



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES "ACATLÁN"**

NEGACIÓN DE LA LIBERTAD PROVISIONAL
EN DELITOS NO GRAVES,
DENTRO DE LA ETAPA
DE AVERIGUACIÓN PREVIA.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

YADIRA ALICIA GALLARDO GUILLÉN



Asesor: **JOSÉ DIBRAY GARCÍA CABRERA**

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

"GRACIAS SEÑOR POR ENSEÑARME A LLAMAR A LAS COSAS QUE NO SON COMO SI FUERAN PORQUE EN ELLO HE ENCONTRADO LA VIDA QUE TÚ ME REGALASTE"

A MIS PADRES:

POR ESE AMOR TAN INFINITO E INCONDICIONAL QUE SIEMPRE ME HAN TRANSMITIDO, POR SU APOYO Y COMPRENSIÓN, YA QUE GRACIAS A ELLO ME HAN PERMITIDO VER EL MUNDO DIFERENTE Y MEJOR.

GRACIAS

A MIS HERMANOS:

ROCIO

EDISSON

JAQUELINE

POR DEJARME VER EL EJEMPLO EN CADA UNO DE ELLOS PARA QUE PUEDA SER MEJOR DÍA CON DÍA.

A ESA PERSONA QUE DE FORMA ESPECIAL SIEMPRE ESTUVO CONMIGO PARA EXPRESARME QUE TENIA CONFIANZA EN QUE LLÉGARIA HASTA ESTE MOMENTO Y QUE LO IBA A LOGRAR.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO QUE SIEMPRE LE TENDRE ADMIRACIÓN, CARIÑO Y RESPETO POR SER LA INSTITUCIÓN QUE SIN ESPERAR NADA A CAMBIO TE DA LAS LLAVES PARA QUE ABRAS LAS PUERTAS DEL CONOCIMIENTO.

A TODAS ESAS PERSONAS QUE DE ALGUNA FORMA CONTRIBUYERON PARA REALIZAR ESTE TRABAJO.

AL H. JURADO

LIC. RENE ARCHUNDIA DÍAZ.

LIC. EDUARDC VILLAREAL MORO.

LIC. RAFAEL LORENZO ENRIQUEZ DÍAZ.

LIC. JOSE DIBRAY GARCÍA CABRERA.

LIC. MIGUEL GONZALEZ MARTINE

INDICE

INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I	
CONCEPTOS BASICOS	12
1. DEFINICION DE DELITO	13
2. DEFINICION DE LIBERTAD PROVISIONAL	14
3. GARANTIAS DEL INculpADO EN LA CONSTITUCION	26
A) LIBERTAD PROVISIONAL COMO GARANTIA DEL INculpADO	34
B) LIBERTAD PROVISIONAL Y SUS CAMBIOS DE 1917 A LA FECHA	42
CAPITULO II	
SISTEMA Y PROCEDIMIENTO PENAL	53
1.- SISTEMA PENAL	54
2.- ARTICULOS QUE FUNDAMENTAN EL PROCEDIMIENTO PENAL	56
3.- PROCEDIMIENTO PENAL	65
A) SUJETOS DE LA RELACION EN EL PROCEDIMIENTO PENAL	66
B) PERIODOS Y ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL	76
C) LA AVERIGUACION PREVIA EN PARTICULAR	78
CAPITULO III	
SISTEMA PARA EL OTORGAMIENTO DE	
LA LIBERTAD PROVISIONAL	86
1. LIBERTAD PROVISIONAL EN DELITOS GRAVES	87
2. LIBERTAD PROVISIONAL EN DELITOS NO GRAVES	95
3. LIBERTAD PROVISIONAL ANTE EL MINISTERIO PUBLICO	96
4. LIBERTAD PROVISIONAL ANTE EL JUEZ	101

CAPITULO IV:
NEGACION DE LA LIBERTAD PROVISIONAL EN DELITOS
NO GRAVES, DENTRO DE LA ETAPA DE AVERIGUACION PREVIA 106

1.- FUNDAMENTACION 107
A) EN LA CONSTITUCION 107
B) EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES 110
C) EN EL REGLAMENTO DE LA PROCURADURIA GENERAL
DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL 111

2.- ELEMENTOS PARA NEGAR LA LIBERTAD PROVISIONAL 115
A) LA CONDUCTA PRECEDENTE 117
B) CIRCUNSTANCIAS Y CARACTERISTICAS
DEL DELITO COMETIDO 121

