónde comienza el de derecho?¹⁴⁵

En ese orden de ideas expresa el doctrinario que:

este obstáculo se creyó salvado con la creación del concepto de “error extrapenal”, esto es, error sobre una ley no punitiva, el que es asimilado el error de hecho, como si en realidad importara a la culpabilidad la rama jurídica que se desconoce. Pero tal sutileza “extrapenal” no ha impedido que actualmente el error dicotomizado se vaya borrando de los textos y de la consciencia jurídica.¹⁴⁶

En una conclusión generalizada Tozzini opina que:

pese a que no aceptamos que el hecho del error pueda admitir, desde el punto de vista jurídico, distinciones, ya que siempre incide sobre el conocimiento hemos de reconocer, que, desde el ángulo de mira psicológico, el motivo de error más frecuente en el llamado “error de prohibición” y cuya más exacta denominación sería la de “error en la prohibición” es de común a todos los errores: la ignorancia. Empero el tipo de error también puede tener etiología patológica. Y sería el caso de un psicótico delirante que creyera que tiene el derecho de matar a los que le hacen daño.¹⁴⁷

Por último, resume diciendo que: “lógicamente, al problema jurídico que aquí se plantea no es de inculpabilidad, sino de inimputabilidad, el que se resuelve excluyendo la pena a cambio de una medida de seguridad.”¹⁴⁸ Más adelante pronunciaremos nuestro punto de vista, respecto a este capítulo, dentro del apartado de nuestra opinión personal.

¹⁴⁵ Idem, pp. 52 y 53.

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ Idem, p.64.

¹⁴⁸ Ibidem.

Es también importante, conocer los diferentes conceptos que penalistas mexicanos han escrito en sus diferentes obras, en relación con el error como excluyente de delito, y que como consecuencia procederá la libertad del procesado y / o indiciado

b) Juristas nacionales

Para el doctrinario Francisco Pavón Vasconcelos, el error en materia penal consiste en una:

idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo a un estado positivo. El error como género, comprende como especial al error de hecho y al error de derecho. Se ha abandonado mayoritariamente la distinción italiana entre error de hecho y error de derecho, por la dificultad de establecer una clara frontera, entre ambos errores, ahora se prefiere hablar de error de tipo y error de prohibición.¹⁴⁹

Pavón Vasconcelos, hace una distinción entre error esencial y error accidental, leamos:

el error de hecho se subdivide en error esencial y error accidental (inesencial), El error de hecho esencial produce inculpabilidad en el sujeto cuando es vencible, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos de delito, de carácter esencial, o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad (calificativa del delito). El error esencial vencible excluye el dolo, pero no la culpa, careciendo por ello de naturaleza inculpable, salvo que la estructura del tipo impida esa forma de culpabilidad. El error inesencial o accidental no es causa de inculpabilidad por recaer sobre los elementos no esenciales, accidentales del delito, o sobre simples circunstancias objetivas, etc., comprendiendo los llamados casos de "aberración".

¹⁴⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, 7a.ed. México, Porrúa S.A. pp. 433, 434 y 435.

El error que recae sobre las circunstancias del hecho típico cuando es insuperable, tiene la virtud de eliminar el dolo; a tal error se le conoce como error de hecho (error de tipo), pero si el mismo no es invencible el agente responderá del hecho típico a título de culpa.¹⁵⁰

El mismo autor, afirma que:

el error de derecho o de permisión se realiza cuando es: a) Error invencible, por estimar que el hecho típico ejecutado no está prohibido; b) Error invencible, por estimarse que el hecho, siendo en general prohibido, en el caso particular se encuentra justificado a virtud de una circunstancia que en realidad no tiene eficacia; c) Error invencible al considerarse que el hecho, si bien está prohibido en general, en el caso particular se encuentra comprendido a una auténtica causa de justificación que en realidad no ocurre.¹⁵¹

En estas tres figuras existe el error de permisión, según el autor en cita.

Continúa diciendo que:

cuando la ley, en su artículo 15, fracción XI (cabe aclarar que este artículo ya está derogado, más sin embargo trataba de la figura del error esencial e invencible como consecuencia de excluyente del delito), precisa como circunstancias excluyentes de responsabilidad, el realizar la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, está consignando el error de hecho o error de tipo, como causa impeditiva de la integración del delito, y al agregar "o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta", recoge de igual manera el error de prohibición indirecto (error de permisión eximentes putativas), siendo ambas hipótesis de error de naturaleza insuperable y por ello excluyentes de responsabilidad.¹⁵²

¹⁵⁰ Idem, pp. 436, 437 y 439

¹⁵¹ Idem, p. 436.

¹⁵² Idem, p. 439.

Por su parte, Fernando Castellanos Tena define al error como “un vicio psicológico, consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en realidad. El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente,¹⁵³ es importante resaltar que para este autor ‘error’, es un conocimiento incorrecto de la realidad, entre las ideologías del individuo y su conducta exterior.

Continuando con Castellanos, este autor opina que las conductas cometidas bajo la figura del error serán causas de inculpabilidad, leamos:

Tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta; el obrar en tales condiciones revela falta de malicia, de oposición subjetiva con el derecho y, por lo mismo, con los fines que el mismo se propone realizar . Mientras en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento; en el error se conoce, pero se conoce mal; la ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, no errónea ni certeramente.¹⁵⁴

Este doctrinario realiza una división entre ignorar y errar, y para él significan dos cosas totalmente distintas, como se acaba de leer.

Así también, dicho autor hace una división entre el error de hecho y el error de derecho, de la siguiente manera:

¹⁵³ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*. 18a.ed., México, Editorial Porrúa S.A. p. 255

¹⁵⁴ *Ibidem*.

el error de hecho se clasifica en esencial y accidental; el error de Derecho no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha. En el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello, constituye, como antes dijimos, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.¹⁵⁵

En relación con esto, Castellanos, nos da un ejemplo en su libro, veamos:

el agente copula con una mujer menor de 18 años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por engaño o seducción, pero cree, fundadamente, que la mujer es mayor de dicha edad, en vista del acta de nacimiento falsa o equivocada; tal individuo estima lícito o permitido su proceder, pero en realidad se halla prohibido por la tipicidad normativa; se trata de un error sobre la antijuridicidad de la conducta, aun cuando se le quiera denominar error de tipo.¹⁵⁶

Dentro del apartado de nuestra opinión personal, que es posterior a lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado en relación al multicitado concepto de error, daremos nuestros puntos de vista encontrados con algunos autores como el presente.

Raúl Carrancá y Trujillo, al analizar lo relacionado al error en materia penal, como causa de inculpabilidad dice lo siguiente:

para que exista dolo se requiere el conocimiento de los elementos componentes del resultado, si éste faltare, aquél podrá estar ausente. Se estará entonces en presencia de una causa de inculpabilidad. Tal ocurre en los casos de error, entendiendo por él, falso o equivocado conocimiento acerca de algo. Su consecuencia en relación con el elemento intelectual del dolo es la falta de prevención del resultado, por lo que el error viene a ser como inverso al dolo. El error esencial, cuando recae sobre uno de los elementos sin cuya concurrencia no habría tipicidad.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Idem, pp. 255 y 256.

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano*. Parte general, México, Editorial Porrúa, 1977, pp. 407 y 408.

Sigue diciendo Carrancá, y hace una distinción entre el error de hecho y el error de derecho: “si el error versa sobre el resultado es error *facti*, y si sobre su representación o significación según la norma es error *iuris*. El error *facti* sólo cuando es sobre circunstancias determinantes del resultado excluye el dolo y la acción incriminable por ausencia de voluntariedad.”¹⁵⁸ Además, opina que el error es “el desconocimiento o falta de previsión del resultado por lo que el error viene a ser como lo inverso al dolo. Si el error versa sobre el resultado es error *facti* y si su representación o significación es error *iuris*.”¹⁵⁹

Jorge Mancilla, al tratar del tema, describe a tal eximente diciendo que esta opera cuando: “la conducta que es delito en ley, se realiza bajo los supuestos de un error invencible, el cual lleva a la convicción al sujeto activo de que su actuar es lícito.”¹⁶⁰ Esta reflexión se fundamenta principalmente en el principio de legalidad contemplado en el artículo 14 y 16 constitucionales. Mancilla, continúa escribiendo y señala que: “el error de hecho nunca será invencible, pues el juicio equivocado dimana del incumplimiento de deberes de cuidado del individuo.”¹⁶¹

Líneas más adelante este autor nos define lo que es el error de derecho, manifestando que es “la equivocada interpretación que de la norma jurídica realiza el particular. Éste es intranscendente en el derecho penal, porque la facultad de interpretar la ley, es propia o exclusiva del Poder Judicial Federal al revisar la constitucionalidad de las resoluciones que dicten los tribunales de la República.”¹⁶²

¹⁵⁸ *Idem*, p. 40.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 187

¹⁶⁰ Mancilla Ovando, Jorge Alberto, *Teoría legalista del delito*, México, Editorial Porrúa, 1989, p. 87

¹⁶¹ *Idem*, p. 88.

¹⁶² *Ibidem*.

En otras palabras Mancilla opina que tratándose del error invencible como tal, en nuestro sistema jurídico penal no tiene trascendencia, leamos: “el error de hecho o de derecho en la forma en que se describen, en nuestro régimen jurídico, jamás tendrá la calidad de error invencible,”¹⁶³ y, que “aparentemente, la excluyente de responsabilidad no puede tener vida jurídica. Ello será cierto si se niega la trascendencia a las características de la norma de derecho.”¹⁶⁴ Recordemos las características de norma jurídica que son la generalidad y su exacta observancia en cuanto a su obligatoriedad.

Resume diciendo, que sólo existe la excluyente de responsabilidad penal de error esencial en nuestro sistema jurídico cuando:

se hace incurrir en equivocación al particular, en los casos materiales que le permiten consagrar la expectativa de derecho a su favor y convertirle en un derecho adquirido. Por los mismos efectos de la ley. Ser engañado el particular al materializar su derecho con las seguridades que le da la ley y cumplimiento con las formalidades exigidas, impide incumplir deberes legales. Máxime, cuando las obligaciones que la ley exige para que se adquiriera el derecho se satisfacen y la norma jurídica no consagra más.¹⁶⁵

Por su parte el jurista Sergio Vela Treviño, en tratándose del tema del error en materia penal, escribió lo siguiente: error es “un defecto de origen psicológico en la formación de la voluntad; pero no es el único que puede presentarse en forma que sea interesante para el derecho penal, ya que tanto la ignorancia como la duda son causas de efectos psicológicos.”¹⁶⁶

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ Idem, pp. 88 y 89.

¹⁶⁶ Vela Treviño, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad*, teoría del delito. México, Editorial Trillas, 1977,p.333.

Este jurista equipara la forma de ignorar con la forma de errar, leamos:

la ignorancia tiene que entenderse como una forma de error: creemos imposible pensar en una total y absoluta ignorancia, que equivaldría a una "mente en blanco" y en relación con un hecho concreto; en esas condiciones, quien se encuentra en un estado de ignorancia, en realidad lo está en estado de error respecto de ciertas condiciones esenciales para una correcta y normal formación de la voluntad lo que nos lleva a la negación de la ignorancia dentro del campo del derecho penal puesto que no es...sino una forma de error.¹⁶⁷

En ese sentido, y al tratar de la duda, este autor opina que "tratándose de la duda, que es también un defecto en la formación de la voluntad que rige a la conducta, sus efectos en el campo del delito son irrelevantes, o sea que quien estando en duda actúa y produce un resultado típico y antijurídico, podrá igualmente ser objeto de un reproche en orden de culpabilidad."¹⁶⁸ Define Vela a la duda como:

un aspecto positivo en la formación de la voluntad porque quién duda lo hace en razón de haber considerado distintas eventualidades, lo que no ocurre en el estado de ignorancia donde lo que falta es, precisamente, un análisis mental de todas las circunstancias... Duda es en cierto grado, una forma de error, como falsa concepción de la realidad, pero esto proviene de la incertidumbre acerca de las diferentes posibilidades de hecho y de derecho que pueden ocurrir; sin embargo, esta forma de error debe entenderse como irrelevante ya que el simple hecho de haber considerado varias posibilidades y optando por una equivocadamente, revela una formación de voluntad normal para los fines del Derecho Penal.¹⁶⁹

Error, ignorancia y duda, son tres aspectos que maneja y describe Sergio Vela Treviño como diversas formas en que se puede presentar defectuosa la decisión de la voluntad; así, cree este autor que estas dos últimas, la ignorancia y la duda:

¹⁶⁷ Idem, p.334.

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ Idem, pp. 334 y 335.

no son otra cosa que variaciones del error, sin dejar de reconocer que psicológicamente o filosóficamente estos estados pueden tener características tan propias que los vuelvan conceptos autónomos. Para el derecho penal y en especial referidos los conceptos a la reprochabilidad, insistimos en que son variaciones de grado las que existen, pero como formas de error, lo que equivale a nuestra expresa afiliación a una concepción unitaria de la teoría del error.¹⁷⁰

Este jurista nos da un ejemplo para entender lo que para él significa el error haciendo una comparación:

para entender conceptualmente lo que es la oscuridad es imprescindible saber qué es la luz; tratándose del error, para entender en que consiste es menester saber qué es la verdad, entendida ésta no como concepto filosófico sino como realidad fenoménica; cuando exista discrepancia o disconformidad entre la interpretación y entendimiento de ciertos aspectos conceptuales y la verdadera realidad, puede decirse que aparece un estado de error.¹⁷¹

Obsérvese que este autor, para definir el concepto de error, utiliza el método comparativo de lo antagónico del error, y es la verdad; ahora bien si un sujeto consideraba que su conducta era la que según su entendimiento fue la correcta y /ó la verdadera se estará en presencia de un error.

Continuando con Vela Treviño, éste nos da en su referida obra una clasificación también del error en, error de hecho y error de derecho, definiéndolos de la siguiente manera: "Hay error de hecho cuando en un acontecimiento concreto el agente no tuvo la normal valoración de los elementos fácticos concurrentes, que permiten el conocimiento de la adecuación de la conducta a la hipótesis abstracta del hecho, plasmada en un precepto legal."¹⁷²

¹⁷⁰ Idem, pp. 335 y 336.

¹⁷¹ Ibidem.

¹⁷² Idem, p337.

A este tipo de error también se le conoce como error de tipo según la mayoría de los doctrinarios que coinciden en tomarlo de esa manera. Así, para que este tipo de error de hecho o de tipo tenga la fuerza de exculpante deberá de ser:

el motivo real de la conducta. Esto resulta de que conforme a nuestra idea de error, hay siempre un factor que impide una valoración normal de los elementos esenciales de la descripción legal; pero debe ser precisamente esa falsa concepción de la realidad fáctica la que determine el sentido que el sujeto le impone a su conducta.¹⁷³

Por lo que se refiere al error de derecho, Vela Treviño lo considera de la siguiente manera: “cuando el error versa sobre la significación de los hechos, aparece el llamado error de derecho.”¹⁷⁴ Líneas más adelante hace una breve reflexión sobre el citado error diciendo:

Se supone,...que el simple hecho de ser un imputable le confiere al individuo la capacidad de entendimiento de la antijuridicidad y es ésta la premisa única sobre la que puede funcionar la responsabilidad penal, acorde con el principio... que la ignorancia de la ley no es causa exculpante. Igualmente, es el propio ordenamiento positivo el que niega a los sujetos el derecho a valorar el contenido de las normas penales, en orden a la antijuridicidad, como es claramente preceptible en la fracción III del artículo 9º, cuando se establece que no se destruye la presunción dolosa de la conducta aunque el acusado pruebe que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla, ya que de no ser así, cada norma, que ha sido precedida de una valoración por parte del legislador, quedaría supeditada en su validez a la especial valoración que cada sujeto hiciera, situación ésta que por razones obvias es absolutamente inconsciente... Así, quien dirige su conducta hacia la realización del tipo, en principio ha realizado una conducta típica, antijurídica y culpable, cuando el sentido impuesto a ese

¹⁷³ Idem, p. 339

¹⁷⁴ Ibidem.

comportamiento era, precisamente, la concreción del tipo; pero cabe igualmente la posibilidad de que el sujeto haya impuesto determinada orientación a la conducta, encaminada a la concreción del tipo pensando en que esa conducta no era antijurídica porque era permisible la actualización del tipo; este es el caso, por ejemplo, de la legítima defensa en la cual, con pleno conocimiento, la conducta se dirige hacia la afectación de un interés jurídico del agresor, pero se realiza ejerciendo un derecho especialmente conferido, como lo es el preservar lo propio ante una agresión injusta. Vemos entonces, cómo existen casos en los que corresponden al sujeto una valoración en orden a la antijuridicidad.¹⁷⁵

Resumiendo la idea anterior, dicho jurista nos dice que:

partiendo del supuesto de que los sujetos pueden valorar el contenido de la antijuridicidad de la conducta, inmediatamente llegamos a las hipótesis en las que esa valoración se realiza bajo falsos supuestos o en forma inadecuada. Estamos nuevamente en las situaciones del error, pero ya no referido al tipo,...sino al contenido de la antijuridicidad de las normas.¹⁷⁶

Asimismo, nos comenta como nace el error de prohibición:

en síntesis podemos afirmar que en determinados casos el individuo tiene una facultad especial para la valoración de los hechos, en cuanto a su contenido y significación en orden a la antijuridicidad, y cuando teniendo esa facultad incurre en un error respecto de la naturaleza y alcance de la prohibición contenida en la norma, puede dar motivo a que aparezca una causa de inculpabilidad de la conducta típica y antijurídica que haya realizado motivado por esa falsa valoración. Esto es lo que origina

¹⁷⁵ Idem, pp.341 y 342.

¹⁷⁶ Ibidem.

la nota característica del llamado error de prohibición, que puede resumirse como la falsa concepción de la vinculación entre un hecho y una norma, ya que creyendo el sujeto errado que su actuación está inmersa en una causa que hace desaparecer la antijuridicidad de la conducta típica, por el amparo de una norma o de su contenido, en realidad la situación es que existe una divergencia entre la norma erróneamente supuesta y los hechos que se presentaron.¹⁷⁷

Otro autor que debemos citar es la doctora Olga Islas de González Mariscal quien nos señala que el error invencible es el único aspecto negativo de la culpabilidad.

Ella define a la culpabilidad de la siguiente forma: "Culpabilidad es reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por el conocimiento que tiene de que su acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva."¹⁷⁸

Continúa diciendo que: "La culpabilidad implica la existencia de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y de una violación del deber jurídico, esto último en virtud de que no se va a salvar ningún bien jurídico o se tiene otra alternativa de actuación."¹⁷⁹ En el siguiente párrafo de su obra, se refiere más concretamente a la figura del error, diciendo:

El sujeto, al actuar, no toma conciencia en un sentido jurídico penal técnico, de que su conducta es violatoria del deber; lo único que sabe es que va orientada a inferir un daño (lesionar o poner en peligro uno o más fines jurídicos) innecesarios porque: a) No va a evitar otro, cierto e inminente para un bien propio o de tercero, o b) Aun cuando vaya a evitarlo, tiene a su alcance otra alternativa eficaz para que tal daño no se produzca.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Idem, p.344.

¹⁷⁸ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de delitos contra la vida*.3a.ed.,México, Editorial Trillas, 1991 p. 69.

¹⁷⁹ Idem, p.70.

¹⁸⁰ Ibidem.

El único aspecto negativo de la culpabilidad es el error invencible sobre la concreción de los elementos objetivos valorativos del tipo legal particular (el deber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal) El error vencible sobre la concreción de los mismos elementos, sólo reduce el grado de reproche.¹⁸¹

El error sobre el deber se presenta cuando el agente cree o supone que, en el caso particular, no tiene a su cargo dicho deber.¹⁸²

Dentro de este capítulo del error que maneja la doctora Olga Islas, va a dar, por último, nacimiento a las eximentes putativas, diciendo que:

El error sobre la violación del deber jurídico penal opera cuando cree o supone que con su conducta no incurre en la violación, porque considera que o va a salvar un bien jurídico o no tiene otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva. Es decir, supone que su conducta está amparada por una causa de justificación. Las hipótesis de esta variante de error dependen, por tanto, de las causas de justificación, originándose consecuentemente:

- a) Legítima defensa putativa.
- b) Estado de necesidad putativo.
- c) Temor fundado putativo.
- d) Actuación del agresor en la creencia de estar frente a un exceso en la legítima defensa.
- e) Ejercicio de derechos no denominados en forma específica, putativo.
- f) Obediencia jerárquica putativa.
- g) Impedimento legítimo putativo.
- h) Cumplimiento de deberes jurídicos no denominados en forma específica, putativo.¹⁸³

¹⁸¹ Ibidem.

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ Ibidem.

Por último, Celestino Porte Petit, nos señala la figura del “error inesencial o accidental en la legítima defensa, abarca: el error en el golpe o *aberratio ictus*, el error en persona o error en la persona, y el error respecto del verdadero agresor.”¹⁸⁴

A continuación Porte Petit nos ofrece una clasificación del error:

A) Error en el golpe o *aberratio ictus*.

Hay tres corrientes respecto a la solución de la *aberratio ictus* en la legítima defensa:

1a.- La lesión o muerte de terceras personas causada con motivo de la legítima defensa, queda cubierta o amparada de ésta.

2a.- Que en este caso deben observarse las reglas de la culpa, como lo sostienen, Jiménez de Asúa, Jiménez Huerta y Antón Oneca.

3a.- Que el error es relevante para destruir o anular la legítima defensa, al decir de Castejón, Beling, Welsel y Mezger.

Es de sostenerse que cuando un sujeto repele una agresión y lesiona o priva de la vida a un tercero por *aberratio ictus*, es decir, por desviación, nos encontramos ante un caso de legítima defensa, a virtud de que el error en el golpe es irrelevante para anular la defensa legítima, pues permanece viva la licitud de la conducta.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Porte Petit, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal, Teoría del delito*, 4a ed., México, Editorial Porrúa, 1978, p. 532

¹⁸⁵ *Idem*, pp. 532 y 533.

Ahora veamos lo que para nuestro máximo Tribunal de Justicia, significa la palabra error en materia penal:

c) Suprema Corte de Justicia de la Nación

Se han formado algunos criterios definiendo al error en materia penal, y se han interpretado las hipótesis de cuando adquiere la calidad de eximente de responsabilidad penal.

Nuestro máximo tribunal de justicia, al interpretar los conceptos de error e ignorancia, les da el mismo significado, pues tanto vale errar como ignorar. Así también, en la tesis que a continuación se transcribe, se hace una clasificación sobre los errores de hecho, de prohibición directo e indirecto.

ERROR DE HECHO CUANDO OPERA COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD. Frente a la ignorancia, que constituye el desconocimiento total de un hecho o la carencia de toda noción sobre una cosa, surge el concepto de error, que no es sino la distorsión de una idea respecto a la realidad de un hecho, de una cosa o de su esencia. No obstante la diferencia entre la ignorancia y el error, en sentido jurídico se usan indistintamente tales términos, pues tanto vale ignorar como errar sobre la esencia de una cosa o de un hecho. Para que el error de hecho resulte inculpable, además de esencial debe ser invencible, pues quien no advierte, por no encontrarse en posibilidad de hacerlo, lo típico e injusto del hecho, no puede ser censurado penalmente, no obstante su violación al derecho. Por ello, cuando el error es vencible se genera responsabilidad. El error de hecho, como causa de inculpabilidad, requiere por tanto que el mismo sea tanto esencial como insuperable o invencible, y supone distorsión o ausencia total del conocimiento del carácter típico del hecho o de un elemento del tipo penal. Error de prohibición . El error de prohibición , es el error, que recae sobre la licitud del hecho. Cuando el autor no tiene conocimiento de la norma penal referente al hecho que realiza y consecuentemente considera lícito su proceder, se está frente a un error de prohibición directo. Este error se puede originar por tanto en el desconocimiento de la norma o bien, aun conociéndola, en la creencia de que no está vigente o bien no tiene aplicación concreta en la especie. Se está en presencia de un error de prohibición indirecto cuando el agente, no obstante en conocer la prohibición derivada de una norma penal, esté en la creencia, por error, de que concurre en el hecho una justificante no acogida por la ley. Por último,

existe igualmente el error de prohibición, cuando el autor suponga erradamente que concurre, en el hecho, una causa de justificación, en cuyo caso se habla de un error de permisión. El yerro del autor recae, en esta última hipótesis, en la creencia de una 'proposición permisiva', como lo es una legítima defensa. Por ejemplo, en el caso del homicidio el error incidirá respecto a la permisión legal del hecho de homicidio, como consecuencia del rechazo de una supuesta agresión calificada, de la cual se estima deriva un peligro inminente y grave para bienes jurídicos. Debe agregarse, que el llamado error de permisión no es un error de hecho, y, como se advierte, en esta especie se encuentran las llamadas eximentes putativas, cuya capacidad para excluir la culpabilidad del autor precisa su carácter invencible o insuperable.¹⁸⁶

De la lectura de dicha interpretación, podemos tomar las siguientes ideas.

El error de hecho excluye la culpabilidad ya que éste supone la ausencia del conocimiento de un hecho antijurídico, según los miembros del Poder Judicial Federal.

El error de prohibición consiste en ignorar la ilicitud de un hecho.

El error de prohibición directo, existe cuando el autor de un delito *no tiene conocimiento de la ley*, trayendo esto como consecuencia que dicho sujeto considere que es lícito su proceder.

El error de prohibición indirecto, existe cuando el sujeto activo de un delito, *realiza dicha conducta a sabiendas de que es delictiva, sin embargo, considera que obra a su favor alguna excluyente de responsabilidad no contemplada* por el ordenamiento jurídico penal vigente.

¹⁸⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, tesis visible en la 7ma época, segunda parte, amparo directo, 2769/84, Enrique Enríquez Rojas, Primera Sala.