3.- CONTRARIEDAD A LA NEGACION DE LA LIBERTAD PROVISIONAL,
DENTRO DE LA ETAPA DE AVERIGUACION PREVIA 124

CONCLUSIONES 133

PROPUESTA 140

BIBLIOGRAFIA 141

INTRODUCCIÓN

Es difícil hacer un trabajo de investigación en el cual ya se han hecho diferentes estudios tan amplios, que lo que yo pueda abarcar será ya muy comentado por diversas ocasiones, pero no en el caso específico de la "NEGACION DE LA LIBERTAD PROVISIONAL EN DELITOS NO GRAVES DENTRO DE LA ETAPA DE AVERIGUACION PREVIA", ya que esta figura es de reciente creación tanto en la Constitución como en leyes secundarias.

Es por esto, que al escoger mi tema de tesis, decidí abordarlo, por considerarlo como una figura digna de analizarse desde la Constitución ya que es de donde se desprende tal negación de la libertad provisional. Por lo tanto mi objetivo es:

EL ESTUDIO Y CRITICA SOBRE LA NEGACION DE LA LIBERTAD PROVISIONAL, DE LOS DELITOS NO

GRAVES, DENTRO DE LA PRIMERA ETAPA DEL PROCEDIMIENTO PENAL (LA AVERIGUACION PREVIA) Y A SU VEZ LA PROPOSICION DE ALTERNATIVAS PARA ESCLARECER LA PROBLEMÁTICA ACTUAL EN SU OTORGAMIENTO, SIENDO UNA DE LAS GARANTIAS MÁS IMPORTANTES CONSAGRADAS DESDE LA CONSTITUCION. Y QUE ACTUALMENTE HA SUFRIDO CAMBIOS MUY VARIABLES Y MAYORES, EN LEYES SECUNDARIAS.

EN EL AMBITO PENAL, LA CONSTITUCION MEXICANA VIGENTE OTORGA GARANTIAS FUNDAMENTALES, POR LO QUE EL MINISTERIO PUBLICO Y EL JUEZ NO PUEDEN NI DEBEN IR MAS ALLA DE LO QUE EL MARCO JURIDICO LES PERMITE, DICHAS GARANTIAS SE HAN PREVISTO, OTORGADO Y CONSAGRADO CONSTITUCIONALMENTE, CON EL UNICO FIN DE HACER URGENTES LOS DERECHOS MINIMOS Y BASICOS DE TODO HOMBRE EN MATERIA PENAL, POR MEDIO DE LOS CUALES SE PROTEGEN LOS BIENES JURIDICOS MAS IMPORTANTES QUE GOZA TODA PERSONA HUMANA, COMO LO ES EN ESTE CASO, LA LIBERTAD.

Para comenzar con éste tema tenemos en el primer capítulo considerado los conceptos básicos como es la definición de delito, la definición de libertad provisional y la garantía de libertad provisional como

garantía del inculpado en la Constitución, así como sus cambios desde su nacimiento de la figura en la Constitución hasta la fecha.

En el segundo capítulo se pretende abordar el tema del procedimiento penal en general, haciendo un desprendimiento de la primera etapa del procedimiento penal que es la Averiguación Previa.

En el tercer capítulo ya se hace una clasificación en la forma de otorgar la libertad provisional bajo caución.

Por último el cuarto capítulo hace referencia específicamente a la figura de la NEGACION DE LA LIBERTAD PROVISIONAL EN DELITOS NO GRAVES, DENTRO DE LA ETAPA DE AVERIGUACION PREVIA y la contrariedad que para nosotros representa en la actualidad.

CAPITULO I

CONCEPTOS BASICOS

1. CONCEPTO DE DELITO.
2. DEFINICION DE LIBERTAD PROVISIONAL.
3. GARANTIAS DEL INCULPADO EN LA
CONSTITUCION
(ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL).

A) LA LIBERTAD PROVISIONAL COMO GARANTIA DEL INCULPADO.

B) LA LIBERTAD PROVISIONAL Y SUS CAMBIOS DE 1917 A LA FECHA.

CONCEPTOS BÁSICOS

I.- CONCEPTO DE DELITO.

La palabra delito significa, como lo explica el maestro Fernando Castellanos "abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley". (1)

Diversos autores han dado su definición y criticado a la vez el concepto de delito, pero no es nuestro trabajo analizar profundamente tal cuestión, sino mencionar lo que en nuestro Derecho Penal se conoce como delito.