Existe error de prohibición cuando el autor de un delito cree que existe a su favor una causa de justificación en la ley, a este error también se le conoce como *error de permisión*.

En ese orden de ideas, a continuación transcribiremos otro criterio en donde la ausencia de conocimiento de la antijuricidad trae como consecuencia que no haya dolo en la conducta y, por lo tanto, falte el elemento de voluntariedad en la conducta.

ERROR ESENCIAL E INVENCIBLE. La culpabilidad como proceso psicológico reprochable, entraña la presencia del dolo o de la culpa; como el dolo es voluntad del resultado y conciencia de la antijuricidad de la acción, no puede afirmarse que se dé, si es que en el sujeto existe un error invencible que impida la conciencia de la antijuricidad del acto. Cuando, como en el caso particular, la quejosa fue puesta en posesión a virtud de orden de autoridad, y con el auxilio de la fuerza pública, debe afirmarse que hubo de su parte un error invencible respecto a la legitimidad del acto y, por lo tanto, faltando la conciencia de la antijuricidad de la acción, no existe el dolo.¹⁸⁷

Si el error versa sobre los elementos que integraran el tipo penal de un delito, y no del hecho de creer o de cometer otro distinto al que se realiza, estaremos en presencia de una conducta delictiva, leamos:

ERROR EN LA COMISIÓN DE UN DELITO . CREYENDO COMETER OTRO, NO ENTRA A CULPABLE IGNORANCIA. Una interpretación armónica de la fracción XI del artículo 15 del Código Penal Federal , permite establecer que el legislador, si bien reconoce como excluyente de responsabilidad delictiva, el hecho de realizar la acción y omisión bajo error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal error de tipo o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta error de prohibición siempre y cuando el error sea invencible, no menos verdadero resulta que tal eximente no abarca ni puede abarcar a aquellos casos en los que el activo del delito, *creyendo cometer un ilícito introducción ilegal al país de mercancías de procedencia extranjera, comete otro distinto introducción ilegal al país de estupefacientes, pues el error que prevé el dispositivo legal en cita, se refiere a la tipicidad de la conducta en abstracto al actuar contra derecho, sea cual fuere su posible encuadramiento, ya dentro de una u otra figura delictiva, caso en que la voluntad del activo es de todas suertes la de violar la ley.*¹⁸⁸

¹⁸⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, tesis visible en la sala penal, con el número de amparo directo 4840/48, Esther Hernández Gallardo.

¹⁸⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, tesis visible en la 8a. época, amparo directo 762/88, Alberto Hurtado Martínez.

ERROR DE PROHIBICIÓN DIRECTO. No obstante que através de la reforma penal del treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, se dio cabida en forma legal al llamado "error de prohibición directo", lo que hace el artículo 59 bis del Código Penal Federal, es conceder al delincuente un trato punitivo privilegiado, al facultar al juzgador para imponer "hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trata, o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso", y tal circunstancia sólo opera en el caso muy especial de "cuando el hecho se realiza por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto", situaciones que deben quedar plenamente probadas.¹⁸⁹

ERROR DE PROHIBICIÓN DIRECTO . DELITO CONTRA LA SALUD. En la especie se estimó al quejoso responsable del delito contra la salud en la modalidad de transportación de marihuana, porque en el sumario quedó acreditado que transportó diez kilos ochocientos cincuenta y tres gramos de marihuana de un lugar del Estado de Michoacán a la Ciudad de Torreón, Coahuila, argumentando en el concepto de violación que en su favor resulta operante el error de prohibición directo que por primera vez ha sido consagrado en nuestra legislación, en el artículo 59 bis de Código Penal Federal, ya que teniendo en cuenta los datos referentes a su personalidad y las circunstancias en que el sujeto activo "se ha desarrollado y ha incurrido en la conducta ilícita ... es imposible que un campesino esté al día en cuanto a las leyes que (se) realizan en los grandes centros urbanos, que... no puede comprender el alcance de la ley debido a su extremo atraso cultural y al aislamiento social ... y ello basta por (su) lugar de origen y (su) lugar de vecindad para que quede demostrada la hipótesis" de que se trata. Se impone destacar que con la nueva redacción del artículo 9o. del ordenamiento jurídico en la cita -- después de la reforma publicado en el Diario Oficial de la Federación de trece de enero de mil novecientos ochenta y cuatro--, que

¹⁸⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, tésis visible en la 7ma. época, amparo directo, 11118/84, María Teresa Gervasio Rodríguez y coags.9 de mayo de 1985, unanimidad de cuatro votos, primera sala, *Semanario Judicial de la Federación*, vols.205-216, segunda parte, p. 59.

recoge las formas de obrar intencional, imprudencial y preterintencional, no pretendió el legislador en forma alguna acabar con el principio general de Derecho de que la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento, que prevalece en nuestros días, con la excepción consignada en el artículo 59 bis del mencionado Código. Esta disposición limita el error de prohibición como un caso especial que opera condicionado al extremo atraso cultural y al aislamiento social del sujeto activo, otorgando al juzgador la facultad de poder imponer una pena atenuada o inclusive de tratamiento en libertad. En el caso el procesado ninguna prueba aportó a la causa, que sea demostrativa de su aseveración. Además al declarar expuso, entre otros lados, que profesa la religión católica; que está domiciliado en el municipio de Tacámbaro, Michoacán; que sabe leer y escribir por haber cursado hasta el quinto o sexto años de instrucción elemental; que es campesino o agricultor; que el transporte del estupefaciente lo realizaba con el objeto de recibir una retribución a título de pago de treinta mil pesos. Así mismo de sus declaraciones aparece que ese transporte lo realizó con sigilo, tratando de eludir la intervención de las autoridades, pues inclusive para ocultar su actividad tomó la precaución de ir separados, en distintos carros de ferrocarril, con el otro sujeto que lo acompañaba en el viaje que hacía, todo lo cual revela que el sentenciado tenía una clara noción de que el proceder por el cual fue juzgado era ilícito, reprochable jurídicamente, lo que excluye que la hipótesis que se examina lo pueda beneficiar, al no quedar probado que a virtud del extremo atraso cultural y aislamiento social, aquella actividad la realizó bajo una situación de error o ignorancia invencibles sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta.¹⁹⁰

¹⁹⁰ Semanario Judicial de la Federación, tésis visible en la 7ma. época, núm 14, amparo directo 11118/84, María Teresa Gervancio Rodríguez y coags. 9 de mayo de 1985, unanimidad de cuatro votos, primera sala, segunda parte, p.10.

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO O ERROR DE PERMISIÓN. El artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, recoge como circunstancia excluyente de responsabilidad, tanto el error de tipo como el llamado “error de prohibición indirecto” o “error de permisión”, hipótesis que requieren en el error el carácter de invencible o insuperable, pues de lo contrario dejarían subsistente la culpabilidad. En ambos errores, el agente carece del conocimiento de que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, bien porque dicho error recaiga sobre uno más de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo, o porque el mismo verse sobre el carácter ilícito del propio hecho, pues en el error de prohibición indirecto o error de permisión, el sujeto cree no quedar comprometido en la infracción punible, al calificarse objetivamente como lícito su propio actuar, no obstante que su proceder es objetivamente contrario a la ley, generando el vencible error, el reproche al autor por su conducta típica y antijurídica. En el caso particular considerado, no opera en favor del quejoso la excluyente de responsabilidad mencionada, por no haber ignorado que los tres envoltorios recogidos al momento de su detención, contenían marihuana, y tan es así, que antes de efectuarse ésta le había proporcionado a su coacusado parte del estupefaciente que inicialmente poseía, lo cual demuestra la inexistencia de ambas clases de error.¹⁹¹

El error sólo opera cuando se trate de las hipótesis antes mencionadas, no así si se trata de un error en el golpe, como a continuación leeremos:

“ERROR EN EL GOLPE. La presunción de intencionalidad establecida en la ley, no se destruye por el error en el golpe, que recae en persona u objeto distinto al que estaba dirigido.”¹⁹²

¹⁹¹ *Semanario Judicial de la Federación*, tesis visible en la séptima época, amparo directo 2769/84, Enríquez Rojas, 27 de septiembre de 1984, cinco votos, primera sala, tesis num. 15, informe de 1986, segunda parte, p.12. Nota: Ahora fracción VIII del Código Penal Federal.

¹⁹² *Semanario Judicial de la Federación*, tesis visible en la 6a. época, amparo directo 933/57, Rafael García Silva, 10 de junio de 1958, unanimidad de cuatro votos, primera sala, tesis 801, apéndice 1988, segunda parte, p. 1327.

En este ejemplo la intencionalidad si existía, mas sin embargo, recayó en otro sujeto pasivo al deseado, por eso, en este ejemplo si habrá lugar a la responsabilidad penal.

Analícemos ahora al error desde el punto de vista del sujeto pasivo del delito.

En el siguiente criterio sustentado por la H. Suprema Corte, se aprecia como se forma el error y las consecuencias que trae.

CHEQUES SIN FONDOS, LIBRAMIENTO DE Y FRAUDE.- DIFERENCIAS.- No es verdad que la figura penal que contempla el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito corresponda a una especie en el género de los delitos de fraude, por la sola circunstancia de que la propia ley remita para su sanción al Código Penal. El libramiento de cheques sin fondo no sólo es de naturaleza especial por estar previsto en una ley especial, sino porque el bien jurídico tutelado también lo es. En efecto, la protección penal no tiene como finalidad el patrimonio de las personas, sino la seguridad de la circulación del cheque, como instrumento de pago, concepto que requiere que la citada circulación se vea garantizado eficaz y severamente con disposiciones de carácter penal. En esta figura, *no es menester demostrar el medio comisivo, como el aprovechamiento del error o el engaño previos que requiere*, en cambio, el delito de fraude o algunas figuras equiparables a él. La hipótesis se surte por la simple expedición del documento, la presentación de éste ante la institución librada dentro de los quince días siguientes, su expedición y su impago por insuficiencia de fondos imputables al librador. *El dolo en el delito del artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito consiste simplemente en representarse y querer el propio libramiento del documento con conciencia plena del carácter ilícito del hecho.* No se trata de un delito patrimonial, porque, por su comisión no procede la condena al pago de la reparación del daño, correspondiendo el cobro de ésta a un procedimiento diverso de carácter mercantil; en cambio, la figura del fraude, por autonomasia, es sancionada con la pena corporal relativa, pero además con el pago o devolución de lo defraudado.¹⁹³

Podemos resumir, que el error en que se hizo incurrir al beneficiario consistió en que el librador del cheque tenía conocimiento de que no tenía fondos en su cuenta bancaria y que se aprovecharía de esa circunstancia obteniendo a cambio algún bien o servicio.

¹⁹³ *Semanario Judicial de la Federación*, tesis visible en la séptima época, amparo directo 7375/81, Prisciliano García Rocha, Vol. 163-168.

FRAUDE (LEGISLACIÓN DE PUEBLA). El fraude genérico, previsto en la primera parte del artículo 386 del Código de Defensa Social, determina como medios comisivos, tanto el engaño como el *aprovechamiento del error*, señalados como resultados: “ El hacerse ilícitamente de alguna cosa” .O bien alcanzar un lucro indebido. *Por engaño se entiende la actitud mentirosa, por medio de palabras o actos, que tienden a producir en el sujeto de la relación (que no siempre es el sujeto pasivo), un estado subjetivo de error, o sea un concepto falso sobre una cosa, hecho o realidad el aprovechamiento del error, por lo contrario, supone un estado de error en el sujeto y del cual se vale el agente activo del delito para obtener una cosa ilícitamente o bien un lucro indebido. Establecida tal premisa, precisemos como elementos del hecho: A) La conducta, B) El resultado, y C) El nexo de causalidad que une a una y a otro.* Por su parte, la conducta se integra con dos subelementos 1, uno de carácter físico, que puede consistir en una acción o una comisión (comprendiendo ésta las especies de omisión simple y comisión por omisión) y 2, un elemento psíquico, de naturaleza subjetiva, que no es otro que el querer expresar la conducta concreta. Entre la conducta y el resultado, con independencia del nexo casual, hay un enlace de carácter subjetivo, constituido por la representación que tiene el autor tanto de su propia conducta como del resultado y mediante el cual este último le puede ser atribuido, mediante un proceso valorativo, en un juicio de reproche que es esencial de la culpabilidad, ésta por último, hace nacer la responsabilidad. El nexo causal, entre la conducta y el resultado , debe buscarse siguiendo un criterio naturalístico mismo que expuesto por Stuart Mill ha sido llevado por Von Buri al campo del Derecho Penal y que se expresa en la fórmula “*Conditio sine qua non*”, porque, suprimida mentalmente la condición casual, el resultado desaparece, lo que demuestra la eficacia causal de tal condición.¹⁹⁴

Como consecuencia del engaño recae la figura del error, que en este ejemplo lo es para el sujeto pasivo del delito.

¹⁹⁴ Tesis visible en la 6a época, bajo el número de amparo 6543/57, Quejoso: Gerónimo Bretón Mena , Tomo 18, del *Semanario Judicial de la Federación*.

FRAUDE , ELEMENTOS DEL.- Los elementos constitutivos del fraude son: A) *Engaño al través de una actividad positivamente mentirosa empleada por el sujeto activo y que hace incurrir en una creencia falsa o error al sujeto pasivo o aprovechándose del error de éste, mediante una actividad negativa de aquél, que conociendo, el falso concepto en que se encuentra la víctima se abstenga de hacerlo saber para realizar su finalidad;* B) Que mediante tal actividad se haga ilícitamente el sujeto activo de alguna cosa, alcance un lucro indebido, cualquier beneficio ilícito, utilidad o ganancia económica; y C) Que tal engaño o el error y aprovechamiento sea el motivo eficiente de la entrega de la cosa o de la obtención del lucro. y no se configura el tipo si según la propia confesión del acusado, éste se salía de su trabajo durante una o dos horas para atender asuntos personales, cobrando de todos modos sus sueldo completo; se trata única y exclusivamente de posibles irregularidades en las relaciones contractuales entre la empresa y su trabajador el acusado, que en todo caso podría dar lugar a las sanciones que para el efecto pudiera señalar el contrato correspondiente de trabajo y en último caso la ley federal que rige en la materia, pero en ninguna forma la configuración del delito de fraude.¹⁹⁵

FRAUDE, DELITO DE LEGISLACIÓN DE JALISCO.- Los elementos intrínsecos del delito previsto en el artículo 348, fracción I del Código Penal del Estado, consisten: en el engaño, o sea la actitud mentirosa que emplea el delincuente y que hace incurrir en una creencia falsa al ofendido, o el aprovechamiento del error, esto es el concepto equivocado o erróneo en que se hace inducir al sujeto pasivo del delito; que el delincuente se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido , y la relación de casualidad entre esos elementos.¹⁹⁶

Es importante el recordar el alcance y contenido del artículo 17 del Código Penal, aun cuando nuestro Poder Judicial Federal, haya dictado jurisprudencia en el sentido de que las causas exculpantes de culpabilidad “pueden” o no ser estudiadas en el auto de término constitucional. Leamos primeramente la jurisprudencia y posteriormente transcribiremos el citado artículo 17.

¹⁹⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, tesis visible de la 6a. época, amparo directo 1043/60, quejoso: Chepperd Romo, Tomo 44, p.82.

¹⁹⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, tesis visible en la 5a. época, tomo 99, quejoso: José Mora Pérez , p. 61.

“EXCULPANTES.- Las exculpantes de culpabilidad pueden ser estudiadas para dictar o no, el auto de formal prisión.”¹⁹⁷

Consideramos y proponemos en la presente investigación que la autoridad que conozca del estudio y de la aplicación de las exculpantes o eximentes de delito lo realice de una forma oficiosa, es decir, aun cuando el inculcado no lo solicite, por vía incidental o por cualquier otro medio, el Ministerio Público o el juez deben estudiarla, y de esta manera determinar si procede o no la exclusión del delito.

En cambio, existe una jurisprudencia en que propone que las excluyentes de responsabilidad se demuestren plenamente, teniendo la carga de esta figura jurídica el procesado o bien su defensa. Veamos:

“EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. DEBEN DEMOSTRARSE PLENAMENTE. Las excluyentes de responsabilidad penal deben comprobarse en forma plena, a fin de que el juzgador pueda otorgarles el valor absolutorio que legalmente les corresponde.”¹⁹⁸

Por razones de la división de las partes en el proceso penal, a quién le compete invocarlas es a la defensa, así lo ha resuelto la siguiente jurisprudencia:

¹⁹⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, ap. al t. LXIV, 2a secc., jurisprudencia número 877, pág. 560, amparo en revisión 7547/37, primera sala tesis 323, p.392.

¹⁹⁸ Jurisprudencia creada por el tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, octava época, tesis II, 3ero. J/46, gaceta número 63, p. 41; véase ejecutoria en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XI- Marzo p. 134. Nota: Esta tesis coincide en su texto con la jurisprudencia número 116 de la Sala penal de la Suprema Corte, formada durante la sexta época, y que aparece a fojas 240, segunda parte del apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1985.

EXCLUYENTES. DEBE PROBARLAS QUIEN LAS INVOCA. La comprobación de las excluyentes corresponde al que las invoca y no al Ministerio Público. Esto es así, porque cuando la ley establece una excluyente de responsabilidad a favor del acusado, respecto de un hecho punible que se le imputa, corresponde la prueba de ello a éste, de acuerdo con el principio general de derecho de que quien afirma esta obligado a probar.¹⁹⁹

Ahora bien, cada una de las figuras exculpantes de delito que menciona el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, y que las hemos nombrado dentro del apartado séptimo deben probarse plenamente cada una de ellas, es decir, que cada figura jurídica reúna todos sus elementos y que no falte ninguno de ellos.

“EXCLUYENTES DEBEN PROBARSE PLENAMENTE.- Las excluyentes de responsabilidad criminal deben comprobarse plenamente, para que el juzgador pueda otorgarles el valor absolutorio que legalmente les corresponde.”²⁰⁰

“EXCLUYENTES, PRUEBA DE LAS. Las excluyentes de responsabilidad no deben presumirse y sólo operan en favor de un encausado cuando se hallen fehacientemente probadas.”²⁰¹

¹⁹⁹ Tesis jurisprudencial visible en la octava época, del *Semanario Judicial de la Federación*, primer tribunal colegiado del sexto circuito, amparo directo 513/91, Fernando Rivera Ramos, 30 de enero de 1992, unanimidad de votos.

²⁰⁰ Esta tesis coincide en su texto con la jurisprudencia número 116, de la sala penal de la Suprema Corte formada durante la sexta época y que aparece a fojas 240, segunda parte, del apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1985, octava época, primer tribunal colegiado del sexto circuito, amparo directo 511/91, Juan Hernández Morales. 30 de enero de 1992, unanimidad de votos.

²⁰¹ Tesis jurisprudencial visible en la octava época, segundo tribunal colegiado del sexto circuito, amparo directo 15 / 90, Tomás Macías Valdez, 30 de enero de 1990, unanimidad de votos. Esta tesis coincide con mínimas adiciones en su voz y texto con la primera tesis relacionada con la jurisprudencia número 152 de la sala penal de la Suprema Corte, formada durante la sexta época y que aparece a fojas 312, segunda parte, del apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1985

El artículo 17 del Código Penal Sustantivo estipula:

“Las causas de exclusión del delito se investigarán y *resolverán de oficio* o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento.”

Analizando lo anterior desde el punto de vista del principio de legalidad, una ley es superior jerárquicamente a la jurisprudencia, por lo tanto; el investigador llámese Ministerio Público Federal, o bien cualquier juzgador, tienen la obligación de estudiar de oficio si opera o no a favor del indiciado cualquier causa de exclusión del delito en la etapa procesal en que se encuentre el procesado.

Es decir, que las causales que excluyen el delito previstas por el artículo 15 del Código Penal, sean estudiadas y aplicadas de manera oficiosa por parte de los servidores públicos que tengan conocimiento del mismo.

De tal suerte y analizando *a contrario sensu*, el contenido del artículo 134 del Código Federal Adjetivo, cuando el Ministerio Público advierta que en el caso concreto se encuentra plenamente acreditada alguna de las hipótesis mencionadas en las diferentes fracciones del numeral 15 del Código punitivo, lejos de ejercitar la acción penal, deberá ordenar la absoluta libertad del detenido, así como decretar el sobreseimiento administrativo de la causa.

Dicho numeral 134 establece: “En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado los elementos del tipo penal del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los Tribunales...”

8. Libertad administrativa por supresión o modificación del tipo penal, o por variación de la punibilidad del delito que se le acuse

Este tipo de libertad, la encontramos en el artículo 117 del Código Penal Federal, dentro del capítulo VIII, cuyo título es: Vigencia y aplicación de una nueva ley más favorable.

El citado artículo 117 establece: “La ley que suprime el tipo penal o lo modifique extingue, en su caso, la acción penal o la sanción correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 56”.

Es decir, si un individuo está siendo procesado por un delito, que posteriormente lo suprimen, esta hipótesis legislativa traerá como consecuencia la extinción de la acción penal, y el servidor público que conozca del procedimiento, tendrá que dejar libre al procesado.

Ahora bien, si varía la pena del delito por el cual se le va a juzgar esta o bien se está llevando ya el procedimiento ante el juez, se aplicará la ley más favorable al procesado. Leamos el artículo 56 del Código Penal:

Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción, aplicará de oficio la ley más favorable. 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.

De este artículo podemos tomar varias ideas:

1. Cuando entre en vigor una nueva ley que favorezca al inculcado o al sentenciado se observará y se aplicará ésta en beneficio del gobernado.

2. La autoridad que esté conociendo de la ejecución de la pena, 'que en este caso le compete a la Secretaría de Gobernación', también tiene la obligación de aplicar la ley más favorable al sentenciado, siempre y cuando, si en un primer supuesto fue condenado a una pena mínima ó máxima, y la reforma establece una reducción al mínimo de la pena o bien si fue condenado a la máxima pena y ésta disminuye, tendrá que aplicársele también a su favor la que más le favorezca.

3. En una segunda hipótesis, si el reo fue condenado al término medio aritmético de la pena y posteriormente surge una nueva ley en donde el término medio aritmético es menor a la pena que le fue impuesta al gobernado, se le aplicará la que tenga menor penalidad.

4. La aplicación de una ley más favorable, será de oficio para todas las autoridades que tengan conocimiento del manejo de los delitos, desde del inicio del procedimiento como en la ejecución de la pena. Es decir, si durante la etapa de la averiguación previa, el Ministerio Público tiene conocimiento de que el delito que pretende integrar ha dejado de tener esa categoría, tendrá que suspender el procedimiento y mandar al archivo dicha indagatoria .

3. Aun estando sentenciado, si el mismo delito disminuye la pena, su aplicación será la más favorable.

9. Libertad administrativa conforme al acuerdo A/006/92 de la Procuraduría General de la República, cuando la conducta o los hechos no son constitutivos de un delito, cuando el inculpado no tuvo participación en el evento típico, que no exista querrela en los delitos de esa naturaleza, cuando exista un obstáculo materialmente insuperable, por falta de elementos para procesar, etcétera

El presente acuerdo se desprende del estudio que hizo la Procuraduría General de la República, del artículo 137 del Código Penal Federal. veamos:

ACUERDO .A / 006 92 De la Procuraduría General de la República.

PRIMERO.....

SEGUNDO.- En la averiguación previa, el Agente del Ministerio Público Federal consultará el No Ejercicio de la Acción Penal, cuando se presenten los casos siguientes:

- a) **Que los hechos investigados no sean constitutivos de delitos, de conformidad con las descripción típica contenido en la Ley Penal;**
- b) **Que se acredite fehacientemente que el inculpado no tuvo participación en los hechos que se investigan, en lo que respecta a su esfera jurídica;**
- c) **Que no exista querrela y se trate de delito perseguible a petición de parte ofendida, o hubiese sido formulada por persona no facultada para ello;**
- d) **Que aun pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculos material insuperable;**
extinguida

- e) Que la responsabilidad **penal se halle extinguida legalmente**, en los términos del Código Penal;
- f) Que las diligencias practicadas, se desprenda de manera indubitable que el inculcado actuó **en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal**;
- g) Que la conducta o hecho atribuible al inculcado haya sido materia de una **sentencia judicial emitida con anterioridad**; y
- h) Que la ley quite al hecho investigado el **carácter de delito que otro anterior le otorgaba**.

TERCERO.-

.....

Opinamos en relación con el inciso *a*), que esta primer hipótesis esta totalmente apegada a los artículos 14 y 16 constitucionales. Ya que si la conducta realizada por el sujeto activo o del detenido no encuadra en ninguna de las hipótesis prevista por alguna norma legal como delictiva, tendrá la representación social federal , con fundamento en estos artículos y en este inciso, que poner en libertad al gobernado.

Lo anterior es el respeto al principio de legalidad que rige en nuestra materia de derecho penal federal.

En relación con el inciso *b*) si no se acredita la probable responsabilidad del inculpado en cuanto a su conducta participativa, también la representación social federal tendrá que dejar libre al retenido.

Conforme al siguiente inciso, que es el *c*) , si no se cumplen con las formalidades esenciales del procedimiento, como lo es este caso en una ausencia de querrela en delitos perseguibles a petición de parte, tendrá el ministerio público federal, que ordenar su inmediata libertad por falta de formalidad en el procedimiento.

El inciso *d*) manifiesta que cuando exista la imposibilidad de comprobar el cuerpo del delito materialmente demostrable, tendrá la representación social federal, que cubrir tal requisito o bien dejar en libertad al detenido. Ejemplo de esta fracción , si una persona es detenida, toda vez que portaba un arma reservada para el uso exclusivo del ejército y fuerzas armadas, y al momento de estar investigando el Ministerio Público se da cuenta de que no existe materialmente el arma, y que por consecuencia tampoco existen pruebas que acrediten la existencia fehaciente del arma, tendrá que ponerlo en libertad.

En el siguiente inciso, *e*), la responsabilidad penal está extinguida legalmente, y procederá la libertad del gobernado. Hemos realizado un estudio dentro del apartado de la extinción de la acción penal, por lo que solamente recordamos aquí algunas de las figuras jurídicas de las cuales traen aparejada la extinción de la acción penal, tales como la prescripción, el perdón del ofendido, la muerte, etcétera.

El inciso con la letra *f*) establece que si el sujeto activo del delito de orden federal actuó en circunstancias excluyentes de delito, éste no será responsable por el resultado de su conducta delictiva.

La siguiente hipótesis señalada con el inciso *g*) significa que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito.

Y por último, el inciso *h*) nos indica que cuando el sujeto activo del delito es detenido por un delito que ha dejado de tener tal categoría en ley.

Aclaremos que este acuerdo del procurador general de la república, contiene diferentes hipótesis, que ya hemos analizado en particular y que se refieren a casos en los cuales el Ministerio Público Federal habrá de abstenerse de ejercitar la acción penal correspondiente, y en el supuesto de que existan personas detenidas durante la averiguación previa, el órgano investigador deberá ordenar su libertad.

CAPÍTULO IV

TIPOS DE LIBERTADES DENTRO DE LA ETAPA PREPARATORIA

1. Libertad Constitucional por vicios en la detención, conforme al artículo 16, fracción VI, de la Constitución Mexicana, en relación con el artículo 134 del C.F.P.P.

Este tipo de libertad la encontramos dentro del artículo 16 Constitucional en el párrafo sexto, mismo que podemos relacionar con el artículo 134 párrafo tercero del Código Penal Adjetivo.

El citado artículo 16 fracción sexta dice:

“En caso 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 la ley”.

El párrafo tercero del artículo 134 del Código Federal Procedimental establece:

“El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o no; en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretará la libertad con reservas de ley”.

De acuerdo con la adición constitucional se establece una obligación a cargo de los órganos jurisdiccionales en materia penal para resolver de inmediato sobre la constitucionalidad o no de la detención de la persona o personas que le son consignadas.

Cabe señalar que en esta hipótesis legislativa se tiene como presupuesto la existencia y tramitación de una averiguación previa con detenido, lo cual sólo puede acontecer cuando la indagatoria se haya iniciado con flagrancia en la detención del probable responsable o bien cuando el órgano investigador haya ordenado la detención del mismo argumentando el caso urgente.

De tal manera que, como lo indica el propio texto constitucional, los jueces penales que reciban alguna consignación con detenido, en forma inmediata, esto es, después de haber pronunciado el auto de radicación y sin llevar a cabo ningún otro trámite, deberán estudiar las constancias del expediente para resolver si en el caso concreto existen los datos suficientes que acrediten la legítima privación de la libertad del indiciado o indiciados. Por lo tanto, esta resolución judicial deberá decretarse antes de la celebración de la audiencia de declaración preparatoria.

Si en el caso concreto se evidencia el legal proceder del órgano investigador, el procedimiento penal habrá de continuar en consecuencia; en caso contrario, es decir, cuando se ponga de manifiesto que la detención de los indiciados se llevó a cabo violando los extremos constitucionales, el juzgador penal decretará la libertad de los consignados, sin perjuicio de que con posterioridad el Ministerio Público Federal pueda solicitar las órdenes de aprehensión correspondientes si procedieren.

Se considera que la libertad así ordenada es una libertad constitucional y de que no existe reserva alguna respecto de la misma; esto es, la libertad es lisa y llana, pues sobre ésta el juez no debe establecer ninguna condición, ni solicitar caución o garantía, ni protesta del liberado, ni ningún otro requisito. El auto que ordena la libertad en tales condiciones habrá de notificarse en forma inmediata al encargado o responsable de la prisión en la que los indiciados se encuentren, para que dicho funcionario ejecute en el acto,

la excarcelación de las personas beneficiadas, sin perjuicio de que el Ministerio Público Federal o el ofendido o víctima del delito se inconformen con dicha resolución

En caso de que la detención de alguna persona exceda de los parámetros constitucionales, el servidor público que haya ordenado la privación de la libertad del probable responsable o haya mantenido la detención en forma ilegal, será responsable penalmente por ese sólo hecho.

En cuanto a la facultad que la carta magna le otorga a los jueces penales para resolver sobre la constitucionalidad de la detención, se considera que la misma no se opone al régimen de derecho del Estado mexicano, pues si bien es cierto que el control constitucional se encuentra reservado para los órganos especializados del Poder Judicial de la Federación, no menos cierto es que de acuerdo con los numerales 128 y 133 de la Ley Suprema todo servidor público, incluyendo a los jueces penales tienen la obligación de respetar los mandatos de la Constitución Federal y hacerlos valer en el ámbito de sus particulares atribuciones.

A continuación transcribiremos el artículo 128 de nuestro código político:

Artículo 128. "Todo funcionario Público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen".

Por otro lado, el artículo 168 del Código Federal Adjetivo se refiere a que el órgano jurisdiccional revisará si el Ministerio Público Federal integró correctamente o no la averiguación previa, y las consecuencias que esta segunda hipótesis conlleva, veamos:

El Ministerio Público acreditará los elementos del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II. La forma de intervención de los sujetos activos; y

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión;

Asimismo se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribubilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias del lugar, tiempo, modo y coacción; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.

En el supuesto de que el juez de Distrito dicte el auto de ratificación de la detención, justificando la detención, y el procesado o su abogado defensor consideran que es violatorio de garantías dicho auto por no satisfacer los requisitos antes mencionados, ese auto podrá ser apelable, con fundamento en el artículo 367, fracción III bis, del Código Federal de Procedimientos Penales.

Mismo artículo que dice:

“Son apelables en el efecto devolutivo: Fracción III bis.- Los autos que ratifiquen la constitucionalidad de una detención a que se refiere el párrafo sexto del artículo 16 Constitucional”.

2. Libertad Constitucional bajo caución, conforme al artículo 20, fracción primera de la Constitución Mexicana, en relación con el artículo 399 bis, del C.F.P.P.

La libertad, según los doctrinarios iusnaturalistas, es un derecho que tiene el hombre por el simple hecho de serlo o bien por existir. Según su naturaleza es un animal racional y que tiene que vivir por sus múltiples necesidades dentro de una sociedad, bajo las condiciones de saberse conducir con su libertad.

El derecho positivo mexicano, ha 'reconocido' esa garantía de libertad del hombre al pronunciarse nuestro máximo tribunal de justicia, en los siguientes términos:

“LIBERTAD PERSONAL.- El derecho a que ella tiene el hombre, le es propio, viene de su naturaleza, y la ley no se lo concede sino que se lo reconoce; pero si por los motivos previstos en la ley, es privado de esa libertad, nace entonces el derecho de estar libre mediante ciertos requisitos”²⁰²

En concordancia con los conceptos antes invocados es de señalarse que el artículo 14 párrafo segundo de nuestro código político consagra la garantía de audiencia, de lo cual se desprende que ninguna persona que se encuentre dentro del territorio nacional podrá ser privada de su vida, libertad, propiedades, posesiones o derecho 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.

²⁰² Tesis visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XIII, Carlos Talavera, de fecha 28 de agosto de 1923, p. 317.

Lo anterior significa que, en principio, ningún individuo puede ser privado de su libertad sino como consecuencia de un juicio (*lato sensu*). Sin embargo, a ésta que se le puede considerar como la regla general, existen excepciones, que obviamente no pueden emanar sino de la propia Constitución Mexicana.

Dentro de estos casos de excepción se encuentran tanto la detención en flagrante delito y como la del caso urgente, de los cuales ya nos hemos ocupado, así como la prisión preventiva cuyo fundamento se halla en la primera parte del primer párrafo del artículo 18 constitucional. Este caso excepcional consiste en que la privación de la libertad se lleva a cabo antes del juicio, es decir, primero la restricción de la libertad y después el juicio. Como se ha señalado la prisión preventiva tiene como objeto la defensa y preeminencia del interés social sobre el interés propio. De tal suerte que, jurídicamente es válida la restricción de la libertad del individuo para poder llevar a cabo su enjuiciamiento; sin embargo y ante la desgracia que teórica y prácticamente se ha evidenciado acerca de la prisión preventiva, surge la figura procedimental de la libertad provisoria, de tal suerte que la prisión preventiva habrá de reservarse solamente para casos verdaderamente extraordinarios. Es decir, la libertad provisional bajo caución es un instrumento mediante el cual se puede postergar la pérdida de la libertad una vez que el enjuiciamiento penal se haya consumado, ajustándose así a la regla general del juicio previo al acto de privación de libertad contenido en el numeral 14 constitucional antes señalado.

Algunas han sido las formas que la ley adjetiva ha utilizado para hacer procedente el beneficio de libertad aludido, pero siempre teniendo como presupuesto que el delito imputado es sancionado exclusivamente con pena corporal. Así, tenemos que hasta antes de la reforma procesal de 1984, esta libertad procedía cuando el término medio aritmético de la punibilidad del delito base no excedía de los cinco años de prisión. A raíz de la innovación legal mencionada, se consideraron para su procedencia no solamente la punibilidad del delito básico sino también la de las circunstancias modificativas del evento, lo cual se tradujo desafortunadamente en que sólo una minoría de las personas encarceladas para su enjuiciamiento pudieran alcanzar su libertad provisional, traducándose esta situación en la indeseada sobrepoblación penitenciaria del país.

El constituyente permanente en busca de dar un mejor tratamiento al beneficio en comento resolvió abandonar la antigua fórmula del término medio aritmético y resolvió, mediante la reforma constitucional de septiembre de 1993, emplear la figura de "delitos graves", de tal suerte que al estar en presencia de uno de éstos se hace nugatorio que el detenido pudiere alcanzar su libertad provisional bajo caución, modificación constitucional que obligó al legislador secundario a señalar taxativamente lo que ahora conocemos como el catálogo de delitos graves (artículo 194 del C.F.P.P.). Así, a partir del primero de febrero de 1994, en que en el ámbito federal se señalaron exhaustivamente los delitos considerados como graves, es que se ha venido utilizando esta fórmula novedosa en México para determinar si es factible o no conceder a los detenidos el beneficio multicitado, de tal manera que si se trata de delitos no considerados como graves, será procedente la libertad provisional bajo caución.

Una lamentable adición reciente a la primera fracción del artículo 20 constitucional, es la que en la actualidad faculta al Ministerio Público Federal para solicitarle al juzgador que aún en los casos de delitos no considerados como graves en la ley, éste pueda negar el beneficio de la libertad provisional bajo caución siempre que aquél aporte datos que hagan presumir que la libertad en caso de concederse constituya un grave peligro para la sociedad o para el ofendido.

Como se observa, el párrafo mencionado hace que el beneficio de libertad referido sea resuelto discrecionalmente por los órganos de la autoridad, quienes se fundan en criterios eminentemente subjetivos, los cuales pugnan contra la garantía de seguridad jurídica que debe prevalecer sobre todo en el enjuiciamiento criminal; se estima que al ser la libertad individual una de las más altas prerrogativas del hombre su restricción, en todo caso, debe derivar objetivamente de la ley y no de criterios subjetivos que fácilmente puedan derivarse en actos autoritarios en perjuicio de la sociedad. En razón de lo anterior, es urgente que se promueva la respectiva contrarreforma a la Constitución para evitar males colectivos y abusos en esa facultad que les concede la ley.

Transcribimos el artículo 20 constitucional, fracción I, para observar que en esta hipótesis legislativa (que tiene el rango de garantía individual), dentro de la etapa preparatoria a juicio, el inculpado, también llamado procesado, puede obtener la libertad provisional bajo caución, leamos:

Artículo 20 Constitucional, fracción I, 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 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 deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir 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.

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

En el capítulo III, segundo apartado, de la presente investigación, se hizo, un estudio sobre los requisitos y condiciones de este tipo de libertad constitucional, por lo que en este apartado es importante resaltar que también se puede solicitar la libertad provisional bajo caución ante el juez penal federal, ya que este último estará conociendo la etapa de preparación al proceso.

En relación con el segundo párrafo (monto y forma de la caución) de este artículo 20 Constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha formado jurisprudencia diciendo que el juez deberá tomar en cuenta la situación económica del procesado al momento de delinquir y no la gravedad del delito.

LIBERTAD CAUCIONAL.- Si al procesado se le señala, para gozar de la libertad caucional, una garantía, teniéndose únicamente en cuenta para ello la gravedad del delito que se le imputa, sin considerar la situación personal y sus condiciones económicas en el momento de delinquir, se vulnera, en su perjuicio, la garantía que otorga el artículo 20, fracción I, de la Constitucional Federal.²⁰³

Así el artículo 400 del Código Penal Federal Adjetivo, establece que la **caución** que puede presentar el procesado o su defensor puede **disminuir** dependiendo de ciertas circunstancias, leámoslo:

Artículo 400. A petición del procesado o su defensor, la caución que garantice el cumplimiento de las obligaciones que la ley establece a cargo del primero en razón del proceso, se reducirá en la proporción que el juez estime justa y equitativa, por cualquiera de las circunstancias siguientes:

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

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

²⁰³ *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia visible en la quinta época, primera sala, tesis 1110, apéndice 1988, segunda parte, p. 1785.

III.- La imposibilidad económica demostrada para poder otorgar la caución señalada inicialmente, aun con pagos parciales;

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

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

La petición de reducción se tramitará en incidente que se substanciará conforme a las reglas señaladas en el artículo 494.

Las garantías a que se refieren las fracciones I y II del artículo 399 sólo podrán ser reducidas en los términos expuestos en el primer párrafo del presente artículo, cuando se verifique la circunstancia señalada en la fracción III de este artículo. En este caso, si se llegare a acreditar que para obtener la reducción el inculpaado simuló su insolvencia, o bien, que con posterioridad a la reducción de la caución recuperó su capacidad económica para cubrir los montos de las garantías inicialmente señaladas, de no restituir éstas en el plazo que el juez señale para ese efecto, se le revocará la libertad provisional que tenga concedida.

Por otro lado el artículo 402 del mismo ordenamiento adjetivo regula dicha garantía constitucional diciendo que la caución debe ser asequible:

Artículo 402.- El monto de la caución relacionada con la fracción III del artículo 399, deberá ser asequible para el inculpaado y se fijará tomando en cuenta:

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

Consideramos que tanto el artículo 400, fracción V, y el artículo 402, fracciones I, II, III, IV y V, escritos en el párrafo que antecede, son reguladores de dicha garantía de libertad provisional bajo caución, y que de una u otra forma pueden constituir un exceso de poder al momento de aplicarse, sobre todo si el órgano jurisdiccional se basa en probabilidades de que el detenido pueda sustraerse de la acción de la justicia.

Creemos de suma importancia el hecho de que se encuentren regulados los diferentes tipos de libertades, y no menos importante es el hecho de que los funcionarios a quienes se les esté solicitando dicho beneficio de la libertad tengan la obligación de otorgarla, no quedando a sólo capricho de el órgano jurisdiccional el poderla brindar o no.

En ese sentido se ha pronunciado, nuestro máximo tribunal de justicia, leamos:

LIBERTAD CAUCIONAL.- Si bien es cierto que la Ley de Amparo autoriza a los jueces de Distrito para conceder la libertad provisional bajo caución a los quejosos, también lo es que esa autorización no puede quedar al capricho de dichos funcionarios, sino que éstos tienen que sujetarse a las condiciones que para tales actos señalen las leyes federales o locales.²⁰⁴

²⁰⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia visible en la quinta época, pleno, tesis 1106, apéndice 1988, segunda parte, p.1781.

Es importante y debe quedar bien claro que los jueces de distrito, con independencia de conocer los procesos por los delitos de orden federal y también por razón de su competencia, conocerán de todas aquellas violaciones a las garantías individuales que afecten a la libertad de los gobernados.

El beneficio que se otorga al momento de brindar la libertad provisional bajo caución, su mismo nombre lo indica, es "provisional" hasta en tanto no se dicte sentencia, ya que la calidad de procesado cambiará por la de sentenciado.

En caso de que la sentencia sea condenatoria tendrá el procesado la calidad de reo y no operará la libertad provisional bajo caución.

Lo anterior se dictaminó por nuestro máximo tribunal federal, leámoslo:

LIBERTAD CAUCIONAL.- La Garantía Constitucional relativa a ella ha sido establecida a favor de los procesados y no puede aplicarse a los reos que han sido sentenciados, independientemente de que la pena impuesta sea mayor o menor que la fijada por el artículo 20 Constitucional.²⁰⁵

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO FIANZA, INOPERANTE.- Si los recurrentes no promovieron, en contra de la resolución que los condena por los delitos de vagancia y malvivencia, juicio de amparo, la anterior situación trae como consecuencia que hayan perdido su carácter de procesados para convertirse en condenados; y de esta manera no los favorece la garantía de la fracción I del artículo 20 constitucional, y por ende, no tienen derecho a la libertad provisional bajo fianza.²⁰⁶

²⁰⁵ Tesis visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XI, quejoso Benito Amaya, de fecha 30 VIII 92, p. 633.

²⁰⁶ Tesis visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, vol., LXII, María López Flores, 1962, Ponente Manuel Rivera Silva, p.43.

Partiendo de que la Constitución General de la República, es la norma fundamental, para todos y cada uno de los estados y municipios que forman la República Mexicana, ningún ordenamiento jurídico estatal o municipal, podrá establecer más requisitos que los señalados por el artículo 20, fracción I, del citado código político, para que los gobernados puedan gozar de la libertad provisional bajo caución, y menos obligar al gobernado a satisfacer dichos requisitos que estuviesen fuera o por encima de la Carta Magna.

Lo anterior recordando el alcance que tiene el artículo 133 constitucional, según lo indicamos en la parte última de capítulo segundo de la presente investigación.

En ese sentido existen múltiples criterios de nuestros tribunales federales, leamos uno:

LIBERTAD CAUCIONAL.- Su concesión ha sido elevada al rango de garantía constitucional, si el delito que se imputa al acusado no merece ser castigado con pena que exceda de cinco años de prisión; y al señalar este plazo, la Constitución se refirió a la penalidad en su término medio: ya que la fracción I del artículo 20 constitucional alude a la pena en abstracto, que corresponde al delito, y no a la concreta que procediere imponer al delincente, atentas las circunstancias atenuantes y agravantes; y esa pena abstracta no puede ser otra que la que reside en el término medio; y como la Constitución General de la República es la ley Suprema y el artículo 476 del Código de Procedimientos, en materia penal, del Estado de Guanajuato, restringe la garantía de la libertad caucional, fijando un término mayor de cinco años, es anticonstitucional y no debe observarse.²⁰⁷

Por el contrario, si algún estado establece menos requisitos para el otorgamiento de esta libertad provisional bajo caución, podrá ser válida dicha resolución, situación que nosotros consideramos crítica en el sentido de que se debe de cumplir con lo mínimo indispensable que marca nuestra Constitución, ya sea por beneficio a la sociedad o por intereses particulares, leamos.

²⁰⁷ Este criterio lo podemos encontrar en el t., XLIII, del *Semanario Judicial de la Federación*, p., 2121, amparo en revisión 4782/33, Campos. J. Santos, 7 de marzo de 1935.

LIBERTAD CAUCIONAL.- Si bien es cierto que la Constitución no sólo tiene por objeto garantizar los derechos individuales, sino que persigue también fines netamente sociales, también lo es que la idea esencial que animó al legislador, al redactar el artículo 20 Constitucional, fue garantizar la libertad de las personas sujetas a proceso y que su propósito no fueron coartar las facultades de las legislaturas locales, para fijar las condiciones más liberales en el otorgamiento de la libertad caucional; de manera es que si en los estados se establecen condiciones más amplias para obtener la libertad bajo fianza, esas disposiciones no contravienen los propósitos del artículo 20 Constitucional.²⁰⁸

Es necesario diferenciar las medidas de aseguramiento con las medidas de seguridad, que son necesarias para que el órgano jurisdiccional pueda brindar la libertad provisional bajo caución.

Las medidas de aseguramiento se establecen cuando un gobernado ha sido detenido arbitrariamente por cualquier autoridad ministerial o policiaca, o bien, aún no ha sido detenido por ninguna autoridad -que en este supuesto no sería libertad caucional-, y a través de estas medidas de aseguramiento el juez federal podrá solicitarle al quejoso que comparezca cuantas veces sea necesario ante su juzgado.

Por otro lado, las medidas de seguridad, van a proceder dentro del incidente de suspensión, solicitando la libertad provisional bajo caución, cuando el quejoso o gobernado se encuentre detenido, con el fin de evitar los maltratos.

En esos términos se ha pronunciado nuestro tribunal de justicia, leamos

LIBERTAD PERSONAL, SUSPENSIÓN TRATÁNDOSE DE RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD CAUCIONAL Y MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO. La suspensión procede respecto de todo acto restrictivo de la libertad personal, cualesquiera que sea la naturaleza y gravedad del delito que se imputa al quejoso, y para el efecto de que éste quede a disposición del juez de distrito, en cuanto a su libertad, y a disposición del juez de causa, para la continuación del procedimiento criminal que se le instruye, pudiendo el juez de distrito dictar las medidas de aseguramiento que estime

²⁰⁸ Tesis visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, t., XX, quejoso Amando Resendiz, de fecha 19 de enero de 1927. p.169.

necesarias, según las circunstancias del caso, o conceder la libertad caucional si procediere, pero no deben confundirse las medidas de aseguramiento con las medidas de seguridad que toma también el juez de distrito, cuando concede una suspensión respecto de un acto restrictivo de la libertad personal, pues éstas no tienen por objeto como las otras, facilitar la devolución del acusado, a la autoridad responsable, sino impedir que ésta consume atentados, vejaciones o maltratos que afecten la dignidad o la integridad física de la persona del quejoso, para el caso de que no sea posible concederle la libertad caucional. Así, pues, es necesario establecer en forma sistemática; cuándo debe el juez de distrito conceder la libertad caucional dentro de la suspensión, y cuando debe dictar medidas de aseguramiento. Si la restricción de la libertad consiste en la detención del quejoso, efectuada por autoridades administrativas o por la policía judicial, por considerarlo responsable de algún delito, el párrafo segundo del artículo 136 de la Ley de Amparo ordena que la suspensión se concederá si procediere, sin perjuicio de que se haga la consignación que corresponda. En este caso, si ya tiene el carácter de acusado, la libertad caucional puede decretarla el juez de distrito, conforme a las leyes locales o federales aplicables al caso, dentro del espíritu que informa el artículo 20 constitucional, porque desde el momento en que fue detenido como presunto responsable de un delito, goza de las garantías que señala la fracción I de ese precepto, sin que pueda arguirse en contrario, que sólo el juez del proceso tiene la facultad de conceder la libertad caucional; en primer lugar, porque no solamente este juicio puede considerarse del orden criminal, sino también el de garantías, donde se discute y analiza constitucionalmente por el juez federal, la interpretación y aplicación de la ley penal, porque siendo el efecto de la suspensión que el acusado quede a disposición de este juez como acusado sigue gozando de esa garantía, y no sólo el juez del proceso, sino el de Distrito están obligados a mantenerlo en el ejercicio de ella, tal como lo dispone el párrafo penúltimo del citado artículo 136, en el cual textualmente dice: “En los casos de detención, por mandamiento de autoridad judicial del orden penal, o de auto de prisión preventiva, el quejoso podrá ser puesto en libertad bajo caución, conforme a las leyes federales o locales aplicables al caso”; y el párrafo siguiente dice: “La libertad bajo caución podrá ser revocada cuando aparezcan datos bastantes que hagan presumir, fundadamente, que el quejoso trata de burlar la acción de la justicia. En cambio, las medidas de aseguramiento claramente se diferencian de la libertad caucional, cuando el quejoso ha sido detenido arbitrariamente por autoridades administrativas, pues en este caso la suspensión opera en términos generales, es decir, queda que el quejoso a disposición del juez de distrito, quien lo pondrá desde luego en libertad provisional, mediante las medidas de

aseguramiento que estime necesarias, a efecto de que pueda devolverlo a la autoridad responsable, si no se le concede el amparo, pero no solamente en este caso pueden dictarse medidas de aseguramiento, sino también en aquéllos en que el quejoso pide la suspensión contra una orden de detención o contra el auto de formal prisión que todavía no se ha ejecutado. En otros términos, cuando todavía no ha sido privado el quejoso de su libertad y la suspensión la pide con el objeto de que no sea restringida la misma, el juez de distrito puede conceder la suspensión para que el quejoso quede a disposición, y en tal caso, dictará las medidas de aseguramiento que crea convenientes a fin de que el quejoso pueda ser devuelto a la autoridad responsable, si no obtiene el amparo de la Justicia Federal, pero esas medidas de aseguramiento no constituyen una libertad caucional, porque el agraviado todavía no ha sido privado de su libertad, sino que la suspensión lo mantiene libre y en condiciones de que fácilmente pueda ser aprehendido y entregado a la autoridad responsable, haciendo uso de esas medidas de aseguramiento, las cuales pueden consistir en la fijación de una garantía que no debe ajustarse a lo que dispone sobre la libertad caucional el artículo 20 de nuestra Constitución, sino que el juez a su arbitrio, y tomando en cuenta las circunstancias personales del agraviado y la mayor o menor gravedad del hecho delictuoso que se le imputa, la fijará discrecionalmente, o simplemente, esas medidas de aseguramiento pueden consistir en que le imponga al quejoso la obligación de comparecer las veces que estime necesario, bien sea al juzgado de distrito o ante el juez de proceso, respecto de éste, para la práctica de diligencias judiciales, o vigilarlo por medio de la policía, o cualquier otra medida de aseguramiento que se juzgue necesaria.²⁰⁹

Por último, si el procesado, que está gozando de la libertad provisional bajo caución, dejare de firmar en el libro de control de firmas, por una sola ocasión, no podrá revocársele ese beneficio que la Constitución le brinda, sino solamente cuando incumpla de “manera grave” con algún mandato judicial, y que esto traiga como consecuencia el entorpecimiento del proceso penal, observemos:

²⁰⁹ Tesis visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. XCIV, Hernández Galarza Albino, 25 de octubre de 1947, p.,678.