Tal es el caso del artículo 7º de nuestro Código Penal vigente que se ha usado desde 1931, hasta nuestro código vigente. Y el cual establece que, "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

De aquí se desprende también, un principio muy importante, "el principio de legalidad". (*Nulla poena,*

(1) Fernando Castellanos, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Edit. Porrúa, México 1991, pág. 125.

sine lege). Consagrado en nuestra Constitución, en él artículo 14 que a la letra dice así:

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

Esto quiere decir que en caso de delitos, las leyes deben ser perfectamente aplicables en los casos concretos, si faltare alguno de los elementos para configurar el delito, simplemente no habría delito que perseguir, porque no se podría aplicar ninguna ley.” no hay delito, si no hay ley.

2.- DEFINICION DE LIBERTAD PROVISIONAL

Bajo éste rubro citaremos las dos formas de la Libertad Provisional que se plantean en el procedimiento penal. Y desde ahora, dejando en claro que la que nos interesa para nuestro estudio, es la Libertad Provisional Bajo Caución, haciendo un estudio más adelante de esta figura en particular.

Y aunque la falta de monografías se haga presente sobre este tema, no nos impide dar una definición

simple y clara de lo que es la Libertad Provisional en nuestro Derecho Positivo Mexicano.

Tales como define el maestro Guillermo Cabarellas de Torres, la Libertad Provisional es "la liberación transitoria que, con fianza o sin ella, se concede al procesado cuando sus antecedentes no hacen temer su ocultación y siempre que el delito imputado no sea de extrema gravedad".(2)

En ésta definición, al momento de mencionarse "procesado", se debe entender que se puede dar en todo momento del procedimiento penal, quedando claro que se debe contemplar desde la etapa de la Averiguación Previa. Aunque a ésta definición podemos decir que al autor le falta explicar porqué motivo se da esta libertad o la finalidad que persigue esta figura jurídica.

Para Marco Antonio Díaz de León, la Libertad Provisional "Es la que se le concede al inculpado para los efectos de que goce de ella mientras dure el proceso penal que se le instruya. Esta libertad evita que los procesados estén en prisión preventiva durante el curso del proceso penal, trátase pues de un derecho

(2) Carabellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, Edit., Heliasta S.R.L. pág.236.

de los procesados cuando se den las condiciones establecidas por el legislador". (3)

Esta definición es muy clara, y hace mención de que dicha libertad concedida al inculpado hace que goce de ella mientras dura el proceso penal y así evitar que se encuentre el procesado en prisión preventiva. Y a diferencia de la definición anterior; en ésta se explica con que fin se otorga dicha libertad. Aunque también a ésta hace falta añadirle un elemento más, que es, el mencionar quien tiene la facultad de otorgarla.

Para Sergio García Ramírez, la Libertad Provisional es " un acto cautelar por el que se produce un estado de libertad vinculado a los fines del proceso penal, en virtud de una declaración de voluntad judicial".(4)

En ésta definición, ya se está hablando de que la Libertad Provisional también es una medida cautelar, un fenómeno cautelar procesal. Debiendo entender que las medidas cautelares, pueden ser per-

(3) Marco Antonio Díaz de León, Diccionario de Derecho Procesal Penal, M.D.D.L., Edit.Porrúa, pág.1097.

(4) Sergio García Ramírez, Estudios Penales, Vol. 9, Saltillo Coahuila, México, pág.85.

sonales y reales, con la diferencia de que las personales aseguran los efectos de las penas, y las reales la responsabilidad de tipo económico, es decir que las primeras van a restringir la libertad personal del probable responsable, y las segundas privan o restringen de ciertas cosas a su dueño, aunque aquí pueda haber una sustitución y en las personales no puede haber sustitución. Otro punto muy importante que también señala, es que la Libertad Provisional será concedida, a través de una declaración de voluntad judicial, esto es, que el juez debe otorgar dicha libertad garantía de libertad.

Pudiendo concluir, que la Libertad Provisional, cuenta con los siguientes elementos:

1. Es un derecho de conceder la libertad transitoria.
2. A cualquier sujeto que se encuentre en calidad de procesado.
3. Otorgada por una autoridad judicial.
4. Con el fin de que el procesado no se encuentre privado de su libertad, hasta en tanto no se dicte sentencia.
5. Siempre que la ley lo permita.