LIBERTAD PROVISIONAL, REVOCACIÓN DE LA. EN LOS CASOS DE GRAVE INCUMPLIMIENTO O DESACATO A UNA ORDEN DEL JUEZ, NO ES INDISPENSABLE OÍR PREVIAMENTE AL PROCESADO PARA DECRETAR LA REVOCACIÓN DE LA.- Una vez ejercitado, el derecho a la obtención de la libertad provisional, previsto en la fracción I del artículo 20 de la Ley Fundamental, se convierte en un beneficio cuya permanencia o vigencia está regulada por la ley adjetiva, dependiendo fundamentalmente de la conducta que observe el procesado, vinculada al proceso. Dados los fines de celeridad y continuidad (que se traducen en la satisfacción del ideal de pronta y eficaz impartición de justicia), que la sociedad, el Estado y el propio inculpado persiguen en el proceso, el legislador ordinario ha establecido, causas de revocación del beneficio, entre las cuales, figura el incumplimiento por parte del procesado a una orden legítima del juez que le ha sido legal y oportunamente notificada. Pero no cualquier incumplimiento puede originar la revocación de la libertad provisional, sino sólo aquellos casos que sean de tal manera graves que lleven al juez a la convicción de que el procesado intenta evadir la acción de la justicia, sustrayéndose a la autoridad del órgano jurisdiccional; u otros que, por su frecuencia y reiteración, afecten severamente la marcha normal del proceso, retardándolo. Como ejemplo del primero, puede citarse el caso del procesado que no acude al juzgado a firmar el libro de control de reos en libertad provisional durante un *lapso prolongado*, sin que el juez tenga noticias de su paradero; o el del fiador que es requerido para la presentación del procesado dentro del plazo que para ello se le concede e informa al juez que no obstante haber tratado de localizarlo en reiteradas ocasiones y de haberle dejado recados, no tuvo éxito. Para ilustrar el segundo, sirve el caso del procesado que acude a firmar el mencionado libro, pero que con frecuencia incumple otros mandatos legítimos del juez sin intentar justificar su proceder; por ejemplo, no acude a los careos legalmente decretados. Únicamente causas de esta naturaleza darían lugar a la revocación del beneficio sin audiencia previa del procesado, bastando para fundar y motivar el proveído respectivo que obrara constancia fehaciente en el expediente de los hechos que se estimaron graves y que dieron origen a tal determinación, satisfaciéndose con ello la garantía de legalidad establecida por el artículo 16 de la Constitución General de la República.²¹⁰

²¹⁰ Semanario Judicial de la Federación, jurisprudencia por contradicción de tesis, número 2/93, así lo resolvió por unanimidad de votos la primera sala penal, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por lo que respecta al artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el capítulo III, apartado número 2, se realizó un estudio sobre esta figura de libertad provisional bajo caución, lo que se tiene que observar de este artículo, es que también podemos solicitar dicha libertad en cualquier etapa del proceso:

“Artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales: Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o **el proceso** a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:”

Lo que se resalta del artículo anterior, es la palabra proceso, ya que en esta etapa del procedimiento sólo la conocerá el juez y no el Ministerio Público. Y que dichos requisitos como ya quedaron escritos y ya se explicaron en el capítulo III, apartado segundo, de esta investigación no se transcriben el este capítulo.

3. Libertad provisional sin caución, conforme al artículo 135 bis del C.F.P.P.

El artículo 135 bis del Código Federal de Procedimientos Penales señala:

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

- I.. No exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia;
- II.. Tenga domicilio fijo con antelación no menor de un año en el lugar de la residencia de la autoridad que conozca del caso;
- III. Tenga un trabajo lícito;
- IV. Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional.

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

Esta figura procedimental de libertad provisional es de reciente creación, derivada de la reforma procesal que fue publicada en *el Diario Oficial de la Federación*, el día 10 de enero de 1994, y que entró en vigor el primero de febrero de ese año. Como se observa de los requisitos mencionados en el cuerpo del artículo se trata de un beneficio que en la práctica tiene poca aplicación, quizá reservada su utilización para personas de escasos recursos económicos, pues para el detenido la vía más directa para alcanzar su libertad provisional es precisamente mediante la exhibición de una caución, situación que es desde luego expedita y que hace que el trámite engorroso de cumplir con los extremos mencionados en el artículo antes transcrito sean prácticamente letra muerta.

El legislador secundario insiste en el empleo de la antigua fórmula del término medios aritméticos de la pena de prisión, la cual ha sido abandonada por el constituyente, en este caso se trata de que dicho término no exceda de los tres años.

Por otro lado, la primera fracción implica desde luego una opinión subjetiva sobre lo que puede acontecer en el futuro, situación que desde luego no resulta afortunada para el procesado; y de acuerdo con la última fracción habrá de constar en el expediente la constancia de antecedentes personales del interesado para que el juzgador pueda resolver sobre la procedencia o no de éste beneficio, ya que la ley exige que el mismo no haya sido condenado por delito doloso.

4. Libertad provisional bajo protesta, conforme al artículo 418 del C.F.P.P.

Encontramos su fundamento en el artículo 418, mismo que a la letra dice:

La libertad bajo protesta podrá decretarse siempre que concurren las circunstancias siguientes :

I.- Que se trate de delitos cuya **pena máxima no excede de tres años** de prisión. Tratándose de **personas de escasos recursos**, el juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cuatro años;

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

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

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

V.- Que el inculpado **tenga profesión, oficio, ocupación o medio honesto de vivir**; y

VI.- Que a juicio de la autoridad que la condena no haya temor de que el inculpado se substraiga a la acción de la justicia.

La libertad bajo protesta se substanciará en la forma establecida para los incidentes no especificados.

Serán aplicables a la libertad bajo protesta, las disposiciones contenidas en el artículo 411.

El citado artículo 411 del Código Penal Adjetivo, establece cuales son las obligaciones que tiene el procesado que ha sido puesto en libertad provisional, leamos:

Artículo 411.- Al notificarse al inculcado el auto que le conceda la libertad caucional se le hará saber que contrae las siguientes obligaciones: presentarse ante el tribunal que conozca de su caso los días fijos que se estime conveniente señalarse y cuantas veces sea citado o requerido para ello; comunicar al mismo tribunal los cambios de domicilio que tuviere, y no ausentarse del lugar sin permiso del citado tribunal el que no se lo podrá conceder por tiempo mayor de un mes.

También se le hará saber las causas de revocación de la libertad caucional.

En la notificación se hará constar que se hicieron saber el acusado las anteriores obligaciones y las causas de revocación, pero la omisión de este requisito no librará de ellas ni de sus consecuencias al inculcado.

Como una nota de alto contenido romántico en nuestra legislación procesal penal federal, se encuentra la figura de la libertad provisional bajo protesta, signo inequívoco de que en alguna ocasión el hombre creyó en la palabra del hombre.

No resulta sorprendente el saber que en la actualidad ningún detenido alcance su libertad por conducto de la protesta, para alcanzar esta la ley contiene figuras viables al alcance de los detenidos. Es quizá uno de los pocos apartados en la ley penal que tiene tintes populistas, ya que tratándose de personas de escasos recursos es procedente el beneficio cuando la pena máxima de prisión no excede de cuatro años, siendo que la regla general establece que no ha de ser superior a los tres años de prisión.

Al igual que la figura contenida en el artículo 135 bis, del Código Federal Adjetivo, se deben acreditar una serie de requisitos para hacer factible su actualización, sólo que este beneficio queda reservado para ser otorgado por el Poder Judicial y siempre que se lleve a cabo el acto solemne de la protesta por parte del inculpado o procesado.

Una crítica severa se debe formular en contra de lo estatuido por el numeral 419 del ordenamiento adjetivo invocado, en razón de que se el procesado ha cumplido con la pena impuesta en la sentencia del primer grado, no debe ser sujeto de libertad provisional alguna sino liberado en forma absoluta aun cuando se encuentren pendientes de resolver los medios de impugnación consagrados por la ley.

Un ejemplo del caso que nos ocupa, puede ser el delito de prevaricato contenido en el artículo 232 del Código Penal Federal, que a la letra dice:

Además de las penas mencionadas, se podrá imponer de tres meses a tres años de prisión:

I.- Por patrocinar o ayudar a diversos contendientes o partes con intereses opuestos en un mismo negocio o en negocios conexos, o cuando se acepte el patrocinio de alguno y se admita después el de la parte contraria.

5. Libertad por falta de elementos para procesar conforme al artículo 167 del C.F.P.P.

El artículo 19 de nuestro máximo ordenamiento de justicia establece en un principio:

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 le impute al detenido y que hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal.

Por su parte el artículo 167 del C.F.P.P. dice:

Si dentro del término legal no se reúnen los requisitos necesarios para dictar el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, **se dictará auto de libertad por falta de elementos para procesar**, o de no sujeción a proceso, según corresponda, sin perjuicio de que por medios posteriores de prueba se actúe nuevamente en contra del inculpado; en estos casos no procederá el sobreseimiento hasta en tanto prescriba la acción penal del delito o delitos de que se trate.

También en estos casos, el Ministerio Público podrá promover prueba en el ejercicio de las atribuciones que le confiere el segundo párrafo del artículo 4o, hasta reunir los requisitos necesarios, con base en los cuales, en su caso, solicitará nuevamente al juez dicte orden de aprehensión, en los términos del artículo 195, o de comparecencia, según corresponda.

En el libro del doctor, Sergio García Ramírez y Victoria Adato de Ibarra, se aportan varias definiciones sobre el tema en particular, transcribiremos las que consideramos más importantes:

...el autor Del Castillo escribió: “La libertad de un detenido se obtiene por el auto que se le concede, por ‘falta de méritos’; la de los procesados, por la resolución que declara ‘el desvanecimiento de los datos que sirvieron para dictar la formal prisión’ como libertad ‘protestatoria’ o ‘caucional’, la de los acusados, por ‘sentencia absolutoria’; la de los reos por ‘conmutación de la pena’, ‘amnistía’ o ‘indulto’(practica de enjuiciamiento, p. 416). La expresión falta de mérito usada por toda nuestra legislación procesal, significa precisamente la ausencia de elementos de convicción suficientes para la procedencia del procesamiento con relación a las personas indicadas en la imputación o traídas al proceso durante las primeras investigaciones” (Clariá-Olmedo, *Tratado*, tomo IV, p.365). En nuestro Derecho, “cuando al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas no están comprobados el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad, el juez, en acatamiento del 19 constitucional y de los correspondientes de las leyes adjetivas, pronunciará auto de soltura, conocido con el nombre de auto de libertad por falta de méritos. Esta resolución impide el curso de la instrucción, y produce la libertad del presunto, quien queda sujeto a una averiguación penal que es el aspecto jurídico que toma lo actuado. Para poder proceder se necesitan nuevos datos de cargo, nueva orden de aprehensión y nueva reproducción de todo el procedimiento” (Franco Sodi, *El Procedimiento*, p.p. 205-206.). Cuando no se pueden comprobar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad, no existen, como pulcramente dice el Código Federal, ‘elementos para procesar’ y, por tanto, se debe decretar la libertad (artículo 302 del Código del Distrito y 167 del Código Federal). La resolución en estudio lo que determina es que hasta las setenta y dos horas, no hay elementos para procesar; mas no resuelve, en definitiva, sobre la inexistencia de algún delito o la responsabilidad de un sujeto. Por tanto, la

misma resolución no impide que datos posteriores permitan proceder nuevamente en contra del inculpado. En este el sentido que guarda la frase ya consagrada: 'con las reservas de ley'. (Rivera Silva, *El Procedimiento*, p.174) Dicho auto "es la resolución dictada por el juez al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas y por medio del cual se ordena que el procesado sea restituido en el goce de su libertad, en virtud de no estar integrado el cuerpo del delito ni la presunta responsabilidad, o que habiéndose dado lo primero, no exista lo segundo" (Colín Sánchez, *Derecho*, p. 291-292). Advierte González Bustamante que "aquí no se trata de una libertad absoluta, porque el inculpado queda sujeto a las contingencias que surjan en las posteriores investigaciones que se practiquen y que pueden motivar una nueva orden de aprehensión. El auto de soltura limita la libertad del inculpado, que no puede ser detenido nuevamente, sirviendo de base los mismos datos que tuvo en cuenta el juez para decretar su libertad por falta de méritos" (Principios, p. 194). "El auto de libertad por falta de méritos tiene lugar cuando durante la instrucción no se han recabado pruebas suficientes para comprobar la existencia del cuerpo del delito, o la presunta responsabilidad del acusado, y no impedirá que posteriormente, y con nuevos datos, se proceda en contra del indiciado. No tiene los efectos de una sentencia definitiva ni equivale a una absolución de la instancia, por lo cual no cae dentro de la prohibición contenido en el artículo 22 de la Constitución. Tampoco constituye un auto de sobreseimiento" (Pallares, *Prontuario*, p. 42).²¹¹

De acuerdo con el artículo constitucional transcrito con anterioridad, para que exista el proceso penal en estricto sentido se requiere de una resolución judicial que le otorgue razonabilidad al procesamiento; de ahí que en materia penal en nuestro país la litis es consecuencia de una declaración judicial, la cual deberá reunir dos requisitos de fondo, éstos son: los elementos

²¹¹. García Ramírez, Sergio y Victoria Adato de Ibarra, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, México, ed. Porrúa, 1991, pp., 247 y 248

típicos del injusto y la probable responsabilidad del inculpado. De tal manera que en cada caso concreto en el expediente se deben reunir elementos de prueba que satisfagan los extremos mencionados, pues en el caso de que los mismos no justifiquen tales elementos de fondo no habrá la base factica ni jurídica para dar inicio al proceso penal federal, obligando al juzgador a decretar en favor del indiciado el llamado auto de libertad por falta de elementos para procesar, con su correspondiente excarcelación cuando se haya consignado con detenido o bien, cuando se haya cumplimentado una orden de aprehensión o el presunto responsable se haya sometido voluntariamente a la jurisdicción del juzgador.

Esta resolución de libertad, habrá de dictarse dentro del plazo señalado en el artículo 19 constitucional, es decir, dentro de las setenta y dos horas en que el indiciado haya sido puesto a disposición del juez, o bien, dentro de las ciento cuarenta y cuatro horas, cuando el propio inculpado o su defensor con aprobación de aquel hayan solicitado oportunamente la duplicación del plazo de preinstrucción.

Los efectos del auto de libertad por falta de elementos para procesar son distintos. En algunos casos habrá de tener efectos definitivos y en algunos otros causará efectos provisionales. Así, cuando el juzgador resuelva la libertad por inexistencia del evento presumiblemente delictivo, **o cuando éste, existiendo, no constituya delito alguno**, o bien se determine la completa ausencia de participación del inculpado en la comisión del hecho atribuido, el auto de libertad habrá de tener efectos definitivos, lo cual implica el sobreseimiento total de la causa, operando en favor del liberado el principio de *non bis in idem*.

Por el contrario, cuando el resolutor determine que en el caso concreto existe ausencia de pruebas que justifiquen el hecho o la probable participación del indiciado y que, por lo tanto, la investigación no esté debidamente concluida, el auto de libertad tendrá efectos provisionales, de tal manera que el órgano investigador podrá recabar y aportar pruebas con posterioridad, tendientes a subsanar las deficiencias de la investigación y, en su caso, solicitar al órgano jurisdiccional la orden de aprehensión correspondiente.

En este sentido, considero que para no trastocar la garantía de defensa, las diligencias que se practiquen con posterioridad al decretamiento del auto de libertad por falta de elementos para procesar deberán hacerse en presencia del inculcado y su defensor; es decir, habrá de evitarse que dichas actuaciones se lleven a cabo en secreto, como en la mayoría de los casos que se presentan en la actualidad.

Otro aspecto de los efectos que causa el auto de libertad por falta de elementos para procesar es que pone fin a todas las medidas cautelares ya sean de índole personal o patrimonial; esto es, cesa la prisión preventiva y la libertad provisoria (cualquier tipo de libertad), en caso de que se hubiese concedido, así mismo se liberará todo aseguramiento de bienes muebles o inmuebles.

A partir de la fecha del auto de libertad por falta de elementos para procesar, comenzará a computarse el plazo para la prescripción de la acción penal en caso de que no se hubiese decretado el sobreseimiento de la causa.

En ese sentido el Poder Judicial Federal ha emitido criterio en los siguientes términos:

RECONOCIMIENTO DE INOCENCIA. CASO EN QUE ES INFUNDADA LA SOLICITUD DE.- Los elementos que obran en la averiguación previa, no fueron suficientes a juicio del juzgador para dictar auto de formal prisión, por lo que en su lugar se decretó libertad con las reservas de ley, ello no impide al titular de la acción persecutoria, aportando nuevos elementos probatorios, ejercitar nuevamente acción penal, situación que se encuentra prevista en el artículo 167 del Código Federal de Procedimientos Penales en relación con el artículo 23 constitucional, en la parte que establece que queda prohibida la práctica de absolver de la instancia, pues claramente autoriza al Ministerio Público para que si aparecen nuevos elementos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado en su comisión, nuevamente ejercite la acción de que es titular en términos del artículo 21 Constitucional. En tales circunstancias, es evidente que el sentenciado no es juzgado dos veces por los mismos hechos, cuando el Ministerio Público, conforme a las facultades que le han sido conferidas, únicamente aporta nuevos elementos en la averiguación previa que da origen al proceso que culmina con sentencia condenatoria, aun cuando en ocasión anterior hubiera consignado los hechos si los datos y

probanzas aportadas no fueron suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, razón por la cual se dictó una auto de libertad por falta de elementos para procesar "con las reservas de ley", expresión esta última cuyo alcance se refiere a lo expuesto anteriormente, esto es, a que el titular de la acción penal pueda ejercerla nuevamente, si aporta nuevos datos y probanzas.²¹²

²¹² *Semanario Judicial de la Federación*, tesis visible en el vol. VIII, de la 8a. época, primera sala, tesis 7/89, Guillermo Alfaro Esquivel, 11 de febrero de 1991, p. 61.

6. Libertad Constitucional por falta de entrega de la copia certificada del auto de formal prisión, conforme al artículo 19 última parte, de nuestra Constitución Mexicana

El artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prohíbe la detención de los procesados por más tiempo del permitido por la ley; en otras palabras, si los custodios que se encuentran en el interior del reclusorio retienen a una persona que ha sido privada de su libertad y después de que ha transcurrido el tiempo legal para resolver su situación jurídica ha transcurrido más del término de las 72 o 144 horas, según sea el caso, y no han recibido copia de la resolución del juzgado, le llamarán la atención al juez y si dentro de las tres horas siguientes el juez no les notifica sobre tal situación jurídica, el director del reclusorio o el secretario general tendrán que ordenar inmediata libertad.

Así lo establece dicho número 19 constitucional, leámoslo:

Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión... 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.**

Si después de haber transcurrido el término de las 72 horas, el juez le dicta auto de libertad por falta de elementos o méritos para procesar, a éste último se le podrá fincar algún tipo de responsabilidad penal, así lo ha resuelto nuestro máximo tribunal de justicia, veamos:

AUTO DE LIBERTAD DICTADO CON POSTERIORIDAD AL TÉRMINO CONSTITUCIONAL, IMPLICACIONES DEL.- Si en autos consta que el inculpado en varios delitos, se le dicta auto de libertad por falta de méritos un día después de haber transcurrido el término constitucional de 72 horas en que debe resolverse sobre la situación jurídica de todo detenido, tal regularidad puede constituir una responsabilidad para el juez, pero no acredita que el propio funcionario haya amenazado al reo con decretarle la formal prisión si no llegaba a un arreglo con sus acusadores.²¹³

Así también, con fundamento en el artículo 164 del Código Federal de Procedimientos Penales, se establece que si el funcionario encargado de la prisión preventiva no recibe copia autorizada en los términos antes mencionados, deberá poner en inmediata libertad al inculpado; leamos el artículo citado:

Artículo 164.- El auto de formal prisión se notificará a la autoridad responsable del establecimiento donde se encuentre detenido el inculpado. Si este funcionario no recibe copia autorizada de la mencionada resolución dentro de los plazos que señala el artículo 161, en su caso, a partir del acto en que se puso al inculpado a disposición de su juez, dará a conocer por escrito esta situación al citado juez y al Ministerio Público en el momento mismo de concluir el plazo, y si no obstante esto no recibe la copia autorizada del auto formal prisión dentro de las tres horas siguientes, **pondrá en libertad al inculpado**. De todo ello se dejará constancia en el expediente del proceso.

²¹³ Tesis visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, vol.28, de la 7a. época, primera sala, amparo directo 5879/70, Eduardo Kuri Chalub, p.18.

7. Libertad por extinción de la acción penal, conforme al artículo 100 y demás relativos del C.P.

El artículo 100 del citado código punitivo, regula la figura de la prescripción, en los siguientes términos:

Artículo 100.- Por la prescripción se extinguen la acción penal y las sanciones, conforme a los siguientes artículos.

El *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia, define a la prescripción diciendo que es: “acción y efecto de prescribir”.²¹⁴ Remitiéndonos a la palabra prescribir, significando esta última para el citado diccionario: “extinguirse un derecho, una acción o una responsabilidad. Adquirir un derecho real o extinguirse a un derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley”.²¹⁵

Tomando en consideración que la figura de la prescripción, es un derecho de los gobernados, es importante el conocer este tipo de hipótesis legislativa.

Para que opere la prescripción que es un derecho del acusado procesado o sentenciado, basta que simplemente transcurra el tiempo señalado por la ley. Dicho derecho existe aun cuando no lo alegue el procesado, y el juez tiene la obligación de analizar si está prescrita la acusación en su contra o no, así lo establece el artículo 101 del Código Penal Federal.

En términos generales, en tratándose de los delitos que son perseguibles a petición de parte o también conocidos por querrela, dicho derecho de acción para formular la acusación prescribe en un año, a partir de que la parte ofendida tiene conocimiento, del delito o del delincuente. En caso de que no tenga dicho conocimiento la acción prescribirá en tres años. Artículo 107 del citado ordenamiento.

²¹⁴ *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima primera edición, Madrid, 1992, p. 1177.

²¹⁵ *Ibidem*.

En caso de encontrarse el acusado dentro de la etapa de averiguación previa, el procesado durante la etapa del procedimiento o bien el sentenciado a punto de ejecutarse su sentencia, la prescripción se duplicará respecto a éstos, si se encuentran fuera del territorio nacional, así lo reza el artículo 101, penúltimo párrafo.

Por otro lado, en tratándose de los delitos considerados de oñicio o graves, la acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad señalada por la autoridad judicial, si ya se dictó sentencia, o si no se ha dictado sentencia y se está dentro de la etapa del procedimiento, la acción penal prescribirá en el término medio aritmético señalado por la ley, el cual nunca podrá ser menor de tres años, así lo señala el artículo 105 del Código Penal.

El hecho de encontrar prescrita la acción penal traerá como consecuencia la extinción de la responsabilidad penal y, por lo mismo, la libertad del acusado, procesado o sentenciado.

8. Libertad por decretarse el auto de formal prisión por un delito diverso al de la consignación (reclasificación del tipo) y éste último se trata de un delito que tiene pena alternativa o no restrictiva de la libertad conforme al artículo 163 del C.F.P.P.

La presente figura jurídica regula que si el Ministerio Público Federal, ha realizado una consignación por algún delito del cual no se puede obtener la libertad provisional bajo caución, y al momento de que el juez federal está elaborando el auto de término constitucional se percata de que la representación social federal, a través de la consignación, aportó elementos diferentes a los hechos que verdaderamente sucedieron, y bajo esa tesitura el juez reclasifica el tipo penal, y el nuevo tipo penal es de los delitos que por su naturaleza alcanzan la libertad, dicho juez tendrá que dictar su inmediata libertad, previa satisfacción de los requisitos procesales.

Leámos el artículo 163, antes citado;

Los autos a que se refieren los dos artículos anteriores se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación, y considerando la descripción típica legal y la presunta responsabilidad correspondientes, **aun cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores.** Dichos autos serán inmediatamente notificados en forma personal, a las partes.

9. Libertad por exclusión del delito, también llamado vigencia o aplicación de una ley más favorable, de conformidad con el artículo 117 del C.P.

Si a un sujeto al que se le está investigando durante la averiguación previa, se encuentra en proceso o bien ha sido ya sentenciado por algún delito del cual se ha derogado o abrogado -reformado- pueden ocurrir dos hipótesis.

Primera. Si aún no ha sido sentenciado, por el delito que se ha derogado o bien ya lo está por ese tipo penal derogado, procederá de inmediato su libertad del procesado.

Segunda. Si el acusado ha sido sentenciado por algún delito y se ha modificado la punibilidad de tal delito, disminuyéndola, se le aplicará, en cumplimiento de la sentencia, la que más le convenga.

La presente figura la encontramos en el capítulo III, octava parte de la presente investigación.

CAPÍTULO V.

TIPOS DE LIBERTADES DENTRO DE LA ETAPA DEL PROCESO PENAL.

1. Libertad provisional bajo caución, conforme al artículo 20, fracción primera, de la Constitución Política Mexicana.

Existen criterios formados por la Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la Sexta Época, en el sentido de que toda vez que este tipo de garantía es Constitucional, no puede quedar al libre albedrío o simple capricho del juez concederla o no, sino, por el contrario es una obligación para ellos el otorgarla, leamos:

CONDENA CONDICIONAL Y LIBERTAD PROVISIONAL, DIFERENCIAS.- Los institutos de la libertad provisional y de la condena condicional, ni siquiera pueden considerarse instituciones paralelas, pues difieren tanto de su fuente como por la finalidad que persiguen; mientras que la libertad provisional tiene rango constitucional y procura el relativo aseguramiento del favorecido para evitar su detención material mientras se decide en definitiva si es o no responsable del hecho que se le imputa, el beneficio de condena condicional se origina en la ley penal, que resulta secundaria en relación con la Constitución, mientras que la libertad provisional es una garantía y, por ende, no queda al arbitrio del juez su concesión, la condena condicional es un beneficio que el juez puede o no conceder atentas ciertas condiciones, las que incluso llenadas formalmente pueden o no inclinarla, a la concesión de referencia (peligrosidad manifiesta, entre otras), mientras que la garantía que se otorga en la libertad provisional lo es para el relativo aseguramiento del acusado a fin de que comparezca el juicio, la que se fija en la condena condicional busca asegurar su presentación periódica ante la autoridad y el logro de las demás finalidades previstas en la ley penal. Se trata en consecuencia, de instituciones diferentes, al grado de que la fianza en la libertad provisional garantiza la comparecencia al juicio, en cambio en la condena condicional está garantizando la sujeción del beneficiado a la autoridad por un término de tres años, y en relación con una sanción ya impuesta; de ahí que no tenga porque afirmarse que las fianzas a otorgar para una y otra situación deben de corresponderse.²¹⁶

²¹⁶ Tesis visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, 7ma. época, vol.14, unanimidad de cinco votos, p.13.

Es bueno recordar que este tipo de libertad provisional bajo caución opera en cualquier etapa del procedimiento (incluyendo desde la averiguación previa hasta la sentencia definitiva). Este tipo de libertad provisional la hemos estudiado en el capítulo tercero, apartado segundo de esta investigación.

2. Libertad cuando se excede la prolongación de prisión más allá de la punibilidad señalada en el tipo penal, conforme al artículo 20, fracción décima, párrafo segundo.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20, fracción X, párrafo segundo, establece:

Artículo 20, fracción X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso'

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.

En la primer hipótesis, la retención no podrá extenderse por más del tiempo del que como máximo señale la punibilidad del delito por el cual se está siguiendo el proceso.

Es decir, si un delito tiene señalada como máxima punibilidad la de cinco años, el proceso no podrá durar más de ese tiempo, por obvias consecuencias jurídicas.

3. Libertad provisional sin caución, prevista en los artículos 135 bis del C.F.P.P.

Este tipo de libertad ya lo analizamos dentro del capítulo III, apartados cuatro y cinco. Lo importante es que durante la tramitación del proceso ante el juez correspondiente una en cualquier etapa del proceso se puede solicitar este tipo de libertad.

4. Libertad provisional bajo protesta, conforme al artículo 418 del C.F.P.P.

Esta garantía procesal se puede aplicar en cualquier etapa del procedimiento hasta en tanto no se dicte sentencia definida. Este tipo de libertad la hemos analizado en el capítulo IV, apartado seis, de la presente investigación.

5. Libertad por suspensión o modificación del tipo penal, conforme al artículo 56 y 117 del C.F.P.P.

Si durante la etapa del procedimiento penal se suspende un tipo penal, del cual se le acusa al procesado, automáticamente por ese sólo hecho alcanzará la libertad. Esta figura la hemos estudiado dentro del capítulo III, apartado 8, de la presente obra.

6. Libertad procesal conforme al principio *Non bis in idem* (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito), conforme al artículo 118 del C.P.F.

El supuesto jurídico de este artículo, opera cuando la autoridad que está conociendo del proceso penal, o bien dicha autoridad ya ha dictado sentencia y se entera que, por los mismos hechos y por los mismos sujetos, ya se dictó una sentencia anteriormente, es decir, que ya fueron juzgados, dicha autoridad los pondrá en inmediata libertad .

En esos términos reza el artículo 118 del Código Penal, leamos:

Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Cuando se hubiese dictado sentencia en un proceso y aparezca que existe otro en relación con la misma persona y por los mismos hechos considerados en aquél, concluirá el segundo proceso mediante resolución que dictará de oficio la autoridad que esté conociendo. Si existen dos sentencias sobre los mismos hechos, se extinguirán los efectos de la dictada en segundo término.

7. Libertad por falta de acusación dentro de la etapa de conclusiones, conforme al artículo 291, fracción III, del C.F.P.P.

Dentro del proceso penal, una de las etapas procesales es la de conclusiones; el Ministerio Público presenta sus conclusiones, por lo general acusatorias (art. 296 C.F.P.P.), y por otro lado la defensa presenta sus conclusiones no acusatorias.

Es necesaria la transcripción de todo el artículo, ya que el mismo se refiere a la institución del Ministerio Público, y si sólo transcribimos la fracción III se podría interpretar de diferente manera.

Art. 291. Cerrada la Instrucción, se mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público, por diez días, para que formule conclusiones por escrito. Si el expediente excediese de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción, se aumentará un día al plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles.

Transcurrido el plazo a que se refiere el párrafo anterior sin que el Ministerio Público haya presentado conclusiones, el juez deberá informar mediante notificación personal al Procurador General de la República acerca de esta omisión, para que dicha autoridad formule u ordene la formulación de las conclusiones pertinentes, en un plazo de diez días, contados desde la fecha en que se le haya notificado la omisión, sin perjuicio de que se le apliquen las sanciones que correspondan; pero, si el expediente excediere de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará un día en el plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles.

Si transcurren los plazos a que alude el párrafo anterior, sin que se formulen las conclusiones, el juez tendrá por formuladas conclusiones de no acusación y el procesado será puesto de **inmediata libertad** y se sobreseerá el proceso.

De lo anterior se deduce que la falta de presentación de las conclusiones por la representación social traerá como consecuencia la libertad del procesado, con independencia del delito por el que se le esté procesando.

Dentro de este apartado conviene también recordar el contenido del artículo 296 del mismo ordenamiento (etapa de conclusiones) en su parte final, y que a la letra dice:

“Si las conclusiones acusatorias definitivas se refieren a delito cuya punibilidad no señale pena de prisión o la señale alternativa con otra no privativa de libertad, el juez pondrá en inmediata libertad al acusado, advirtiéndole que queda sujeto al proceso para su continuación hasta sentencia ejecutoria.”

De esta fracción se desprenden varias hipótesis:

Primero. Si el Ministerio Público indica en sus conclusiones un tipo penal cuya penalidad no señala pena de prisión, el juez tendrá que dejar libre al procesado al dictar sentencia.

Segundo. Si en las conclusiones del Ministerio Público, éste señala que el delito por el cual se le acusa tiene como sanción pena alternativa, también el juez podrá que dejarlo en libertad si así lo considera conveniente, pudiendo imponerle otro tipo de responsabilidad como el pago de una multa.

8. Libertad por sobreseimiento, conforme al artículo 298 fracción primera, en relación con el artículo 138 del C.F.P.P.

La consecuencia jurídica que trae consigo el sobreseimiento en materia penal es que el juez deje en libertad al procesado o procesados que están en su jurisdicción.

El artículo 298 del Código Federal de Procedimientos Penales establece:

El sobreseimiento procederá en los casos siguientes:

I.- Cuando el Procurador General de la República confirme o formule las conclusiones no acusatorias;

II.- Cuando el Ministerio Público lo solicite, en el caso que se refiere el artículo 138;

III.- Cuando aparezca que la **responsabilidad penal esta extinguida;**

IV.- Cuando no se hubiere dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso y aparezca que el **hecho que motivó la averiguación no es delictuoso o, cuando estando agotada ésta, se compruebe que no existió el hecho delictuoso que la motivó;**

V.- Cuando habiéndose **decretado la libertad por desvanecimiento de datos,** esté agotada la averiguación y no existan elementos posteriores para dictar una nueva orden de aprehensión, o se esté en el caso previsto por la parte final del artículo 426; y

VI.- Cuando esté plenamente comprobado que en favor del inculcado existe alguna **causa eximente de responsabilidad.**

VII.- Cuando existan **pruebas que acrediten fehacientemente la inocencia del acusado.**

VIII.- En cualquier otro caso que la ley lo señale;

En los casos de sobreseimiento siempre será el juez el que decida si procede o no.

En ningún caso procederá el sobreseimiento en segunda instancia.

En segunda instancia el sobreseimiento procederá, de oficio o a petición de parte, sólo en el caso de la fracción III de este artículo, o cuando alguna de las partes lo promueva exhibiendo pruebas supervenientes que acrediten la inocencia del encausado.

En resumen, el sobreseimiento traerá como consecuencia que el procesado sea puesto en inmediata libertad, esto con fundamento en el artículo 303 del Código Federal de Procedimientos Penales, y que a la letra dice:

“El inculpaado a cuyo favor se haya decretado el sobreseimiento será puesto **en absoluta libertad** respecto al delito por el que se decretó.”

En este apartado podemos incluir el estudio al artículo 138 también del Ordenamiento Penal Federal Adjetivo, ya que el Ministerio Público podrá solicitar el sobreseimiento y la libertad del detenido, leámoslo:

Artículo 138. El Ministerio Público promoverá el sobreseimiento y la libertad absoluta del inculpaado, cuando durante el proceso aparezca que la conducta o los hechos no son constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal; que el inculpaado no tuvo participación en el delito que se persigue; que la pretensión punitiva está legalmente extinguida, o que existe en favor del inculpaado una causa de excluyente de responsabilidad.

También se sobreseerán los procedimientos concernientes a los delitos culposos que sólo produzcan daño en propiedad ajena y/o lesiones de los comprendidos en los artículos 289 y 290 del Código Penal, si se cubre la reparación del daño causado a la víctima u ofendido y el inculpaado no haya abandonado a aquéllas ni haya actuado hallándose en estado de ebriedad o bajo el efecto de estupefacientes o psicotrópicos. Lo anterior no se concederá cuando ser trate de culpa que se clasifique de grave conforme a la parte conducente del artículo 60 del Código Penal.

Los artículos 289 y 290, citados en el párrafo anterior, corresponden al delito de lesiones que no ponen en peligro la vida y que tardan en sanar menos o más de 15 días, y el segundo tipo penal se refiere al tipo de lesiones que dejen cicatriz en la cara, perpetuamente notable, respectivamente.

9. Libertad por acusación distinta al delito realizado, teniendo éste último pena alternativa o no restrictiva de la libertad

Este tipo de libertad lo hemos estudiado en el capítulo IV, apartado nueve. Se ha colocado dentro de este capítulo porque si durante la secuela del procedimiento se llega a demostrar que se trata de otra figura delictiva a la que la representación social ejerció la acción penal, tanto la defensa como la representación social podrán pedir al juez que ponga en libertad al procesado.

10. Libertad por sentencia absolutoria

Si la sentencia es definitiva al momento de dictarla el juez, éste tomara en consideración cualquiera de las formas legales a que haya lugar para la procedencia o no de la libertad del procesado.

En esta hipótesis manejamos el supuesto de que la sentencia misma es el último mandato del órgano jurisdiccional, en el cual se va ordenar la puesta en libertad del gobernado en caso de procedencia. Como una consecuencia al derecho que tiene todo gobernado en los diferentes tipos de libertades que existen dentro de la legislación penal mexicana.

El fundamento de esta hipótesis lo encontramos en el artículo 95, párrafo VI, del código penal adjetivo, leamos:

“Las sentencias contendrán: fracción VI, La condenación o absolución que proceda, y los demás puntos resolutivos correspondientes.”

11. Libertad por extinción de la acción penal, (amnistía).

Una de las formas de que el gobernado pueda gozar de su libertad, es por medio de la amnistía.

La amnistía es un ordenamiento jurídico que trae consigo la extinción de la acción penal y como consecuencia de esta, procederá la libertad del gobernado que esta detenido.

Leamos el artículo 92 del Código Penal:

“La amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño, en los términos de la ley que se dictare concediéndola; y si no se expresaren, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos, con relación a todos los responsables del delito.”

Amnistía significa, según se desprende de la obra de Fernando Castellanos Tena, “olvido del delito; mediante ella se dan los hechos por no realizados; por lo mismo no se conserva el registro de los antecedentes de quien se beneficia con dicha institución”.²¹⁷

²¹⁷ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales del derecho penal*, México, ed. Porrúa, 1988, p. 338.

12. Libertad por desvanecimientos de datos

Dentro de la etapa del proceso, la defensa, el procesado o el Ministerio Público pueden solicitar, por vía de incidente, la libertad por desvanecimiento de datos.

Incidente significa para el *Diccionario de la Lengua Española*, “cuestión distinta del principal asunto del juicio, pero con él relacionada, que se ventila y decide por separado, suspendiendo a veces el curso de aquél, y denominándose entonces de previo y especial pronunciamiento”.²¹⁸

En materia penal, este incidente de libertad por desvanecimientos de datos no suspende la tramitación del juicio, sino, por el contrario, puede llegar a darlo hasta por terminado, como más adelante lo estudiaremos.

La libertad por desvanecimiento de datos consiste, según Guillermo Colín Sánchez, en: “una resolución judicial, a través de la cual el juez instructor ordena la libertad, cuando basado en prueba indubitable, considera que se han desvirtuado los elementos fundamentales en que se sustentó el auto de formal prisión (cuerpo del delito y la presunta responsabilidad)”.²¹⁹

Una vez dictado el auto de formal prisión, con todos los elementos de cargo que aportó el Ministerio Público Federal y, que formaron la decisión del juez para ordenar que el procesado quedara privado de su libertad temporalmente, también llamada a esta figura prisión preventiva, si a lo largo del procedimiento el juez observa de que esos elementos son desvirtuados por cualquier prueba que presente la defensa, a petición de esta parte el juez por vía incidental debe otorgar la libertad por desvanecimiento de datos.

El artículo 422 del Código Federal de Procedimientos Penales establece cuándo se puede solicitar este tipo de libertad, leamos:

²¹⁸ *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, p. 813.

²¹⁹ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*. 10a. ed. México, Editorial Porrúa, 1986, p.591.

La libertad por desvanecimiento de datos procede en los siguientes casos:

I.- Cuando en cualquier estado de la instrucción y después de dictado el auto de formal prisión aparezcan plenamente desvanecidos los datos que sirvieron para comprobar los elementos del tipo del delito;

II.- Cuando en cualquier estado de la instrucción y sin que hubieren aparecido datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido plenamente los considerandos en el auto de formal prisión para tener al detenido como presunto responsable.

Si el juez concede la libertad por desvanecimiento de datos conforme a estos dos supuestos, el auto que la conceda hará las veces de sentencia que sobresee el proceso. Aunque el Ministerio Público podrá interponer apelación por esa resolución, artículo 367, párrafo V, del Código Penal Adjetivo. Y, por el contrario si el juez negare la libertad por esta vía la defensa podrá apelar dicha resolución.

Es necesario agotar este recurso (apelación), ya que si es contraria a los intereses del procesado, éste tiene la oportunidad de solicitar amparo indirecto ante el juez de distrito que estuviese en turno.

Así lo ha resuelto nuestro tribunal de justicia:

“La resolución que se pronuncia en el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, no es de las que conforme a la ley o a la jurisprudencia pueden reclamarse en amparo sin haber agotado previamente el recurso ordinario. Por lo tanto, si no se agotó el recurso debe revocarse la sentencia que negó el amparo y sobreseerse éste.”²²⁰

Este tipo de incidente de libertad también lo puede solicitar la representación social federal, con fundamento en el artículo 424 del citado Código Federal de Procedimientos Penales.

²²⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, tesis visible bajo el número 15/88, amparo en revisión principal, Natalia de la Peña Galiana, Unanimidad de votos.

Existe obligación para el juez federal el conceder la libertad solicitada por cualquiera de las partes, defensa o Ministerio Público (como lo acabamos de leer en el párrafo anterior), en los siguientes supuestos, conforme al artículo 138 del C.F.P.P.

1. Cuando la conducta del procesado no es delito en ley,
2. Cuando el inculpado no tuvo participación del delito.
3. Cuando la pretensión punitiva (acción penal) esta extinguida.
4. Cuando exista a favor del inculpado una excluyente de responsabilidad.

El fundamento de dicha obligación, la encontramos en el numeral 424 del multicitado código procedimental, y que a la letra dice:

“La solicitud del Ministerio Público para que se conceda la libertad por desvanecimientos de datos no implica el desistimiento de la acción penal. En consecuencia, el tribunal puede negar dicha libertad a pesar de la petición favorable del Ministerio Público, salvo que se esté en el caso previsto por el artículo 138”.

Consideramos que si en los supuestos del artículo antes citado, el juez ordena la libertad del procesado por desvanecimientos de datos, dicha resolución hará las veces a nuestro parecer, de caso juzgado.

Sin embargo, el artículo 426 del citado C.F.P.P. permite ejercitar nuevamente la acción penal en contra del sujeto que ya fue puesto en libertad por este incidente de desvanecimientos de datos, leámoslo:

Artículo 426.- La resolución que conceda la libertad tendrá los mismos efectos que el auto de libertad por falta de elementos para procesar, **quedando expeditos el derecho** del Ministerio Público para pedir nuevamente la aprehensión del inculpado y la facultad del tribunal para dictar nuevo auto de formal prisión, si aparecieren posteriormente datos que les sirvan de fundamento y siempre que no se varíen los hechos delictivos motivo del procedimiento. Cuando la libertad se resuelva con apoyo en la fracción I del artículo 422, tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso.

Opinamos que éste artículo 426, en su primera parte es inconstitucional, porque permite al Ministerio Público ejercitar nuevamente la acción penal por un delito del cual ya se dictó u orden de aprehensión y/o auto de formal prisión, y posterior a éstos se han desvanecido los datos que sirvieron de base ha aquellas resoluciones.

Ahora bien, si se analiza con detenimiento la última parte del artículo que estamos comentando, cuando dice: “la libertad se resuelva con apoyo en la fracción I del artículo 422, tendrá los efectos definitivos y se sobreseerá el proceso”.

Consideramos que esta figura es carente de toda lógica jurídica, al tratar únicamente la fracción I, dejando afuera los supuestos jurídicos de la fracción II, del citado ordenamiento jurídico.

Y en ese sentido es muy claro es el comentario que realiza Colín Sánchez al decir que:

estos constantes requiebros de nuestra ley y de la jurisprudencia, no dejan de causar innumerables molestias, y , sobre todo, incertidumbre para aquel a quien se ha hecho objeto de todos estos actos y formas. Primero se dice que sí hay elementos para continuar el proceso; después, “que siempre no”, y, en consecuencia, habrá que decretar la libertad; pero, si posteriormente volvieren a existir nuevas bases, habrá que iniciar los trámites, y así sucesivamente.

Tal parece que si el Ministerio Público se equivoca, habrá necesidad de permitirle que se reivindique; y si vuelve a incurrir en error, tampoco importa. A final de cuentas, no es la institución la que está “bajo la espada de Damocles”, sino aquel a quien se estima probable autor del delito.²²¹

Manuel Rivera Silva, opina, en relación al incidente de libertad por desvanecimiento de datos que:

este incidente se promueve para obtener la libertad procesal, en cualquier estado del proceso y siempre y cuando se estimen desvanecidos los datos que dieron base al auto de formal prisión: los que comprobaron el cuerpo del delito y la posible responsabilidad del inculpado...El incidente también puede promoverse contra el auto de sujeción a proceso. El Código del Distrito no se refiere en especial a él, porque para este Cuerpo de leyes, el auto de sujeción a proceso es auto de formal prisión, según se desprende de lo asentado en el artículo 301. El Código Federal, que claramente separa el auto de formal prisión del auto de sujeción a proceso (art. 165), establece, en el artículo 425, que el incidente por desvanecimiento de datos puede promoverse contra el auto de sujeción a proceso.²²²

Continúa Rivera Silva, diciendo:

la substanciación del incidente, es sumamente sencilla: hecha la petición del interesado (el incidente únicamente se abre a petición de parte) ante el juez instructor, éste cita a una audiencia que deberá realizarse dentro del término de cinco días. En la audiencia se oye a las partes y dentro de las setenta y dos horas siguientes se dicta resolución. Tratándose de tribunales colegiados, como las Cortes Penales, ellos son las que resuelven el incidente y celebran la audiencia citada. En los tribunales unitarios, todo el incidente se desarrolla ante el juez instructor (arts. 548 del Código del distrito y 423 del Código Federal).²²³

²²¹ Colín Sánchez. op.cit., nota 220, p.595

²²² Rivera Silva, Manuel, *El procedimiento penal*, 3a.ed., México, editorial Porrúa, 1963, pp. 314 y 315.

²²³ Idem, p.315.

Afirma también el autor en comentario que:

para que prospere el incidente, es menester que las pruebas que destruyeron los datos que dieron base al auto de formal prisión o al de sujeción a proceso, constituyan prueba plena e indubitable, según afirma el artículo 547 del Código del Distrito. La prueba en cuanto plena e indubitable, provoca cierta confusión, pues la plenitud casi siempre alude a un sistema tasado del valor probatorio y la indubitabilidad tiene que ser, forzosamente, producto de la libre apreciación. En esta forma, el artículo citado técnicamente contiene el error de unir dos sistemas opuestos, que puede conducir a la barbaridad de dar cabida a situaciones en que la verdad legal (prueba plena) pierde su fuerza por no ser indubitable. En otras palabras, con el sistema establecido en el Código del Distrito se puede desembocar a situaciones en las que la afirmativa y la negativa van ayuntadas, por sí tener valor una prueba, en cuanto plena, y no tenerla, en cuanto que no es indubitable. La falta de técnica a que nos hemos referido se justifica por la finalidad perseguida: que el incidente prospere en los casos en que no se abriga duda de ninguna especie sobre el desvanecimiento de datos.²²⁴

Para que prospere el incidente por desvanecimiento de datos es menester primero analizar las pruebas que aportó el Ministerio Público, en relación con su autenticidad y veracidad, y en consecuencia el valor probatorio que el órgano jurisdiccional les puede dar a cada una de las pruebas así aportadas por la representación social federal y segundo aportar otras o nuevas pruebas que desvirtúen la credibilidad de las aportadas por el Ministerio Público Federal.

Carlos Franco Sodi, hace una observación que vale la pena reflexionar en relación a este tipo de libertad, y es la siguiente:

²²⁴ Ibidem.

Esta libertad tiene una fundamentación jurídica completamente diversa a la de las provisionales antes comentadas. En efecto, descansa en que las bases del proceso, cuerpo del delito y presunta responsabilidad, ya el uno o ya la otra, se han desvanecido en virtud de que la prueba rendida con posterioridad a la formal prisión, ha convertido en insubsistentes los datos que en el auto relativo sirvieron para comprobarlos. En otros términos, cuando durante la instrucción la prueba rendida después del auto de formal prisión desvanece los datos que sirvieron al juez, al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, para estimar acreditados ya el cuerpo del delito, ya la presunta responsabilidad, entonces procede la libertad por desvanecimientos de datos.²²⁵

Queremos resaltar de la acotación de Franco Sodi el sentido de que el incidente de libertad por desvanecimientos de datos lo puede ser tanto por los elementos que acreditan el cuerpo del delito, como por los elementos que acreditan la probable responsabilidad del procesado, o bien por ambos.

Ahora bien, ¿qué se entiende por elementos que integran el cuerpo del delito y cuáles son los elementos que acreditan la probable responsabilidad? El doctor Sergio García Ramírez nos dice:

...que el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuosos, según lo determina la ley penal. Hoy el precepto dispone que el Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. El mismo artículo 168, que incorpora ciertos criterios de escuela, que seguramente suscitarán polémica, entiendo que esos elementos son los siguientes:

²²⁵ Franco Sodi, Carlos, *El procedimiento penal mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 1946,p.306.

a) Necesarios, pues concurren invariablemente en el tipo penal, bajo la perspectiva adoptada por la reforma: 1) acción u omisión, y lesión o en su caso, peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido; 2) forma de intervención de los sujetos activos (se entiende que aquí vienen al caso las formas de autoría y participación delictuosas, así llamadas hoy por el primer párrafo del artículo 13 del Código Penal reformado en 1993, y antes denominadas formas de responsabilidad), y 3) relación dolosa o culposa de la acción u omisión (así se incorpora el dato subjetivo que había permanecido fuera del concepto de cuerpo del delito) (fracciones I y III).

b) Contingentes, en cuanto su presencia depende de los requerimientos específicos de tipos determinados: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción y omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea (antepenúltimo párrafo).²²⁶

²²⁶ García Ramírez, Sergio, *Las reformas de 1993 al Procedimiento Penal Federal*, México-Guatemala, IJ-UNAM-Corte de Constitucionalidad, 1994, pp.15 y 16.

CAPÍTULO VI

TIPOS DE LIBERTAD DENTRO DE LA ETAPA DE ALZADA

I. Libertad por sobreseimiento cuando se acredita que la responsabilidad penal del sentenciado esta extinguida, en términos del artículo 298 fracción séptima, última párrafo del C.F.P.P.

En el título octavo del Código de Procedimientos Penales se contempla la figura del sobreseimiento, como lo hemos analizado en el capítulo anterior, en el apartado número 8; ahora bien, después de que el juez haya dictado su fallo condenatorio, el procesado puede obtener su libertad bajo la figura de la fracción VIII, del artículo 298 del C.F.P.P.

Leamos únicamente el último párrafo de la fracción VIII del citado artículo:

Art. 298.- El sobreseimiento procederá en los casos siguientes:

(...)

Fracción VII.- **En segunda instancia** el sobreseimiento procederá, de oficio o a petición de parte, **sólo en el caso de la fracción III** de éste artículo o cuando algunas de las partes lo promueva exhibiendo **pruebas supervinientes que acrediten la inocencia del encausado.**

La fracción **III**, se refiere a: **“Cuando aparezca que la responsabilidad penal está extinguida”**, consideramos que a esta figura jurídica le hace falta solamente precisar la segunda hipótesis, o cuando se acredite con pruebas fehacientes la inocencia del acusado, ya que esta hipótesis legislativa la encontramos en el párrafo VII del mismo artículo 298.