Podemos decir entonces, que el objetivo de la Libertad Provisional se divide en dos funciones princi-

pales; cuidar los intereses de la Sociedad, y salvaguardar los intereses del individuo, ya que por su parte la Sociedad exige el castigo de los delitos; mientras que el individuo, reclama que no sea privado de su libertad corporal, y a la vez asegurar con la caución que el proceso penal, se lleve hasta sus últimas consecuencias y así proteger a la Sociedad para asegurar la presencia del inculgado.

En nuestra legislación, los tipos de Libertad Provisional se encuentran dentro de un capítulo denominado "incidentes de libertad". Que al parecer, algunos autores no están de acuerdo en que sea considerado como tal. Y para saber porqué en nuestras leyes se toma esta postura es importante dejar claro lo que se entiende por incidente.

Pues bien, se debe entender como incidente, "aquella cuestión que se plantea como accesoria del tema principal y que requiere una tramitación especial". (5)

El maestro Carlos Oronoz Santana, señala que es un incidente de libertad, partiendo de la idea de que todo proceso es un conjunto de actividades ordena-

(5) Carlos Oronoz Santana, Manual de Derecho Procesal Penal, Edit. Limusa, Tercera Edición, pág. 170.

das en la ley con una secuencia necesaria. Por lo tanto, por muy sencillo o rápido que pueda ser la libertad provisional, si debe ser considerado como un incidente.

Para nuestro estudio mencionaremos los incidentes de libertad que se contemplan tanto en el Código Federal de Procedimientos Penales, como el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

1. Libertad Provisional Bajo Protesta.
2. Libertad por Desvanecimiento de Datos.
3. Libertad Provisional Bajo Caución.

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO PROTESTA.

Esta figura jurídica tiene la característica, de que se llega a conceder en base a la palabra de honor del procesado. aquí no se está hablando de una situación económica, como sucede en la

Libertad Provisional Bajo Caución, que como su mismo nombre lo dice se debe otorgar una caución para asegurar la reparación del daño y que no se intente escapar el procesado (como se verá más ade-

lante), sino de la mera palabra de honor de éste. Tomando en cuenta que el procesado sea de bajos recursos y obviamente la pena tendrá que ser mínima, (que no exceda de 3 años la pena máxima del delito cometido.)

Tanto para nuestro Código Federal de Procedimientos Penales contemplado en el artículo 418, como en nuestro Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal contemplado en el artículo 552 es muy claro, en que casos se otorgará la libertad provisional bajo protesta:

Artículo 418. *"La libertad bajo protesta podrá decretarse siempre que concurran las circunstancias siguientes:*

I. *Que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión. Tratándose de personas de escasos recursos, el juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cuatro años.*

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

III. *Que este 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 modo honesto de vivir; y

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

VII. La Libertad Bajo Protesta se substanciará en la forma

establecida para los incidentes no especificados.

VIII. Serán aplicables a la libertad bajo protesta, las disposiciones contenidas en el artículo 411."

Es muy importante señalarse también que se le dan obligaciones al inculpado en caso de que se le otorgue la libertad Provisional, y, que contrae éstas desde el momento en que le es concedida la libertad bajo protesta.

Y el artículo 411 señala que:

"Al notificarse al inculpado 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 señalarle y cuantas veces sea citado o requerido para ello; comunicar al mismo tribunal los cambios de domicilio que tuviera, 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 al acusado las anteriores obligaciones y las causas de revocación, pero la omisión de éste requisito no librárá de ellas ni de sus consecuencias al inculpado”.

El Código también hace mención, que no surtirá sus efectos el auto en que se conceda la libertad protestatoria sino hasta que el inculpado proteste formalmente presentarse ante el tribunal que conozca del asunto siempre que se le ordene.

Y en cuanto al Código de Procedimientos para el Distrito Federal, tiene el mismo contenido que los artículos antes mencionados.

LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.

El artículo 546 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala que procederá la libertad provisional por desvanecimiento de datos, en cualquier estado del proceso en que aparezca que se han desvanecido los fundamentos que hayan servido para decretar la formal prisión o sujeción a proceso, esto va a ser a petición de parte y con audiencia del Ministerio Público, el cual no podrá dejar de asistir, y siendo decretado por el juez.

La Libertad por Desvanecimiento de Datos, procederá:

I. Cuando en el curso del proceso se hayan desvanecido, por prueba plena, las que sirvieron para comprobar los elementos del tipo penal;

II. Cuando, sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena, los señalados en el auto de formal prisión o sujeción a proceso, para tener al procesado como probable responsable..