Dentro del recurso de apelación, la defensa o el procesado pueden hacer valer este tipo de garantías que tiene el gobernado, y solicitarle al tribunal que conozca de la apelación, que los ponga en libertad por tratarse de esos supuestos jurídicos.

2. Libertad por modificación de la sentencia de primera instancia en base a la resolución del recurso de apelación interpuesto ante el tribunal unitario correspondiente

Si el acusado interpuso en tiempo (cinco días, artículo 368 del C.F.P.P.) el recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de primera instancia ante el Tribunal Unitario de Circuito, y este órgano consideró que el sentenciado debe ser absuelto, procederá la libertad del sentenciado, ya que la apelación tiene por objeto el estudio de la legalidad de las resoluciones, confirmando o modificando, en su caso, la resolución del juez de primera instancia.

Así, el tribunal de apelación, inclusive podrá conceder la condena condicional al procesado, si a juicio de este órgano se considera procedente, esto con fundamento en el artículo 379 del C.F.P.P. Veámoslo:

Artículo 379 del C.F.P.P.- Siempre que se haya interpuesto el recurso de apelación en contra de una sentencia definitiva, el tribunal tiene facultad para admitir las pruebas que no se hubieren promovido o practicado en primera instancia, para justificar la procedencia de la condena condicional y para resolver sobre ella al fallarse el asunto, aun cuando no haya sido motivo de agravio el no haberse concedido ese beneficio en la primera instancia.

Por otro lado, consideramos que es incorrecta la resolución que emitió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al decir que el tribunal de alzada no tiene facultades para conceder tal beneficio de la condena condicional, por no haberse solicitado por el agraviado, por lo que nosotros insistimos en que el beneficio de la libertad sea tratada de manera oficiosa y no se deje únicamente a la petición de la parte afectada o bien al capricho del defensor.

APELACIÓN EN MATERIA PENAL.- Si bien es cierto que con arreglo al artículo 541 del Código de Procedimientos Penales de 1929, el tribunal de alzada, en todos los casos de apelación, tiene las mismas facultades solamente pueden comprender la revisión del punto o puntos que fueron apelados, y no la de aquellos que no hubieren sido, por voluntad de alguna de las partes, sometidos a la revisión del tribunal de apelación, mediante la interposición del recurso. Así, si el Ministerio Público apela de un punto resolutivo del fallo de la primera instancia, expresando que por no haber mediado solicitud de los interesados, no puede el Tribunal correccional conceder la condena condicional, pero sin que el propio Ministerio Público interponga en la apelación, por estimar que no es procedente la condena condicional, por falta de cumplimiento de los requisitos legales para concederla, sino sólo, como ya se ha dicho, por falta de facultades para concederla de oficio, si el tribunal de apelación, en su fallo, desecha el concepto de agravio expresado por el Ministerio Público y entra a considerar la procedencia de la condena condicional, debe concluirse que el tribunal de apelación se excede en sus facultades, infringiendo el artículo 541 ya mencionado, y violado, en consecuencia, el artículo 14 Constitucional.²²⁷

Este criterio dado por la primer sala de la S.C.J.N. refleja que la solicitud de la libertad es a petición de la parte agraviada, por lo que consideramos y proponemos nosotros que cualquier órgano que esté legalmente facultado para conceder la libertad, estudie la procedencia, le informe al detenido o retenido sobre sus derechos en relación a cualquier tipo de libertad, y este dicha autoridad obligarla a concederla. Y no negarle la libertad.

3. Libertad por compurgación previa de la pena, conforme al artículo 419 del C.F.P.P.

Si se da el supuesto de que aún no se ha dictado la sentencia de apelación, y el sentenciado en primera instancia ya lleva detenido el tiempo que le dictó el juez de primera instancia, procederá el tribunal de alzada de oficio, a ponerlo de inmediato en libertad.

²²⁷ Tesis visible en el Semanario Judicial de la Federación, primera sala, en la quinta época, tomo XXXVII, Nava Millón Rafael, 23 marzo de 1933. p.1749.

Así lo estipula el artículo 419 del C.F.P.P. leámoslo:

“Será igualmente puesto en libertad bajo protesta el inculpado, sin los requisitos del artículo anterior, cuando cumpla la pena impuesta en primera instancia, estando pendiente el recurso de apelación. **Los tribunales acordarán de oficio la libertad de que se trata este artículo**”.

4. Libertad por supresión de la pena, conforme a los artículos 26 y 117 del C.P.

Este tipo de libertad ya se ha estudiado en la presente investigación, ahora por lo que toca a este periodo del procedimiento, también puede proceder la libertad por la supresión del tipo penal o bien de su pena. Es decir, si durante la secuela del procedimiento y dentro de la etapa de apelación se deroga el delito o delitos, por los cuales se ha dictado una sentencia condenatoria, se aplicará retroactivamente en beneficio la ley más favorable al inculpado, y esto traerá como consecuencia que el tribunal de alzada ponga de inmediato en libertad al procesado.

Transcribiremos únicamente la parte que nos ocupa del artículo 56 del Código Penal Federal.

“Art. 56.- Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará en lo dispuesto en la más favorable al inculpado o **sentenciado...**”

Relacionado con este numeral está el artículo 117 del mismo cuerpo jurídico, cuando dice que la supresión del tipo penal traerá como consecuencia la extinción de la acción penal, lo que a su vez hará que la autoridad que esté conociendo del caso proceda de inmediato a poner en libertad al procesado.

El artículo 117 establece que:

“La ley que suprime el tipo penal o lo modifique, extingue, en su caso, la acción penal o la sanción correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 56”.

5. Libertad por extinción de la acción penal, conforme al artículo 93 del C.P.

La extinción de la acción penal, trae consigo que el procesado, y/o sentenciado, queden en libertad siempre y cuando se reúnan ciertos requisitos:

Por ejemplo, una de las formas de extinción de la acción penal es que el ofendido por algún delito que no es de oficio, otorgue el perdón al acusado en tratándose de los delitos perseguibles por querrela.

Estudiemos las hipótesis que marca el artículo 93 del citado ordenamiento:

Art.93.-El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón éste no podrá revocarse.

CAPÍTULO VII

TIPOS DE LIBERTADES DENTRO DE LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE LA PENAS

Sergio García Ramírez escribió que la prisión se creó para relevar la muerte y “fue vista como un sustituto plausible, Así se inició, en fin, la historia de la prisión penal de la libertad”.²²⁸ Los sustitutivos penales se crearon con la intención de favorecer a los reos en cuanto a la obtención de su libertad una vez que se les dictó sentencia condenatoria.

García Ramírez, ha elaborado una categoría de los sustitutivos penales, mismos que transcribiremos por considerarla ilustrativa: comenta que:

A la luz de las circunstancias descritas, surgen las instituciones modificativas de la prisión. Unas pretenden suprimir, *ab initio*, la ejecución de la pena privativa de libertad o relevarla en casos concretos para moderar el impacto de las consecuencias penales sobre el reo primerizo. Otras buscan aliviar el exceso de la prisión: son los correctivos clásicos y modernos de la sanción privativa de la libertad bajo tratamiento, la semilibertad, el trabajo en favor de la comunidad y la multa sustitutiva de la cárcel; a la segunda, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la prisión.²²⁹

Consideramos acertado el comentario que el autor antes citado menciona en relación al tema de los sustitutivos penales, en el sentido de que “la sustitución no es una gracia que el juzgador puede conceder o negar libremente al infractor, sino un medio para satisfacer las necesidades de la readaptación”,²³⁰ ya que, como es del todos sabido, en los centros de readaptación social difícilmente se cumple con la finalidad de la readaptación en sí del delincuente.

²²⁸ García Ramírez, Sergio, *Las penas sustitutivas de prisión, Desarrollo de los sustitutivos de la prisión*, México, IJ-UNAM- 1995, p.32.

²²⁹ Idem, p. 36.

²³⁰ Idem, p. 63.

Algunos tipos de libertades, como las que más adelante estudiaremos, en algunos estados de la República Mexicana, son considerados como derechos del reo y no como derechos del juez el concederlas o no.

En ese sentido, Fernando Barrita López, estableció que en “algunos estados como Veracruz y Nuevo León exigen para que un condenado pueda gozar de tal beneficio, que la pena impuesta en la sentencia no exceda de tres años. Otros como Guerrero, Oaxaca, Puebla, Morelos y el Distrito Federal dos años. Y en el estado de Tlaxcala, no contempla en su legislación respectiva este beneficio”.²³¹

Es por lo anterior que se sugiere que la libertad siendo una garantía constitucional, sea regulada por el Congreso de la Unión, en cualquier etapa del procedimiento unificándose todos los criterios de las legislaturas de los estados conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

1. Libertad por sustitución de pena, conforme al artículo 70 del C.P.

El artículo 70 del Código Penal Federal, se encuentra dentro del capítulo VI, denominado Substitución y Conmutación de Sanciones.

Dentro de este capítulo estudiaremos los supuestos jurídicos una vez que la sentencia ha causado ejecutoria, y éstos pueden ser tres:

²³¹ Barrita López, Fernando, *Prisión preventiva y ciencias penales*, México, Porrúa, 1992, p. 179.

1. Que el juez de primera instancia dictó sentencia condenatoria (no apelando ni el Ministerio Público, ni el procesado o su defensor) y prácticamente las partes están de acuerdo con aquella resolución.

2. Una vez resuelta la apelación de la sentencia que dictó el juez de primera instancia, ésta continúa condenando en menor o mayor grado al probable responsable, y éste último no interpone juicio de garantías.

3. Por último, la resolución del amparo directo que interponga la defensa en contra de la resolución condenatoria.

Dictada la sentencia condenatoria, podrá la pena de prisión substituirse por algunas otras sanciones, leamos:

Art. 70.- La prisión podrá ser substituida, *a juicio del juzgador*, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes:

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

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

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

La sustitución de la pena de prisión no podrá aplicarse *por el juzgador* cuando se trate de un sujeto al que anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio.

Si el reo considera que reúne estos requisitos para gozar de la substitución de la pena o conmutación de la sanción deberá de solicitar al juez por vía incidental, le sea otorgada esta libertad. Encontramos el fundamento legal a esta afirmación en el artículo 74 del Código Penal.

Mismo ordenamiento que a la letra dice: “El reo que considere que al dictarse sentencia reunía las condiciones para el disfrute de la sustitución o conmutación de la sanción y que por inadvertencia de su parte, o del juzgador no le hubiere sido otorgada, para promover ante éste que se le conceda, abriéndose el incidente respectivo en los términos de la fracción X del artículo 90”.

Dicho incidente se abrirá en términos del artículo 90 fracción X, del mismo ordenamiento jurídico, mismo que a la letra dice:

El otorgamiento y disfrute de los beneficios de la condena condicional, se sujetarán a las siguientes normas: Fracción X: El reo que considere que al dictarse sentencia reunía las condiciones fijadas en este precepto y que está en aptitud de cumplir los demás requisitos que se establecen, si es por inadvertencia de su parte o de los tribunales que no obtuvo en la sentencia el otorgamiento de la condena condicional, podrá promover que se le conceda, abriendo el incidente respectivo ante el juez de la causa.

2. Libertad por condena condicional, conforme al artículo 90 del C.P.

Esta figura jurídica la encontramos dentro del capítulo IV, mismo que lleva el título de Condena Condicional. Transcribiremos dicho numeral para de que de esta forma tengamos mayor comprensión del mismo:

Artículo 90.- El otorgamiento y disfrute de los beneficios de la condena condicional, se sujetarán a las siguientes normas:

I.- *El juez o tribunal*, en su caso, al dictar sentencia de condena o en la hipótesis que establece la fracción X de éste Artículo, suspenderán motivadamente la ejecución de las penas, a **petición de parte o de oficio**, si concurren estas condiciones:

- a) Que la condena se refiera a **pena de prisión que no exceda de cuatro años**;
- b) Que el **sentenciado no sea reincidente por delito doloso** y, además, que haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible; y
- c) Que por sus antecedentes personales o **modo honesto de vivir**, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir.

II.- Para gozar de éste beneficio el sentenciado deberá:

- a) **Otorgar la garantía o sujetarse a las medidas que se le fijen**, para asegurar su presentación ante la autoridad siempre que fuere requerido;
- b) **Obligarse a residir en determinado lugar**, del que no podrá ausentarse sin permiso de la autoridad que ejerza sobre él cuidado y vigilancia;
- c) **Desempeñar en el plazo que se le fije, profesión, arte, oficio u ocupación lícitos**;
- d) **Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares**, salvo por prescripción médica; y
- e) **Reparar el daño causado**.

Cuando por sus circunstancias personales no pueda reparar desde luego el daño causado, dará caución o se sujetará a las medidas que a juicio del juez o tribunal sean bastantes para asegurar que cumplirá, en el plazo que se le fije, esta obligación.

III.- La suspensión comprenderá la pena de prisión y multa, y en cuanto a las demás sanciones impuestas, el juez o tribunal resolverán discrecionalmente según las circunstancias del caso.

IV.- A los delincuentes a quienes se haya suspendido la ejecución de la sentencia, se les hará saber lo dispuesto en éste artículo, lo que se asentará en diligencia formal, sin que la falta de ésta impida, en su caso, la aplicación de lo prevenido en el mismo.

V.- Los sentenciados que disfruten de los beneficios de la condena condicional quedarán sujetos al **cuidado y vigilancia** de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social.

VI.- En caso de haberse nombrado fiador para el cumplimiento de las obligaciones contraídas en los términos de éste artículo, la obligación de aquel **concluirá seis meses después de transcurrido el término a que se refiere la fracción VII**, siempre que el delincuente no diere lugar a nuevo proceso o cuando en éste se pronuncie sentencia absolutoria. Cuando el fiador tenga motivos fundados para no continuar desempeñando el cargo, los expondrá al juez a fin de que éste, si los estima justos, prevenga al sentenciado de que presente nuevo fiador dentro del plazo que prudentemente deberá fijarle, apercibido de que se hará efectiva la sanción si no lo verifica. En caso de muerte o insolvencia del fiador, estará obligado el sentenciado a poner el hecho en conocimiento del juez para el efecto y bajo el apercibimiento que se expresa en el párrafo que precede.

VII.- Si durante el término de duración de la pena, desde la fecha de la sentencia que cause ejecutoria el condenado no diere lugar a nuevo proceso por delito doloso que concluya con sentencia condenatoria, se considerará extinguida la sanción fijada en aquella. En caso contrario, se hará efectiva la primera sentencia, además de la segunda, en la que el reo será consignado como reincidente sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20 de éste Código. Tratándose del delito culposo, la autoridad competente resolverá motivadamente si debe aplicarse o no la sanción suspendida.

VIII.- Los hechos que originen el nuevo proceso interrumpen el término a que se refiere la fracción VII, tanto si se tratara del delito doloso como culposo, hasta que se dicte sentencia firme;

IX.- En caso de falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el condenado, el juez podrá hacer efectiva la sanción suspendida o amonestarlo, con el apercibimiento de que sin vuelve a faltar alguna de las condiciones fijadas, se hará efectiva dicha sanción.

X.- El reo que considere que al dictarse sentencia reunía las condiciones fijadas en éste precepto y que está en aptitud de cumplir los demás requisitos que se establecen, si es por inadvertencia de su parte o de los tribunales que no obtuvo en la sentencia el otorgamiento de la condena condicional, podrá promover que se le conceda, abriendo el incidente respectivo ante el juez de la causa.

Ahora bien, que se debe entender como **buena conducta**; en diversas ejecutorias dictadas por los tribunales que interpretan dicho adjetivo calificativo, se han pronunciado en los siguientes términos:

Por ejemplo, si alguna persona se ha dedicado a la prostitución, y se encuentra en el supuesto jurídico de petición de la condena condicional, podrá negársele por no observar buena conducta. Así lo ha resuelto nuestro máximo Tribunal de Justicia Federal:

“CONDENA CONDICIONAL (BUENA CONDUCTA).- Si en autos quedó acreditado que la quejosa se dedicaba a la prostitución, lo que implica que no observaba buena conducta, este último significa la falta de un requisito para la procedencia de la condena condicional”²³²

Si al procesado aún no se le ha dictado sentencia, y existiere otro proceso penal en su contra por algún delito, del cual tampoco se la ha dictado sentencia, el hecho de tener otro proceso en su contra no se considerará eso como un antecedente de mala conducta. Así lo han resuelto los Tribunales Federales.

CONDENA CONDICIONAL BUENA CONDUCTA.- La sola existencia de proceso anteriores, en los que no se ha dictado la correspondiente sentencia condenatoria, no puede ser considerada como prueba de la mala conducta, tampoco puede desprenderse esa condición por el hecho de que, procesado un individuo por un delito que se persigue por querrela necesaria, haya quedado en libertad absoluta por el perdón del ofendido; pues bien podría resultar que la imputación fuera falsa o que, en último extremo, los elementos de prueba recibidos fuesen legalmente insuficientes para demostrarla.²³³

La carga de la prueba en el procedimiento penal, aun en tratándose de esta figura de libertad, quien tiene que demostrar que no existe la buena conducta o modo honesto de vivir, la tiene el Ministerio Público. Así se ha resuelto en diversas ejecutorias:

²³² Tesis visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo CXIII, quinta época, primera sala, q. Jaime Aguilera, 7 de agosto de 1952, p.

²³³ Tesis visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo CXIII. P. 453 quinta época, primera sala, Jaime Aguilera Josefina, 7 de agosto de 1952.

CONDENA CONDICIONAL, BUENA CONDUCTA.- La buena conducta se presume y la prueba en contrario corresponde al Ministerio Público, parte oponente del procesado. Y no basta para los efectos de la demostración de la mala conducta anterior del encausado, un informe rendido por la autoridad política del lugar, en que se diga que el acusado tiene antecedentes por ebrio, por rijoso, etc. Ya que si bien la ley autoriza a esas autoridades para sancionar las faltas a los reglamentos de policía, es necesario demostrar, por la suprema vigencia de la garantía procesal que establece la segunda parte del artículo 14 de la Constitución, que una persona violó alguno de los preceptos de ese reglamento, y que fue sancionado por ello.²³⁴

CONDENA CONDICIONAL, (BUENA CONDUCTA Y MODO HONESTO DE VIVIR) No existiendo prueba en contrario, debe presumirse que el reo ha observado buena conducta y que tiene modo honesto de vivir.²³⁵

CONDENA CONDICIONAL (MODO HONESTO DE VIVIR).- Aun cuando no se ofreció prueba específica sobre la buena conducta y el modo honesto de vivir, si no hay prueba en contrario, se violó en perjuicio del quejoso, el derecho de disfrutar la condena condicional y, en consecuencia, debe concederse la protección federal para el sólo efecto de que la autoridad responsable dicte nueva sentencia en la cual, subsistiendo la condenación decretada, conceda al quejoso la condena condicional, mediante los requisitos que al respecto señala.²³⁶

El modo honesto de vivir, se desprende al momento de que el procesado rinda su declaración en relación a sus generales, en esos términos se ha dictado jurisprudencia, veamos:

CONDENA CONDICIONAL MODO HONESTO DE VIVIR.- El modo honesto de vivir debe tenerse por acreditado, aun sin prueba especial para justificarlo, con tal que aparezca de la declaración del procesado al dar sus generales y esa declaración esta corroborada por otros elementos allegados a la causa.²³⁷

²³⁴ Jurisprudencia visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. 53 / 83, primera sala, Rodríguez Alcalá, Teodoro, p. 2208.

²³⁵ Tesis visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXIII, Carpio Damián, quinta época, 15 de agosto de 1952, cuatro votos, p. 510.

²³⁶ Tesis visible en el t. CXI, primera sala, quinta época, Hernández Ceferino Evaristo, p. 1125.

²³⁷ Tesis jurisprudencial núm. 53, del *Semanario Judicial de la Federación*, tomo CXII, p. 134.

Si el solicitante de la condena condicional tuviere antecedentes penales por delitos ya sentenciados condenatoriamente, por el contrario esto se toma en consideración como antecedentes de mala conducta. Leamos:

CONDENA CONDICIONAL, BUENA CONDUCTA.- No era el caso que la autoridad responsable concediera al acusado la suspensión de la condena si existe constancia de que antes de la comisión del delito a que se refiere la sentencia reclamada, ha tenido el acusado otro ingreso a la prisión por diverso delito, y no se ocupó en el proceso de rendir prueba que desvirtuara ese antecedente de mala conducta, el cual, si bien no basta para que se le repunte reincidente, si tiene valor para considerar que su conducta no ha sido buena.²³⁸

El monto de la fianza que determine el juez, para gozar de la condena condicional deberá ser asequible a la posibilidad económica del reo, a la forma en que cometió el delito, a la gravedad de éste, y a la pena impuesta.

CONDENA CONDICIONAL . FIANZA PARA LA.- La autoridad juzgadora, al fijar la cuantía de la garantía que debe otorgar el quejoso cuando se concede el beneficio de la condena condicional, debe razonar los motivos que toma en consideración para fijar dicho monto; esto es, debe tener en cuenta las circunstancias económicas del procesado, la gravedad de la infracción, las circunstancias en que se cometió el delito y la pena impuesta, así como que, se trata de un trabajador que sólo vive del jornal que le produce su oficio, resulta nugatoria la concesión del beneficio si se fija como fianza una suma que no está en concordancia con las circunstancias económicas del reo.²³⁹

Si el procesado es puesto en libertad provisional bajo caución, y al final del proceso se le dicta una sentencia menor de cuatro años de prisión, la fianza que depositó para ser puesto en libertad provisional durante esa secuela del procedimiento, esa misma fianza sirve para gozar de los beneficios que brinda la condena condicional. Así se ha dictado en repetidas ocasiones en tesis jurisprudenciales.

²³⁸ Tesis relacionada con la jurisprudencia num. 61 / 85, del *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXIII, quinta época, p.607.

²³⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, tesis visible en la quinta época, tomo CXIII, primera sala, q. Miguel Valdéz Lara, p.681.

CONDENA CONDICIONAL, MONTO DE LA FIANZA PARA CONCEDERLA. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte, que se conculca en la tesis 254, del apéndice al tomo XCVII. del Semanario Judicial de la Federación, no hay razón jurídica para que el monto de la fianza que se exija para conocer el beneficio de la condena condicional, pues si se estimó que determinada cantidad era suficiente para garantizar la presencia del acusado a disposición del Juez del proceso y para que no eludiera la acción de la justicia, debe estimarse que esa también lo es para garantizar la presencia del condenado ante la autoridad, siempre que sea requerido durante la suspensión de los efectos de la sanción corporal impuesta; y esa jurisprudencia no tiene ninguna otra excepción que la relativa a aquellas sentencias en que exista condena a la reparación del daño, en cuyo caso, y siendo procedentes otorgar el beneficio de la condena condicional, la fianza para gozar el beneficio, no puede ser menor que el monto de lo que se condenó a reparar.²⁴⁰

Una vez reunidos todos los elementos que establece el artículo 90 del Código Penal Federal, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de otorgar este beneficio de la condena condicional, no quedando sujeto a la voluntad del juzgador el brindarla o no.

CONDENA CONDICIONAL.- La negativa de la condena condicional, cuando se han llenado las exigencias de la ley, implica una violación de garantías, y lo mismo puede decirse cuando se omite el estudio de la cuestión si no ha habido petición de parte interesada, porque entonces el silencio del juzgador, constituye una violación al artículo 14 de la Constitución Federal.²⁴¹

En ese mismo sentido, existe otro criterio jurisdiccional manifestando que este beneficio no es una figura discrecional para el juzgador, sino por el contrario es una obligación para él, el otorgarla.

CONDENA CONDICIONAL, OBLIGACIÓN DE OTORGARLA. Ante la miseria moral y material de las prisiones, estas como un medio más de corrupción, que un sitio de readaptación; el otorgamiento del beneficio de la condena condicional, para los delincuentes ocasionales, es una obligación legal, y no una gracia que puedan omitir las autoridades jurisdiccionales.²⁴²

²⁴⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, tesis visible en el t. CII, q. López Flores Lorenzo, quinta época, p. 1499.

²⁴¹ *Semanario Judicial de la Federación*, tesis visible en la quinta época, t. CIX, instancia primera sala, q. León Palma Vicente, p. 808.

²⁴² *Semanario Judicial de la Federación*, tesis visible en el t. CIII, Zúñiga de Morales, Magdalena, quinta época, primera sala, cinco votos. p. 2975.

CONDENA CONDICIONAL.- En la condena condicional, tal como se establece en el Código Penal, vigente en el Distrito y Territorios Federales, se excluye el arbitrio judicial, como facultad omnímoda del juzgador puesto que dicha condena es simplemente una suspensión de la ejecución, y no una verdadera condena condicional en la forma adoptada en otros países, ya que solamente se considerará extinguida la sanción fijada en la sentencia, y no se determina que, cumplido el término de prueba, se anule o quede como no dictada la sentencia, en su integridad, desde su origen, haciendo desaparecer todo el contenido penal de la condena; *y que en nuestra ley sustantiva, lo que en realidad existe, es una absolucón condicional, siu generis*, y el auto de suspensión es una cosa distinta de la sentencia, un agregado de la misma; por tanto, la resolución que se dicta no es jurisdiccional, porque no es una exteriorización de esa función, sino un acto secundario, casi administrativo en trámite de ejecución, como función ejecutiva accesoria de la jurisdiccional; tesis que se confirma con la lectura de la fracción I del artículo 90 del Código Penal, que divide la sentencia de la orden de suspensión, y solamente exige, por conveniencia procesal, que la suspensión sea dictada al pronunciar la sentencia. No puede deducirse lógicamente y de acuerdo con el sistema general adoptado por nuestra Ley Penal, que la expresión "*podrá suspenderse*", quiera decir que es facultad de los jueces, otorgar la condena condicional, en nombre del arbitrio judicial, porque en situaciones semejantes, el Código adopta esa forma gramatical de "posibilidad" que en la practica no ha dado lugar a aquella interpretación, como sucede en el caso de la libertad preparatoria, establecida en el artículo 84 del Código Penal y, en cambio, en otros casos, como en el de conmutación para los delitos políticos por parte del Ejecutivo, y en el de conmutación de ciertas penas de prisión por multa, (art. 73 y 74), se establece claramente la facultad discrecional de dichas autoridades. Por otra parte, el Código Penal establece que la condena condicional *puede otorgarse a petición de parte o de oficio, y si se reúnen las condiciones establecidas por la ley*, el juez, cumpliendo con el interés social que entraña la aplicación condicional de ciertas penas, puede imponerlas suspendiendo la ejecución, estando obligado a resolver motivadamente la procedencia o improcedencia del repetido beneficio. En resumen, la condena condicional, según el sistema adoptado por nuestra ley, constituye una especialización de la pena, que favorece a un determinado número de delincuentes, pero no es una modalidad de la pena misma que se imponga por los jueces, particularizando las condiciones del delincuente, y atendiendo a las circunstancias personales de su mayor o menor peligrosidad, según sea la naturaleza del delito o el dolo empleado en su ejecución; porque la ley excluyendo el arbitrio de los jueces, ha considerado que por la sola falta de otras acciones delictuosas, por la buena conducta anterior y por el modo

honesto de vivir, no sólo es conveniente, sino necesaria la condicional de la pena. Debe, también en consideración que la Constitución de la condena condicional tiene como fin primordial, evitar la reincidencia, y los perjuicios que acarrea para los delincuentes primarios, el ejemplo de los habituales y pésimas condiciones en que funcionan nuestros regímenes penitenciarios; y como los resultados de la condena condicional no pueden ser conocidos sino después del tiempo de vigencia sobre la conducta del delincuente, lo más probable es que el juez no se encuentre en posibilidad, con el llamado estudio psicológico y sociológico del delincuente, de prever con más o menos certeza, si determinado individuo no incurrirá en una nueva infracción, porque el tiempo subsecuente a la sentencia, es el de que en definitiva demuestra la utilidad de la condena condicional, y todo juicio previo es casi siempre aventurado respecto a la posibilidad de la regeneración de un delincuente, aun en el caso de que se posean datos sobre su peligrosidad y sus tendencias criminales. *Es, pues, violatoria de garantías la negativa de la condena condicional, cuando se han llenado las exigencias de la Ley y lo mismo puede decirse de la omisión de las autoridades responsables, sobre ese extremo, cuando no ha habido petición de parte interesada, porque deja sin defensa al reo.*²⁴³

²⁴³ Semanario Judicial de la Federación, tesis visible en la quinta época, t. XLVII, q. Aponte Baillet Enrique, de fecha 4 de marzo de 1936, p.3614.

3. Libertad por conmutación de la pena, conforme al artículo 73 del C.P.F.

Este apartado lo encontramos dentro del capítulo VI, del Código Penal de la materia, intitulado Substitución y Conmutación de las Sanciones, empecemos por transcribir dicho numeral 73, para tener una idea más clara:

Artículo 73.- El Ejecutivo, tratándose de **delitos políticos**, podrá hacer la **conmutación de sanciones**, después de impuestas en sentencia irrevocable, conforme a las siguientes reglas:

I.- Cuando la sanción impuesta sea la de prisión, **se conmutará en confinamiento por un término igual al de los dos tercios del que debía durar la prisión; y**

II.- **Si fuere la de confinamiento, se conmutará por multa, a razón de un día de aquél por un día de multa.**

La palabra confinado significa para el *Diccionario de la Lengua Española*, misma fuente que hemos estado citando: "Dícese de la persona condenada a vivir en una residencia obligatoria", y consultando la palabra confinamiento esta significa para el citado *Diccionario*: "Acción y efecto de confinar. Pena aflictiva consistente en relegar al condenado a cierto lugar seguro para que viva en libertad, pero bajo la vigilancia de las autoridades."

Es decir, el presidente de la República, tiene como facultad exclusiva el poder brindar a los condenados (por delitos políticos) el beneficio del confinamiento, según se desprende del propio artículo 73 en comento.

Los denominados delitos políticos los encontramos en el artículo 144 del Código Penal Federal, mismo numeral que a la letra dice:

“Artículo 144.- “Se consideran delitos de carácter políticos los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlos””

El delito de **rebelión** (art.132 C.P.F.) lo cometen: aquellas personas que sin ser militares en ejercicio, con violencia y uso de armas traten de :

I.- Abolir o reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

II.- Reformar, destruir o impedir la integración de las instituciones constitucionales de la Federación, o su libre ejercicio; y

III.- Separar o impedir el desempeño de su cargo de alguno de los altos funcionarios de la Federación mencionados en el artículo 2o, de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados.

La punibilidad de este tipo penal es de dos a veinte años de prisión y multa que puede ser de cinco mil a cientocincuenta mil pesos.

El delito de **sedición** (art. 130 C.P.F) lo cometen los que en forma tumultuaria, sin uso de armas, resistan o ataquen a la autoridad para impedir el libre ejercicio de sus funciones con la finalidad a que se refiere el artículo 132.

La punibilidad de este delito es de seis meses a ocho años, y multa hasta diez mil pesos.

“A quienes dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen económicamente a otros para cometer el delito de sedición, la pena de prisión será de cinco a quince años de prisión y multa hasta veinte mil pesos.”

El delito de **motín** (artículo 131 C.P.F.) se configura cuando un grupo de personas para ejercer un derecho o pretextando su ejercicio, o para evitar el cumplimiento de una ley, se reúnan tumultuariamente y perturben el orden público con empleo de violencia en las personas o cosas, o amenacen a la autoridad para intimidarla u obligarla a tomar alguna determinación.

Opinamos en relación a este tipo penal, que el ejercicio de un derecho jamás podrá tener la categoría de delito, hemos estudiado lo concerniente a esto en tratándose del delito de exceso en la legítima defensa.

La pena de prisión es de seis meses a siete años de prisión y multa hasta de cinco mil pesos; y bien a los que dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen económicamente a otros para cometer el delito de motín, tendrán una sanción de dos a diez años de prisión y multa hasta de quince mil pesos.

El delito de **conspiración**, (art. 141 C.P.F.) se configura con los siguientes elementos: que un grupo de personas resuelva de concierto cometer uno o varios de los delitos del presente título, y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación.

Aclaremos que el título a que se refiere este párrafo que acabamos de leer, contiene los delitos contra la seguridad de la nación (traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo, sabotaje, conspiración).

La pena a esta figura delictiva será de uno a nueve años de prisión y multa hasta diez mil pesos.

4. Libertad preparatoria en términos del artículo 84, del C.P.F.

La libertad condicional o preparatoria señala Sánchez Galindo que: “cobró carta de vigencia a partir del Código de 1871 (el Código Penal de Martínez de Castro), mediante la cual el penado puede obtener su libertad cuando haya corrido el tiempo que corresponde a la mitad de su sentencia, a las dos terceras partes o a las tres quintas del mismo, como sucede en nuestro derecho.”²⁴⁴

La libertad preparatoria la otorga la autoridad ejecutiva, la cual será cumplimentada por la Dirección General de Prevención y Readaptación Social.

Lo anterior con fundamento en la tesis jurisprudencial que a continuación mencionaremos:

LIBERTAD PREPARATORIA, CORRESPONDE AL PODER EJECUTIVO RESOLVER SOBRE LA. La facultad de conceder o negar a los reos sentenciados el beneficio de la libertad preparatoria corresponde al Ejecutivo y no al Órgano Jurisdiccional.²⁴⁵

Existen dos supuestos para poder gozar de la libertad preparatoria, primeramente si se trata de una condena por delitos intencionales; y como segunda hipótesis si se trata de una condena por delitos no intencionales o también llamados delitos de imprudencia o culposos (artículos 8o, y 9o del C.P.F.)

1. Si se está cumpliendo una sentencia por un delito intencional y se ha cumplido con más de las *tres quintas partes* de la sentencia condenatoria impuesta, o

²⁴⁴ Sánchez Galindo, Antonio, Penitenciarismo, *La prisión y su manejo*, México, INCP, 1991, p.39.

²⁴⁵ Semanario Judicial de la federación, tesis visible en la parte IX, sección especial, núm. 81, 5a. época, primera sala unanimidad de 4 votos, primera sala penal, apéndice 1985, p.121.

2.- Si ha cumplido la *mitad* de la condena y fue procesado por un delito culposo o no intencional.

Ambos supuestos tendrán que reunir los siguientes requisitos, según el citado numeral 84, para gozar de la libertad preparatoria:

- I. Que haya observado buena conducta durante la ejecución de su sentencia;
- II.- Que del examen de su personalidad se presume que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir, y
- III.- Que haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado, sujetándose a la forma, medidas y términos que se le fijen para dicho objeto, si no puede cubrirlo desde luego.

Una vez reunidos estos requisitos, la autoridad competente podrá conceder la libertad, sujeta a las siguientes condiciones, esto se desprende de la segunda parte del citado artículo 84 del Código Sustantivo Penal.

- a) Residir o, en su caso, no residir en lugar determinado, e informe a la autoridad de los cambios de su domicilio. La designación del lugar de residencia se hará conciliando la circunstancia de que el reo pueda proporcionarse trabajo en el lugar que se fije, con el hecho de que su permanencia en él no sea un obstáculo para su enmienda;
- b) Desempeñar en el plazo que la resolución determine, oficio, arte, industria o profesión lícitos, si no tuviere medios propios de subsistencia;
- c) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica;

d) Sujetarse a las medidas de orientación y supervisión que se les dicten y a la vigilancia de alguna persona honrada, y de arraigo, que se obligue a informar sobre su conducta, presentándolo siempre que para ello fuere requerida.

Dicha solicitud puede hacerla el sentenciado, su defensor o cualquier persona que este legitimada para ello, ante el representante del Ejecutivo que en esta hipótesis lo es la Secretaría de Gobernación, y concretamente lo es el Consejo Técnico Interdisciplinario (mismo organismo que se encuentra dentro de cada uno de los centros de readaptación social o, dentro de cada una de las penitenciarias) el cual dentro de sus funciones tiene la de formular dictámenes, en relación a la aplicación de las medidas de preliberación, remisión parcial de la pena, libertad preparatoria.

Así lo establece el artículo 102, fracción VI, del Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal; así también la siguiente tesis:

LIBERTAD PREPARATORIA.- El quejoso, de acuerdo con la prevención del artículo 540 del Código Federal de Procedimientos Penales, puede, con posterioridad a la sentencia reclamada, acogerse al beneficio de la libertad preparatoria haciendo la promoción respectiva ante el Órgano del Poder Ejecutivo que designa la ley una vez que hubiera satisfecho los requisitos que establece el diverso artículo 84 del Código Penal, sin que la circunstancia de que la responsable no lo hubiera declarado en su resolución, le irroge ningún agravio.²⁴⁶

Ahora bien, no todos los sentenciados podrán gozar de este beneficio legal, ya que si han sido condenados por algunos de los delitos **contra la Salud**, conforme al artículo 194 y 196 bis, no podrán gozar de éste beneficio; así, por el delito de **violación** previsto por los párrafos primero y segundo del artículo 265, en relación con el 266 bis, fracción I; por el delito de **plagio o secuestro** previsto por el artículo 366, con excepción de lo previsto en

²⁴⁶ Semanario Judicial de la Federación, tesis visible en la primera sala, 5a. época, t. CXII, q. Rocha Juárez Román, 12 de mayo de 1952, p. 1096.

la fracción VI de dicho artículo en relación con su antepenúltimo párrafo y por lo dispuesto por el penúltimo párrafo; por el delito de **robo con violencia** que se haya cometido en un inmueble habitado o destinado para habitación, conforme a lo previsto por el artículo 367, en relación con los artículos 372 y 381 bis .

Así también, a los que **habitualmente** cometan delitos, o bien, a quienes hubieran incurrido en **reincidencia**.

Por último, el citado artículo en su parte final establece:

“Tratándose de los delitos comprendidos en el Título Décimo, (Delitos cometidos por Servidores Públicos, Ejercicio Indevido de Servicio Público, Abuso de Autoridad, Coalición de Servidores Públicos, Uso indebido de atribuciones y facultades, Concusión, Intimidación, Ejercicio Abusivo de Funciones, Tráfico de Influencia, Cohecho, Peculado, Enriquecimiento Ilícito) la libertad preparatoria sólo se concederá cuando se satisfaga la reparación del daño a que se refiere la fracción III del Artículo 30 o se otorgue caución que lo garantice”.

Dicha fracción III se refiere a la Reparación del Daño y concretamente a el Resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Una vez otorgado el beneficio de la libertad preparatoria, el órgano que vigilará y cuidará el cumplimiento de las exigencias obligadas por el sentenciado, será la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación; encontramos el fundamento de esta afirmación en el artículo 87 del Código Penal Federal.

Pasemos ahora estudiar cuáles son los requisitos para poder gozar de esta garantía y cómo se acredita la buena conducta que requiere todo reo, para gozar de este beneficio:

LIBERTAD PREPARATORIA.- En relación con la libertad preparatoria, para *acreditar la buena conducta*, la enmienda y arrepentimiento de un reo, es suficiente con la demostración de que, a juicio del director de la prisión donde está recluso, ha observado buena conducta, y de que ha *desempeñado diversos trabajos* en los talleres de ese establecimiento, ya que estos datos basados en hechos positivos y externos, presuponen que el reo ha observado todas y cada una de las disposiciones del reglamento penitenciario, que *no ha dado motivo para quejas o castigos administrativos y que ha trabajado como medio de regenerarse*, como expresamente lo admite el artículo 79 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, al disponer que: “ El Gobierno organizará las cárceles, sobre la base del trabajo como medio de regeneración”. Por lo tanto es arbitraria la exigencia de la autoridad recurrente, para que el quejoso demuestre su buena conducta, su enmienda y su arrepentimiento por la *comprobación de actos externos y positivos diversos de la constancia de buena conducta expedida por el Director de la Penitenciaría*, y de los distintos trabajos realizados por el reo en los talleres de ese establecimiento.²⁴⁷

LIBERTAD PREPARATORIA, REQUISITOS PARA OBTENERLA. Para la demostración del arrepentimiento de un reo, para el efecto de resolver sobre su libertad preparatoria, *es absurdo exigir en la legislación mexicana, que el reo que pretende obtener su libertad preparatoria tenga el propósito manifiesto de reparar el daño causado, pues de acuerdo con nuestra legislación, este es un requisito destacado, diverso del de la readaptación y del arrepentimiento del reo* que debe ser cumplido mediante el pago o la garantía de su pago, y no solo por medio de actos demostrativos de que el reo tiene el propósito manifiesto de hacer una u otra cosa; otro tanto cabe decir acerca del requisito de que el propio reo guarde una actitud favorable respecto de los familiares de la víctima, cuando se trata de homicidio, pues piénsese en la imposibilidad en que se colocaría a todo reo para acreditar su arrepentimiento, si la víctima del homicidio por el cometido no hubiera tenido ningún familiar, absurdo a que se llegaría por la extendida tendencia, que desgraciadamente ha llegado hasta las esferas judiciales, de aplicar a la realidad mexicana principios doctrinarios que pueden o no ser unánimemente admitidos por los tratadistas o que, aun siéndole, frecuentemente provienen de personas que ignoran totalmente nuestra realidad y pugnan abiertamente con nuestras leyes, incluso con nuestra constitución política.²⁴⁸

²⁴⁷ Tesis visible en la quinta época, t. CVIII, primera sala, Sánchez José Cruz, de fecha 12 de abril de 1951, p. 566.

²⁴⁸ Tesis visible en la quinta época, t. CV, primera sala, González Alcántara y Coag., fecha 17 de agosto de 1950. p. 1526.

LIBERTAD PREPARATORIA, FACULTADES DEL DEPARTAMENTO DE PREVENCIÓN SOCIAL RESPECTO DE LA. Si el departamento de prevención social dejó de considerar todas las pruebas suministradas y apoya la negativa de la libertad preparatoria del quejoso en un dictamen parcial que no solo no llega a la verdad exigida por el artículo 584 del Código de Procedimientos Penales, sino que hace caso omiso de la buena conducta observada por el reo, con el fin de hacer prevalecer una apreciación que es contraria a la realidad, tal acto es violatorio de garantías, ya que si la autoridad de tipo administrativo, como es el departamento de prevención social, debe tener en cuenta las pruebas que se le presentan, también lo es que, en su caso, no opera la facultad reconocida en forma, soberana a los jueces, de resolver conforme a su arbitrio y de acuerdo con las reglas para violar las pruebas; o lo que es lo mismo, el Departamento de Prevención Social no tiene como atributo, el arbitrio, que es propio de los jueces, sino que debe resolver apegado estrictamente a las pruebas suministradas, **nota: las funciones que en esta tesis se sostiene competente al Departamento de Prevención Social pasaron a cargo de la dirección general de servicios coordinados de prevención y readaptación social.**²⁴⁹

LIBERTAD PREPARATORIA. La buena conducta y el arrepentimiento del reo deben observarse con posterioridad al fallo condenatorio, es decir, dentro de la prisión, y si los encargados de la misma, así como el juez del proceso, afirman que la conducta que ha observado el procesado ha sido muy buena durante su reclusión, de esto se infiere que ha habido arrepentimiento y enmienda por su parte; y estando suficientemente acreditados su buena conducta y su arrepentimiento, y apareciendo de un *examen psicológico hecho por un médico del penal, que se trata de un individuo dentro de los lineamientos de la normalidad, debe considerarse que no existe peligrosidad en el mismo* (la que, en su caso, debe manifestarse también con posterioridad a comisión del delito), por lo que debe concedérsele el beneficio de la libertad preparatoria.²⁵⁰

²⁴⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, tesis visible en la quinta época, t. CIII, Ramos Hernández José, fecha 5 de Enero de 1950, p. 62.

²⁵⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, tesis visible en la quinta época, t.XCVIII, Urias Vega Avelino, fecha 27 de Octubre de 1948 p. 799

LIBERTAD PREPARATORIA . Para conceder o negar este beneficio, según lo previene el artículo 84 del Código Penal del Distrito Federal, el reo debe *cumplir dos terceras partes de su condena*, observando con regularidad los reglamentos carcelarios. Por consiguiente, para juzgar si el procesado cumplió con ese requisito, debe atenderse a la conducta que observó al extinguir la pena que le fue impuesta en la sentencia que motive la solicitud de su libertad preparatoria, y no a la conducta anterior que haya observado el reo, pues por mala que esta haya sido, si con posterioridad, a raíz del último fallo, dio muestras de arrepentimiento y enmienda, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, sería del todo injusto y arbitrario que no se tuviera en cuenta tales circunstancias, que vienen a borrar su mala conducta anterior.²⁵¹

Una vez concedida, la libertad preparatoria, ésta podrá revocarse si ocurren las siguientes circunstancias, conforme al artículo 86 del Código Penal, leamos:

Artículo 86.-La autoridad competente . revocará la libertad preparatoria:

I..Si el liberado **no cumple con las condiciones fijadas**, salvo que se le dé nueva oportunidad en los mismos términos que se establecen en la fracción IX del artículo 90 de este Código, mismo que a la letra dice: (En caso de falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el condenado, el juez podrá hacer efectiva la sanción suspendida o amonestarlo, con el apercibimiento de que, si vuelve a faltar a alguna de las condiciones fijadas, se hará efectiva dicha sanción).

II. Si el liberado es condenado por nuevo **delito doloso** mediante sentencia ejecutoriada, en cuyo caso será de **oficio la revocación**; pero si el nuevo delito fuere culposo, la autoridad competente podrá, según la gravedad del hecho, revocar o mantener la libertad preparatoria, fundando su resolución.

²⁵¹. *Semanario Judicial de la Federación*, tesis visible en la quinta época, t. XCVI, Huerta Vázquez J.Guadalupe, fecha 5 de Junio de 1948, p. 1336.

El condenado cuya libertad preparatoria haya sido revocada, deberá **cumplir el resto de la pena**. Los hechos que originen los nuevos procesos a que se refiere este artículo interrumpen los plazos para extinguir la sanción.

5. El indulto, conforme al artículo 94 y 97 del C.P.F.

Otro de los derechos que tiene el gobernado para disfrutar de la libertad es a través de la figura jurídica del indulto, previsto por los artículos 94 y 97 del citado código punitivo, el indulto sólo procederá cuando se ha dictado sentencia condenatoria, es decir, cuando ya se dictó la sentencia de la apelación y ha quedado resuelto el juicio de amparo directo contra la sentencia de segunda instancia, y no se trate de los delitos previstos por el artículo 97 del citado ordenamiento jurídico, estableciendo dichos numerales lo siguiente:

“Artículo 94.- El indulto no puede concederse, sino de sanción impuesta en sentencia irrevocable.”

Así el artículo 97 establece:

Cuando la conducta observada por el sentenciado refleje un alto grado de readaptación social y su liberación no represente un peligro para la tranquilidad y la seguridad públicas, conforme al dictamen del órgano ejecutor de la sanción y no se trate de sentenciado por traición a la Patria, espionaje, terrorismo, sabotaje, genocidio, delitos contra la salud, violación, delito intencional contra la vida y secuestro, ni de reincidente por delito intencional, **se le podrá conceder indulto por el ejecutivo Federal, en uso de facultades discrecionales, expresando sus razones y fundamentos en los casos siguientes:**

I. Por delitos de carácter político a que alude el artículo 144, **Sedición, Rebelión, Motín y Conspiración**, de este Código;

II. Por otros delitos cuando la conducta de los responsables haya sido determinada por motivaciones de carácter político o social, y

III. Por delitos de orden federal o común en el Distrito Federal, cuando el sentenciado haya **prestado importantes servicios a la Nación**, y previa solicitud

Aun, cuando el Presidente de la República, haya otorgado a los gobernados el indulto correspondiente, éstos últimos no quedarán exentos del pago de la reparación de daño causado por el delito por cual se les dictó la correspondiente sentencia.

Así lo establece el artículo 98 del Código Penal Federal, leámoslo:

“El indulto en ningún caso extinguirá la obligación de reparar el daño causado.(situación distinta cuando se reconoce la inocencia del inculpado). El reconocimiento de la inocencia del sentenciado extingue la obligación de reparar el daño.”

Cabe recordar que el fundamento jurídico de esta figura lo encontramos en el artículo 89 constitucional, fracción XIV, este numeral regula las facultades del presidente de la República, y en el caso que nos ocupa, el titular del Ejecutivo puede otorgar indultos a los sentenciados por delitos de orden federal o local en el Distrito Federal, según sea el caso. Leamos dicho artículo:

“Artículo 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes: Fracción XIV.- Conceder conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de competencia de los tribunales federales y a los sentenciados por delitos de orden común, en el Distrito Federal”.

6. Reconocimiento de inocencia, conforme al artículo 96, relacionado con la última parte del artículo 98 del C.P.F.

Este tipo de libertad, va a proceder contra las personas que han sido sentenciadas injustificadamente, encontrando la autoridad judicial correspondiente con posterioridad, la inocencia del reo en primera instancia.

El numeral 96 del código federal punitivo, establece:

“Cuando aparezca que el sentenciado es inocente, se procederá al reconocimiento de su inocencia, en los términos previstos por el Código de Procedimientos Penales aplicable y se estará a lo dispuesto en el artículo 49 de éste Código”.

Cuando el párrafo que antecede, habla del artículo 49, este último se refiere a que una vez que se encontró la inocencia del procesado se publicará de igual forma la resolución para la posible indemnización solicitada por el difamado o calumniado.

“La publicación de sentencia se ordenará igualmente a título de reparación y a petición del interesado, cuando éste fuere absuelto, el hecho inputado no constituyere delito, o él no lo hubiere cometido”.

Un ejemplo de esta hipótesis legislativa, lo puede ser cuando aparezca el verdadero autor intelectual o material de un homicidio.

7. Libertad por extinción de la pena, conforme al artículo 116 del C.P.F.

Una de las formas y que por su naturaleza jurídica es de obvia lógica, lo es cuando se cumple con el ordenamiento legal de la última resolución condenatoria.

Esto significa que, cuando ya no hay recurso alguno o medio de impugnación de una sentencia condenatoria, al momento que termine de cumplir con el mandato de la sentencia tendrán que dejar al reo en inmediata libertad.

Así lo reza el artículo 116 del mismo ordenamiento jurídico penal, cuando dice:

“La pena y la medida de seguridad se extinguen, con todos sus efectos, por cumplimiento de aquellas o de las sanciones por las que hubiesen sido sustituidas o conmutadas. Asimismo, la sanción que se hubiese suspendido se extinguirá por el cumplimiento de los requisitos establecidos al otorgarla, en los términos y dentro de los plazos legales aplicables”.

8. Libertad por supresión del tipo o modificación del mismo, en términos del artículo 117 del C.P.F.

Este tipo de libertad procesal ya la hemos estado estudiando en los capítulos anteriores: cap. III, 8; cap. V,5; cap. VI,4; por lo que en este apartado sólo nos limitaremos a situar la hipótesis legislativa en tratándose de la situación jurídica del reo.

Manifiesta el citado numeral 117:

“La ley que suprime el tipo penal o lo modifique, extingue, en su caso, la acción penal o la sanción correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 56”.

Recordando lo establecido por el numeral 56, éste último dice:

Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o **sentenciado**. La autoridad que esté conociendo del asunto o **ejecutando la sanción**, aplicará de **oficio** la ley más favorable. 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.