Una vez hecha la petición por el interesado, el juez citará a una audiencia dentro del término de 5 días, y el juez dentro de setenta y dos horas procederá a dictar la resolución que proceda.

Es muy importante hacer la diferencia entre la figura de la libertad por falta de elementos para procesar, ya que se puede llegar a confundir con la libertad por desvanecimiento de datos, pero ésta figura la podemos encontrar antes de que se dicte el auto de formal prisión, es decir que estamos hablando de que todavía se encuentra en la etapa de Averiguación Previa, a diferencia de la Libertad por Desvanecimiento de Datos, que es después del auto de formal prisión.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aclarado el contenido del incidente que se comenta al señalar que:

“... Por desvanecimiento de datos no debe entenderse que se recaben pruebas que favorezcan más o menos al inculpado, sino que aquellas que sirvieron de base para decretar la formal prisión, aún cuando favorezcan al inculpado, deben ser materia de estudio en la sentencia definitiva y no pueden servir para considerar desvanecidos los fundamentos de hechos de la prisión motivada...”.

En este incidente contemplado en el código de procedimientos nos podemos dar cuenta que no es provisional su resolución, sino más bien definitiva.

Hasta aquí agotaremos los incidentes de libertad, tanto la protestatoria, como la libertad por desvanecimiento de datos, ya que sólo se pretende hacer mención de los incidentes de libertad, contemplados en nuestra legislación. Y por lo tanto, de la que se hará el estudio y análisis en este presente trabajo es específicamente de La Libertad Provisional Bajo Caución.

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION.

Este incidente es el primero en nuestros Códigos tanto en el Federal de Procedimientos, como en el de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, pero el motivo de que se ha mencionado hasta el último momento, es porque se ha preparado un inciso especial para explicar ésta figura procesal y como ya lo había mencionado antes, es la que nos interesa en éste presente trabajo de tesis, aunque si es necesario mencionar que la Libertad Provisional Bajo Caución es la única que tiene el *rango constitucional*. Además

de que es el único incidente que se da dentro de la primera etapa que es la Averiguación Previa, ya que las otras figuras se dan ante un juzgador.

3. GARANTIAS DEL INCULPADO EN LA CONSTITUCION.

En el proceso penal, hay infinidad de garantías para un procesado, pero son tantas que no se puede terminar de hablar de ellas en un sólo trabajo, es por ello, que se señalan en el tema las garantías contempladas en el artículo 20 de nuestra Constitución, ya que son las "garantías mínimas" y más importantes desde mi punto de vista para el procesado en todo el procedimiento penal.

Y nuestro empeño por desarrollar éste artículo en el presente incisc, es porque se encuentra regulada la libertad provisional bajo caución motivo de nuestro estudio.

Para que haya una mejor comprensión de lo que es conocido como "Garantías del Inculpado", es necesario hacer notar que éste artículo se encuentra regulado en nuestra Constitución dentro de los pri-

meros veintinueve artículos, llamadas "Garantías Individuales". Y esto nos obliga a dar también una definición correcta como lo hace el maestro Castillo del Valle, de lo que es una Garantía Individual, y tenemos entonces que: " es el medio jurídico consagrado por la Constitución principalmente, por virtud del cual se protegen los derechos de los gobernados frente al Estado y sus autoridades, obligando a estos a respetarles derechos".(6)

El autor nos explica que el sujeto titular de dichas garantías individuales es el individuo o gobernado única y exclusivamente.

Referente a este punto también el maestro Burgoa Orihuela, define a la garantía constitucional como asegurar, proteger, defender, salvaguardar. Por lo que acertadamente dice que existe una connotación a esta palabra, en sentido lato "aseguramiento" ó "afianzamiento y por otro lado "protección respaldo, defensa, salvaguardia o apoyo".(7)

Explica que, deben de existir dos sujetos; el activo, que es propiamente el gobernado, es decir el que

(6) Alberto Castillo del Valle. La Defensa Jurídica de la Constitución en México, Edit. Herrera 1994, pág 21.

(7) Ignacio Burgoa Orihuela. Las Garantías Individuales, Edit Porrúa 1996, pág. 161.

va a gozar de este derecho, y el pasivo que está constituido por el Estado y sus órganos de autoridad, que son quienes están obligados a respetar éste derecho.