Estando en el supuesto jurídico de que se ha dictado sentencia condenatoria por un delito, el cual es abrogado con posterioridad y desaparece la figura delictiva como tal, procederá de inmediato la libertad por carecer de elementos para dejarlo en prisión.

Una vez obtenida la libertad anticipada, el excarcelado tendrá que tomar un tratamiento de preliberación, mismo que puede consistir en mayor libertad dentro del establecimiento, traslado a alguna institución abierta, salidas los fines de semana o diaria con reclusión nocturna, etcétera. Esto se señala en el artículo 8 de la Ley que establece las norma mínimas sobre la readaptación social del sentenciado.

Transcribiremos el artículo antes citado para tener una visión más clara de lo que se trata:

Art. 8o: El tratamiento preliberacional podrá comprender:

I.- Información y orientación especiales y discusión con el interno y sus familiares de los aspectos personales y prácticos de su vida en libertad;

II.- Métodos colectivos;

III.- Concesión de mayor libertad dentro del establecimiento;

IV.- Traslado a la institución abierta; y

V.- Permisos de salida de fin de semana o diaria con reclusión nocturna, o bien de salida en días hábiles con reclusión de fin de semana.

No se concederán las medidas de tratamiento preliberacional establecidas en las fracciones IV y V de este Artículo, a los sentenciados por los delitos **contra la salud** en materia de estupefacientes o psicotrópicos previstos en las fracciones II a IV del Artículo 197, salvo que se trate de individuos en los que concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica; por el delito de **violación** previsto en el primero y segundo párrafos del Artículo 265, en relación con el artículo 266 bis, fracción primera, por el delito de **plagio** o **secuestro** previsto en el artículo 366 con excepción a lo previsto por la fracción VI de dicho artículo en relación con su antepenúltimo párrafo y lo dispuesto en el penúltimo párrafo, por el delito de **robo con violencia** en las personas en un inmueble habitado o destinado para habitación conforme a lo previsto en el Artículo 367, en relación con los artículos 372 y 381 bis, del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero Común y para todo la República en materia de fuero federal.

9. Libertad por remisión parcial de la pena, conforme al artículo 16 de la ley que establece las normas mínimas sobre la readaptación social de los sentenciados.

Antonio Sánchez Galindo define a la remisión parcial de la pena de la siguiente forma:

es una figura que existe en nuestro derecho de ejecución penal de 1971, a partir de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. Consiste en que por cada dos días de trabajo, asistencia a la escuela y buena conducta (además si a juicio del Consejo Técnico el interno se ha resocializado) se reduce uno de sentencia. Esta figura fue heredada del derecho de ejecución penal español, entre otros.²⁵²

La remisión de la pena consiste en nuestro sistema penal que *por cada dos días de trabajo en favor de la comunidad, se descontará un día de prisión*, así se define en el artículo 16 del citado ordenamiento jurídico.

Para gozar de los beneficios que otorga este tipo de libertad por remisión de la pena, el reo tiene que reunir ciertos requisitos que son los siguientes:

1. Buena Conducta.
2. Participación regularmente en las actividades educativas que se organicen.
3. Reparar el daño o perjuicio coaccionado o garantizar su reparación.
4. Revelar efectiva readaptación social.

Por ser esta última la más importante, de las dos primeras, ya que si no ha reflejado una readaptación comprobada podrá negársele el beneficio de la remisión de la pena.

²⁵² Sánchez Galindo Antonio, op.cit., nota 244, p. 39.

También esto se encuentra dentro del artículo 16 del citado numeral, de normas mínimas. Cabe aclarar que este beneficio opera para todos los delitos, excepto los enumerados en la parte final del mismo ordenamiento, leámoslo:

El artículo 16 de la Ley que establece, las Normas Mínimas sobre la Readaptación Social de los Sentenciados señala que:

no se concederá la remisión parcial de la pena a los sentenciados por los delitos contra la salud en materia de estupefacientes o psicotrópicos previstos por las fracciones I y IV del Artículo 197, salvo que se trate de individuos en los que concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica; por el delito de violación previsto por el primero y segundo párrafos del Artículo 265, en relación al 266 bis fracción I, del delito de plagio o secuestro previsto en el Artículo 366 con excepción a lo previsto por la fracción VI de dicho artículo en relación con su antepenúltimo párrafo y lo dispuesto en el penúltimo párrafo; por el delito de robo en un inmueble habitado o destinado para habitación con violencia en las personas, conforme a lo previsto en el Artículo 367, en relación a los Artículos 372 y 381 bis, del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal.

Una vez otorgada la remisión de la pena, se otorgaran las condiciones que deberá observar el reo, conforme a lo estipulado por la segunda parte del numeral 84, incisos a) al d) del Código Penal Federal.

Estas obligaciones son los mismas que encontramos para gozar de los beneficios de la libertad preparatoria, mismos que ya señalamos en el apartado referente a la libertad preparatoria y que volvemos a señalar:

- a) Residir o, en su caso, no residir en lugar determinado, e informe a la autoridad de los cambios de su domicilio. La designación del lugar de residencia se hará conciliando la circunstancia de que el reo pueda proporcionarse trabajo en el lugar que se fije, con el hecho de que su permanencia en el no sea un obstáculo para su enmienda;
- b) Desempeñar en el plazo que la resolución determine, oficio, arte, industria o profesión lícitos, si no tuviere medios propios de subsistencia;
- c) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica,
- d) Sujetarse a las medidas de orientación y supervisión que se dicten y a la vigilancia de alguna persona honrada, y de arraigo, que se obligue a informar sobre su conducta, presentándolo siempre que para ello fuere requerida.

El órgano que otorga este tipo de libertad es la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, organismo que depende de la Secretaría de Gobernación.

Lo anterior encuentra su fundamento en el numeral 3ro de la Ley de Normas Mínimas en comento cuando dice:

La Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación, **tendrá en su cargo aplicar estas normas en el Distrito Federal y en los reclusorios dependientes de la Federación.** Asimismo, las normas se aplicarán en lo pertinente a, los reos federales sentenciados en toda la República y se promoverá su adopción por parte de los Estados. Para este último efecto, así como para la orientación de las tareas de prevención social de la delincuencia, el Ejecutivo Federal podrá celebrar convenios de coordinación con los gobiernos de los Estados.

En el último párrafo del mismo artículo 3ro, encontramos que:

La Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social tendrá a su cargo, asimismo, la ejecución de las sanciones que, por sentencia judicial, sustituyan a la pena de prisión o a la multa, y las de tratamiento que el juzgador aplique, así como la ejecución de las medidas impuestas a inimputables, sin perjuicio de la intervención que a este respecto debe tener, en su caso y oportunidad, la autoridad sanitaria.

Dentro de cada reclusorio, existe un Consejo Técnico, el cual tiene una función consultiva en tratándose del estudio de las preliberaciones, de las remisiones parciales de la pena y de la libertad preparatoria, así lo establece el artículo 9o de la ley en comento.

Con independencia de que el sentenciado haya o no solicitado los beneficios de la libertad preparatoria, el Ejecutivo contará los días que el reo lleva detenido, compurgando la pena impuesta, a efecto de brindarle los derechos de la remisión parcial de la pena. Lo anterior con fundamento en el artículo 16 de la Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación de sentenciados, leámoslo:

Artículo 16. Por cada dos días de trabajo se hará remisión de uno de prisión, siempre que el recluso observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento y revele por otros datos efectiva readaptación social. Esta última será en todo caso, el factor determinante para la concesión o negativa de la remisión parcial de la pena, que no podrá fundarse exclusivamente en los días de trabajo, en la participación en actividades educativas y en el buen comportamiento del sentenciado.

La Remisión funcionará independientemente de la libertad preparatoria. Para este efecto el cómputo de plazos se hará en el orden que beneficie al reo. El Ejecutivo regulará el sistema de cómputos para la aplicación de este precepto, que en ningún caso quedará sujeto a normas reglamentarias de los establecimientos de reclusión o a disposiciones de las autoridades encargadas de la custodia y de la readaptación social.

El otorgamiento de la remisión se condicionará, además de lo previsto en el primer párrafo de este artículo, a que el reo repare los daños y perjuicios causados o garantice su reparación, sujetándose a la forma, medidas y términos que se le fijen para dicho objeto, si no puede cubrirla desde luego.

Dicha remisión de la pena puede ser revocable, en términos del citado artículo 16, párrafo quinto, y que a la letra dice:

“La remisión es revocable por la autoridad que la otorga, en los casos y conforme al procedimiento dispuestos para la revocación de la libertad preparatoria”.

En la revista titulada *Readaptación*, publicada para los internos de los centros de readaptación social de todo el país de la Secretaría de Gobernación, de fecha febrero, marzo de 1993, se establece que la remisión parcial de la pena se seguirá de oficio; consideramos que es un acierto, pero que desafortunadamente no se encuentra regulada dentro de nuestro sistema jurídico penal mexicano, por lo cual, y como lo hemos estado manifestando durante la presente investigación, todos los tipos de libertades deberán seguirse de oficio.

CONCLUSIONES

1. Existen dos sistemas jurídicos como medios para regular la conducta del hombre dentro de la sociedad, por un lado el consuetudinario y por el otro el legal.

El primero de los sistemas toma como fuente de derecho a la costumbre mientras que el segundo considera únicamente a la ley como consecuencia de lo anterior nacieron dos escuelas: la iusnaturalista y la iuspositivista.

2. Las dos ideologías que siempre han existido son, las del mundo del ser y las del mundo del deber ser, la primera corresponde al mundo del derecho positivo y la segunda se fundamenta en el derecho natural.

3. Conforme al sistema jurídico mexicano, nuestra Constitución es considerada como la ley suprema de toda la Nación, ordenamiento jurídico del cual nace y se desprende el principio de legalidad mexicano, en los numerales 14 y 16 de dicho ordenamiento.

4. El principio de legalidad da nacimiento a todo el sistema jurídico nacional mexicano, resumiendo que la única fuente de derechos y obligaciones es la ley.

5. Ley, tribunal y juicio son tres figuras jurídicas que por su naturaleza jurídica siempre deben existir, para que de esta forma se cumplan las formalidades esenciales de todo procedimiento.

6. El error como excluyente de responsabilidad penal se debe estudiar a la luz del principio de legalidad mexicana, ya que en su actual redacción (artículo 15, fracción VIII, del Código Penal) trae consigo múltiples contradicciones que confunden al error en materia penal.

7. El error en materia penal existe en la medida en que se haya hecho incurrir al inculpado, a través de una falsa creencia o falsa suposición de una cosa o una acción; es decir, va a existir el error cuando el inculpado haya actuado sin la intención de cometer dicha conducta ilícita, existiendo en su conducta volitiva ausencia del dolo.

8. Para nuestra legislación penal mexicana tanto vale errar como ignorar, ya que una de las características de la ley es la observancia general y su cumplimiento obligatorio para todos los habitantes del territorio mexicano.

9. La libertad de toda persona se encuentra protegida y regulada por nuestro código político; ahora bien, para que dicha libertad personal se vea afectada o restringida, la autoridad que conozca de la privación de la libertad de un gobernado deberá cumplir con todos los requisitos legales que la ley exige, si faltare algún elemento tendrá la autoridad federal que satisfacer ese requisito o en su defecto dejar libre al detenido.

10. Existen diversos tipos de libertades, tales como las que regula la Constitución Federal, el Código Penal, el Código Federal de Procedimientos Penales, y la Ley que establece las Normas Mínimas sobre la Readaptación Social de Sentenciados; es decir, nuestra Constitución Política da al gobernado, en su artículo 20, fracción I, la garantía de obtener, cuando reúne ciertos requisitos, su libertad provisional bajo caución. Así, el Código Federal de Procedimientos Penales establece diversas formas de libertad, y el Código Penal Federal también nos dice cuáles figuras jurídicas traen consigo como consecuencia la libertad de los gobernados, y por último existen la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena, que son formas también de obtener la libertad.

11. Se propone, en la presente investigación, que todas las libertades y sus formas jurídicas para obtenerla sean estudiadas y aplicadas por la autoridad competente de manera oficiosa y no que tengan que ser a petición de la parte afectada.

12. Todas las autoridades que, de alguna u otra forma, tengan que ver con la persona detenida o retenida, tendrán que notificarle, en forma personal, cuál o cuáles son las libertades que, conforme a derecho, procedan en su caso, y cuáles son los requisitos que debe de cumplir; tal obligación incluye al Ministerio Público Federal. En caso de omisión, incurrirán en responsabilidad penal, todas aquellas autoridades involucradas que no cumplan con ese requisito.

13. También se propone que exista un sólo tipo de libertad provisional, durante toda la secuela del proceso penal Federal, para que de esta forma la seguridad jurídica de todo procesado no se pueda ver afectada por motivos diversos.

14. Modificar el artículo 20, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su actual redacción; con la intención de quitarle al Ministerio Público la facultad de solicitar al juez que niegue los beneficios de la libertad provisional, por tratarse de un sujeto que ha sido condenado por delito grave, o cuando la libertad de este último represente un riesgo para la sociedad o el ofendido.

15. Se propone que debe de existir solamente la privación de la libertad cuando exista una sentencia definitiva, es decir, cuando el órgano jurisdiccional así lo haya determinado en sentencia firme, con independencia de la naturaleza del delito.

16. La restricción de la libertad solamente la podrá realizar el Ministerio Público Federal cuando se trate de delitos graves, flagrantes o en casos urgentes, así señalados por la Constitución, en ese sentido, el juez penal federal podrá retener a un procesado por estar sujeto a un proceso.

17. Que todas las causas excluyentes de responsabilidad penal, sean estudiadas y aplicadas en forma oficiosa por parte de la autoridad competente y no a petición de parte.

18. El órgano jurisdiccional podrá girar ordenes de cumplimiento de sentencia, por delitos de querrela o de oficio, siempre y cuando se haya dictado sentencia condenatoria con pena privativa de la libertad, independientemente del tiempo que tenga que estar recluso.

19. Se propone la creación del juez de readaptación individual, dependiente del Poder Judicial Federal, mismo que estudiará la readaptabilidad del reo y será el encargado de aplicar las conmutaciones de las penas y medidas de seguridad.

20. Deben desaparecer algunas figuras jurídicas señaladas en el Código Penal como delitos, ya que por su naturaleza no constituyen un peligro o trascendencia social y además no tienen punibilidades privativas de libertad.

21. Siendo la libertad el derecho constitucional máspreciado después de la vida, el Congreso de la Unión debe legislar todos y cada uno de los requisitos que se necesiten para que los gobernados puedan ejercer ese derecho (gozar de su libertad) y no que quede ésta al libre arbitrio del juzgador o Ministerio Público, determinar si procede o no su libertad.

22. También se sugiere que los sustitutivos penales sean regulados en materia federal, ya que no todos los estados cuentan con la misma legislación relacionada con esos derechos.

BIBLIOGRAFÍA

Barrita López, Fernando A., *Prisión preventiva y ciencias penales*, México, Editorial Porrúa, 1992.

Bielsa, Rafael, tercera edición, aumentada, SCJN, Buenos Aires, Argentina.

Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Editorial Porrúa, 1988.

___, *El juicio de amparo*, 24a. ed., México Editorial Porrúa, 1988.

Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 5a. ed., México, UNAM, 1982.

Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, México, Editorial Porrúa, 1977.

___, *Derecho penal mexicano. Parte general*, México, UNAM, 1937.

Castellanos Tena, Felipe, *Lineamientos elementales del derecho penal*, 6a. edición, México, Editorial Porrúa, 1984.

De la Cruz Agüero, Leopoldo, *Procedimiento penal mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1995.

Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de Procesal Penal*, México, Editorial Porrúa S.A., 1986.

Ehrlich, Eugen, *Fundamental Principles of the Sociology of law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1936.

Franco Sodi, Carlos, *El procedimiento penal mexicano*, 3a. ed., México, Editorial Porrúa, 1946.

García Máynez, Eduardo, *Algunos aspectos de la teoría kelseniana*, México, Editorial Porrúa, 1978.

___, *Introducción al estudio del derecho*, México, Editorial Porrúa, 1988.

García Ramírez, Sergio, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1974.

___, *Justicia Penal, (estudios)*, México, Editorial Porrúa, 1982, prólogo de Javier Piña Palacios.

___, *Las reformas de 1993 al procedimiento penal federal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1994.

___, *Las penas sustitutivas de prisión, Desarrollo de los sustitutivos de prisión*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1995.

González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal mexicano*, 4a. ed., México, Editorial Porrúa, 1967.

Guerrero, Ezequiel, y Guadarrama Enrique, *La Interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia (1917-1984)*, tomos I, II, III Y IV, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.

Herrera y Laso, Manuel, *Estudios políticos constitucionales*, México, Editorial Porrúa, 1986.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 1988.

Islas, de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 3a. ed., Editorial Trillas, México, 1991.

Jiménez de Asúa, Luis, *El error del derecho en materia penal*, Buenos Aires, Librería el Ateneo, 1942.

Kant. M., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa Calpe, 1932.

Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1979.

Mancilla O. Jorge, *Las garantías individuales y su aplicación de el proceso penal*, México, Editorial Porrúa, 1988.

___ *Teoría legalista del delito*. México, Editorial Porrúa, 1989.

Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, Madrid, De. Revista de Derecho Privado, 1935, t. II.

Pina, Rafael de, *Diccionario de derecho*, México, Editorial Porrúa, 1989.

Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de derecho penal mexicano*, 7a. ed., México, Editorial Porrúa, 1985.

Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, 4a. ed., México, Editorial Porrúa, 1978.

Real Academia de la Lengua, *Diccionario de la Lengua*, 21a de., Madrid, 1992.

Rivera Silva, Manuel, *El procedimiento penal*, 3a. ed., México, Editorial Porrúa, 1963.

Sánchez Galindo, Antonio, Penitenciarismo, *La prisión y su manejo*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1991.

Secretaría de Gobernación, diversas revistas y publicaciones para internos de los Centros de Readaptación Social del País, México, titulada con el nombre de READAPTACIÓN, elaboradas por la Dirección General de Reclusorios, durante los años de 1992 y 1993.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1981.

Soberanes Fernández, José Luis, *Historia del sistema jurídico mexicano*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1990.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual del Juicio de Amparo*, México, Editorial Themis, 1998.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia por contradicción de tesis, tomo II, primera sala, México, 1995.

Tamayo y Salmoran, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, UNAM, 1986.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1980.

Tozzini, Carlos A., *Dolo error y eximentes putativas. Desde el punto de vista de la psicología de la forma*, Buenos Aires, Ediciones Palma, 1942.

Vela Treviño, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del delito*, México, Editorial Trillas, 1977.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Acuerdo A/06/92 de la Procuraduría General de la República.

Ley que Establece las Normas Mínimas sobre readaptación Social de Sentenciados.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Poder Judicial Federal, tomo II, 1917-1995, México, materia penal, 1995.

ÍNDICE

Dedicatoria.....	I
Introducción.....	II

CAPÍTULO I LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA MEXICANA

1. Escuela dogmática.....	1
2. Escuela positivista.....	5
3. Nuestra opinión.....	14

CAPÍTULO II EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1. Nacimiento del principio de legalidad.....	16
A. Para los doctrinarios dogmáticos.....	16
B. Para los doctrinarios positivistas.....	18
2. Efectos jurídicos del principio de legalidad.....	26
3. Fuentes del derecho.....	29
A. Para los dogmáticos.....	31
B. Para los positivistas.....	35
4) Resumen y opinión personal.....	38

CAPÍTULO III

LIBERTADES PROCESALES DURANTE LA ETAPA DE AVERIGUACIÓN PREVIA ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL

1. Libertad Constitucional por vicios en la retención del inculgado, dentro de la etapa de averiguación previa, conforme al artículo 16, párrafo VII, de la Constitución Mexicana, en relación con el artículo 194, bis, último párrafo, del C.F.P.P.....46
2. Libertad provisional bajo caución, en términos del artículo 20 fracción primera, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el artículo 399 del C.F.P.P.....53
3. Libertad administrativa por vicios en la detención, conforme al artículo 135, párrafo primero, del C.F.P.P.....72
4. Libertad administrativa sin caución (punibilidad alternativa o no restrictiva de la libertad) conforme al artículo 135, párrafo segundo, última parte del C.F.P.P.....74
5. Libertad administrativa sin caución cuando el término medio aritmético de la pena no exceda de tres años de prisión y se reúnan los requisitos del artículo 135 bis del C.F.P.P.....76

6. Libertad administrativa por suspensión del procedimiento en la hipótesis prevista en el artículo 468, fracción segunda, en relación con las fracciones primera y segunda del artículo 113 ambos del C.F.P.P.....	78
7. Libertad administrativa por comprobación de alguna de las causas que excluyen el tipo penal (antes llamado excluyente de responsabilidad penal, ahora llamado excluyente de delito) conforme al artículo 15 del C.P.....	81
a) Juristas extranjeros.....	92
b) Juristas nacionales	103
c) Suprema Corte de Justicia de la Nación	116
8. Libertad administrativa por supresión o modificación del tipo penal, o por variación de la punibilidad del delito que se le acuse.....	128
9. Libertad administrativa conforme al acuerdo A/006/92 de la Procuraduría General de la República, cuando la conducta o los hechos no son constitutivos de un delito, cuando el inculpado no tuvo participación en el evento típico, que no exista querrela en los delitos de esa naturaleza, cuando exista un obstáculo materialmente insuperable, por falta de elementos para procesar, etcétera.....	130

CAPÍTULO IV

TIPOS DE LIBERTADES DENTRO DE LA ETAPA PREPARATORIA

1. Libertad Constitucional por vicios en la detención, conforme al artículo 16, fracción VI, de la Constitución Mexicana, en relación con el artículo 134 del C.F.P.P.....134
2. Libertad Constitucional bajo caución, conforme al artículo 20, fracción primera de la Constitución Mexicana, en relación con el artículo 399 bis, del C.F.P.P.....138
3. Libertad provisional sin caución, conforme al artículo 135 bis del C.F.P.P.....152
4. Libertad provisional bajo protesta, conforme al artículo 418 del C.F.P.P.....154
5. Libertad por falta de elementos para procesar conforme al artículo 167 del C.F.P.P.....157
6. Libertad Constitucional por falta de entrega de la copia certificada del auto de formal prisión, conforme al artículo 19 última parte, de nuestra Constitución Mexicana.....163

7. Libertad por extinción de la acción penal, conforme al artículo 100 y demás relativos del C.P.....165
8. Libertad por decretarse el auto de formal prisión por un delito diverso al de la consignación (reclasificación del tipo) y éste último se trata de un delito que tiene pena alternativa o no restrictiva de la libertad.....167
9. Libertad por exclusión del delito, también llamado vigencia o aplicación de una ley más favorable, de conformidad con el artículo 117 del C.P.....168

CAPITULO V

TIPOS DE LIBERTADES DENTRO DE LA ETAPA DEL PROCESO PENAL

1. Libertad provisional bajo caución, conforme al artículo 20, fracción primera, de la Constitución Política Mexicana.....169
2. Libertad cuando se excede la prolongación de prisión más allá de la punibilidad señalada en el tipo penal, conforme al artículo 20, fracción décima, párrafo segundo.....170

3. Libertad provisional sin caución, prevista en los artículos 135 bis del C.F.P.P.....171
4. Libertad provisional bajo protesta, conforme al artículo 418 del C.F.P.P.....171
5. Libertad por suspensión o modificación del tipo penal, conforme al artículo 56 y 117 del C.F.P.P.....171
6. Libertad procesal conforme al principio *Non bis in idem* (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito), conforme al artículo 118 del C.P.F.....172
7. Libertad por falta de acusación dentro de la etapa de conclusiones, conforme al artículo 291, fracción III del C.F.P.P.....172
8. Libertad por sobreseimiento, conforme al artículo 298 fracción primera, en relación con el artículo 138 del C.F.P.P.....174
9. Libertad por acusación distinta al delito realizado, teniendo éste último pena alternativa o no restrictiva de la libertad.....177
10. Libertad por sentencia absolutoria.....177
11. Libertad por extinción de la acción penal, (amnistía).....178
12. Libertad por desvanecimientos de datos179

CAPITULO VI

TIPOS DE LIBERTAD DENTRO DE LA ETAPA DE ALZADA

1. Libertad por sobreseimiento cuando se acredita que la responsabilidad penal del sentenciado esta extinguida, en términos del artículo 298 fracción séptima, última párrafo del C.F.P.P.....187

2. Libertad por modificación de la sentencia de primera instancia en base a la resolución del recurso de apelación interpuesto ante el tribunal unitario correspondiente.....188

3. Libertad por compurgación previa de la pena, conforme al artículo 419 del C.F.P.P.....189

4. Libertad por supresión de la pena, conforme a los artículos 26 y 117 del C.P.190

5. Libertad por extinción de la acción penal, conforme al artículo 93 del C.P.....191

CAPÍTULO VII

TIPOS DE LIBERTADES DENTRO DE LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE LA PENAS

1. Libertad por sustitución de pena, conforme al artículo 70 del C.P.
.....193
2. Libertad por condena condicional, conforme al artículo 90 del C.P.
.....195
3. Libertad por conmutación de la pena, conforme al artículo 73 del C.P.F.....205
4. Libertad preparatoria en términos del artículo 84, del C.P.F.....208
5. El indulto, conforme al artículo 94 y 97 del C.P.F.216
6. Reconocimiento de inocencia, conforme al artículo 96, relacionado con la última parte del artículo 98 del C.P.F.....218
7. Libertad por extinción de la pena, conforme al artículo 116 del C.P.F.....219
8. Libertad por supresión del tipo o modificación del mismo, en términos del artículo 117 del C.P.F.....220
9. Libertad por remisión parcial de la pena, conforme al artículo 16 de la ley que establece las normas mínimas sobre la readaptación social de los sentenciados222

Conclusiones	227
Bibliografía.....	231
Legislación y jurisprudencia.....	234