Kelsen, identifica a las Garantías de la Constitución, como: "los procedimientos o medios para asegurar el Imperio de la Ley Fundamental frente a las normas jurídicas secundarias, es decir, para garantizar el que una norma inferior se ajuste a la norma superior que determine su creación o su contenido."⁽⁸⁾

Una vez ya explicado, estos conceptos básicos para seguir con nuestro estudio, analizaremos, cada una de las fracciones contempladas en nuestro artículo 20 Constitucional:

Artículo 20 "...En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpaó 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 inculpaó haya sido con-

(8) *Teoría General del Derecho y del Estado*, págs. 280 y sigs.

denado 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 el 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, puede imponerse al inculpado.

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

La libertad Provisional que es, nuestra materia de estudio en sí, es una medida de carácter transitorio, provisional, como su propio nombre lo menciona, en el cual, sin perjuicio de que el proceso continúe y el inculpado pueda gozar de su libertad corporal, aun-

que sujeto a determinadas restricciones y permita que se encuentre en mejores condiciones para atender a su defensa.

Al principio de éste artículo, dice que "...en todo proceso de orden penal...", al hacerse mención del "proceso", debemos entender que se abarca desde la Averiguación Previa, como lo explica el mismo artículo en su parte última.

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

Ya se sabe que el procedimiento penal sirve para que se conozca la verdad real, pero no significa, que para obtener el resultado, se tenga que usar cualquier medio violento en contra del detenido.

Esta fracción es muy clara al dar a entender que se protege lo que en algún día hubo maltrato y fue visto de una manera natural o necesaria por parte de las autoridades, para que en un momento dado por medio de la fuerza, un inculpado aceptara su culpa. En esta garantía queda nugatorio toda clase de tortu-

ra, y algo muy importante también que es, que la persona en ningún momento pueda quedar incomunicada.

La declaración del inculpaado obtenida mediante la violencia física o moral, produce su inconstitucionalidad, lo que impide que tenga la categoría de prueba confesional, y con efectos probatorios.

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

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

Jorge Alberto Mancilla Ovando, menciona que los careos son una obligación procesal que el juez de la causa debe satisfacer, y que son una formalidad esencial en el procedimiento. Los careos no son prueba por su naturaleza procesal, su categoría es de instrumento perfeccionador de las pruebas testimoniales o de las pruebas confesionales, al confrontarles.

En la fracción **V**, se le da al inculpado el derecho que tiene para ofrecer testigos y demás pruebas, siendo dentro de los términos señalados por la ley.

Fracción VI. Se contempla la garantía de ser juzgado en audiencia pública por un juez o por un jurado

En la fracción **VII**, todo inculpado tiene derecho a que le sean facilitados todos los datos que obren en el expediente que obren en el proceso.

Fracción VIII. Si se trata de delitos que cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, será juzgado antes de cuatro meses. Y si la pena excediere de este tiempo se juzgará entonces, antes de un año. Salvo que se necesite de mayor plazo para su defensa.

Fracción IX. En ésta fracción se encierran todas las garantías contempladas en la Constitución, plasmado el derecho que tiene el inculpado a ser informado desde el inicio del proceso penal de todos los derechos que le otorga la misma Constitución.

También se tiene derecho a una defensa, la Constitución señala que puede ser el mismo procesado, o ya sea por medio de un abogado, ó por medio de una persona de su confianza esto con el fin de que el in-

culpado tenga aparte de ayuda jurídica, también se le de ayuda moral. Esta figura tan importante en la actualidad, refiriéndonos a la persona de confianza es el resultado de las reformas de 1990. En caso de que no quiera o no pueda nombrarlo el procesado, el juez nombrará a un defensor de oficio. Cualquiera que sea su defensa, tiene derecho a comparecer en todos los actos de proceso, pero también teniendo la obligación de presentarse cuando se le requiera.

X. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquier otra prestación de dinero.

Los dos últimos párrafos de éste artículo, fueron reformados también en septiembre de 1993, ampliando las garantías previstas en las fracciones I.V.VII Y IX también en la etapa de averiguación previa, con los términos, requisitos y limitaciones que la ley establezca, señalando aparte que las fracciones I y II no estarán sujetas a condición alguna.

Y el último párrafo se refiere concretamente, a las garantías que también se otorgan a la víctima del delito, para recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño, a coadyuvar al Ministerio Público y a que se le dé atención médica de urgencia cuando requiera.

A) LIBERTAD PROVISIONAL COMO GARANTIA DEL INCULPADO.

Es importante empezar por la definición de libertad provisional bajo caución; y tenemos que Juan José Bustamante señala que:

"..Bajo el nombre de Libertad Provisoria o libertad Bajo Caución, se conoce en el procedimiento a la libertad que con carácter temporal se concede a un detenido por el tiempo que dure la tramitación del proceso previa la satisfacción de determinadas condiciones estatuidas en la ley..". (9)

Para Piña y Palacios:

"...Es el medio que permite obtener la libertad, entre tanto se pronuncia sentencia definitiva en un proceso, mediante el empeño de una garantía que evita la substracción a la acción de la justicia.(10)

(9) Juan José González Bustamante, Principios de Derecho Procesal Mexicano, pp. 447 y 448.

(10) Juan José González Bustamante, Ob. Cit., Editorial Porrúa, 3a. Edición, México, 1959 pág. 298.

Esta figura contemplada en la Constitución en su artículo 20, fracción primera es una verdadera garantía individual para toda persona que se encuentre sujeta a un proceso, porque puede darse desde el momento en que el procesado, ya sea por el mismo ó por su defensor lo solicite y pueda darse la Libertad Provisional mediante una caución, a juicio del juzgador y debiendo reunirse ciertos requisitos que la ley señala para que se pueda conceder.

Este incidente es el primero en nuestros Códigos tanto en el Federal de Procedimientos, como en el de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, pero el motivo de que se ha mencionado en último, es porque es la única que tiene el *rango constitucional*.

Creo que no está de más volver a mencionar que la Libertad Provisional es indudablemente muy importante para el inculcado ya que contempla uno de los bienes de mayor valor humano, y también el bien más valioso que se llega a debatir en el mundo del Derecho Penal, incluso, es el principio protector de todas las Constituciones, ya que ha llegado hasta el punto de que se debe respetar la libertad aún estando una persona como probable responsable de un delito. Y que puede llegar a estar bajo una figura penal que es la Prisión Preventiva, aún sin saber si es

que se le puede comprobar que ha cometido un delito. Es por eso que la Constitución, partiendo del principio de que todavía no se comprueba que sea responsable, pueda conservar su libertad hasta que se demuestre lo contrario.

Hay que hacer notar varios elementos de ésta figura del derecho procesal penal. Y primero tenemos que dejar claro que es una garantía individual otorgado por la Constitución para toda persona que se encuentre privada de dicha libertad. Por esto se debe entender que es una persona que se encuentra sujeta a proceso penal.

Otro punto básico, es que esta libertad es de carácter temporal, sólo se sujeta a ella mientras llega el momento en el que el juez dicte sentencia definitiva y en su momento oportuno cause ejecutoria. Y entonces la persona sujeta a proceso no se encontrará en la figura penal conocida como la "prisión preventiva", esto quiere decir, que la primera sustituye a la segunda, y por lo tanto, la prisión preventiva es contraria a la libertad provisional.

El artículo 18 Constitucional es muy claro y señala que "...Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva..." Esto con el fin de que las personas que no se les ha podido encontrar

su culpabilidad no se escapen de la justicia y llegue el procedimiento hasta concluir. Y así la Sociedad pueda confiar en las leyes de su pueblo.

Pero la diferencia de éste tipo de prisión la libertad provisional, previos requisitos que deben cumplirse para otorgarse, cree prudente, no privar de esa libertad y dejar que, hasta que se pueda comprobar que si hay culpabilidad, no se encuentre restringida de su libertad.

MOMENTO.

Ahora bien, ¿En qué momento puede ser solicitada dicha garantía?. En virtud de que el artículo 20 dispone que el inculpado tiene derecho a gozar de la garantía de la libertad provisional bajo caución, en todo momento en que se encuentre sometido a proceso se debe entender que es desde el inicio de la Averiguación Previa, hasta la segunda instancia, es decir la apelación, donde puede gozar de dicha garantía de Libertad ya que en este momento procesal en el que el procesado se puede encontrar en la prisión preventiva, ya que no está cumpliendo todavía una pena, puesto que la sentencia condenatoria dictada en su contra no ha causado ejecutoria.

El artículo 20 constitucional, establece que todo procesado tendrá derecho a gozar de la Libertad Provisional Bajo Caucción, siempre y cuando no se trate de delitos que por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. Pero al mismo tiempo la ley hace excepciones a esta regla.

1. Que el delito que haya cometido el inculpado no sea considerado como delito grave, por la ley.

2. A solicitud del Ministerio Público, en el caso de que el inculpado haya sido condenado anteriormente por algún delito calificado como grave por la ley. Y;

3. Tratándose de delitos no graves el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado represente por su conducta precedente o las circunstancias o características del delito, un riesgo para el ofendido o para la Sociedad.

En base a esto, se debería aclarar una cuestión, ¿En qué momento se puede otorgar entonces la Libertad Provisiona ?.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su artículo 556, como lo es también en el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 399 se establecen los requisitos para

obtener la Libertad Provisional.

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

Esta Libertad es estrictamente personal, ya sea que se da el caso, de que se garantice el monto estimado de la reparación del daño, y sean uno o más los inculcados, se les debe de exhibir por cada uno de ellos el monto total a que asciende el daño causado.

II. *"Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso pueda imponérsele;"*

Aquí el problema sería el monto estimado de las sanciones pecuniarias, pero se ha estimado que el monto debe referirse al máximo que como pena pecuniaria establece cada tipo penal, ya que sería la mejor forma para garantizarla.

III. "Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso; y "

Aquí se está refiriendo a las siguientes obligaciones:

1. Presentarse ante el Juez cuantas veces sea citado o requerido para ello.
2. Comunicar los cambios de domicilio que tuviere.
3. Presentarse ante el Juez que conozca de su causa el día que se le señale de cada semana.

" IV. Que no se trate de delitos que por su gravedad están previstos en el párrafo último del artículo 268 de este Código".

Hay que aclarar que esta libertad provisional se otorga mediante una "caución", y no se menciona "fianza" ya que no es lo mismo, ya que la diferencia consta en que la fianza es una manera de otorgar la caución y ésta, es la garantía en sí, que alguien otorga para dejar a otro exento de alguna obligación legal.

FORMAS DE CAUCIÓN.

Hay diversas formas de caución señaladas en nuestros códigos de procedimientos penales que son:

1. El depósito en efectivo, hecho por el inculpa-do o por terceras personas en la institución de crédito autorizada..

2. La hipoteca.
3. La prenda.
4. La fianza personal que se encuentra en los artículos 2855 del Código Civil, y;
5. El fideicomiso formalmente otorgado.

REVOCACIÓN.

En la Constitución, actualmente se contempla una figura que es consecuencia de las reformas de 1993, dice que: "el juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso". Con ésta nueva figura podemos decir que se está protegiendo las malas consecuencias que se pudieran dar una vez ya otorgado la libertad provisional bajo caución. Una seguridad más para la realización del proceso legal hasta el final y una seguridad más para la parte ofendida o sociedad.

Y basta con que el procesado viole uno de los supuestos que contempla el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que son:

I. Cuando no se presentare ante el Ministerio Público o ante el juez cuando sea citado; II. No comuni-

car los cambios de domicilio que tuviere; III. Cuando desobedeciere sin causa justa y comprobada las órdenes legítimas del tribunal que conozca de su asunto; IV. Cuando fuere sentenciado por un nuevo delito intencional que merezca pena privativa de libertad, antes de que la causa en que se le concedió la libertad esté concluida por sentencia ejecutoria; V. Cuando amenazare a la parte ofendida o a algún testigo de los que hayan dispuesto o tengan que deponer en su causa, o tratare de cohechar o sobornar a cualquier persona; VI. Cuando lo solicite el mismo inculgado; VII. Si resultare que el delito o los delitos materia del auto de formal prisión son de los considerados como graves; y VIII. Cuando en su proceso cause ejecutoria la sentencia ejecutoria en primera o segunda instancia.

B).- LIBERTAD PROVISIONAL Y SUS CAMBIOS DE 1917 A 1996.

La Libertad Provisional Bajo Caución se conocía desde el antiguo Derecho Romano.

En la ley de las doce tablas ya se establecía que si se tenía la posibilidad económica otorgaran una cau-

ción en favor de los pobres para obtener su libertad provisional.

El texto original de la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 señalaba lo siguiente:

" Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza hasta de 10,000.00 pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de 5 años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad y otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla".

Primero, se fijaba la caución, se establecía únicamente un máximo. También se fijaba una pena máxima de 5 años. Se contemplaban dos formas de Caución: la hipotecar a o personal y no se mencionaba el término "Caución" sino que se mencionaba "fianza".

Esta medida era problemática porque antes de dictar sentencia no se podía determinar cual era la pena que correspondía, por lo tanto muchas veces, no se sabía si merecía o alcanzaba dicha libertad.

"La Corte ... afirmó que la libertad bajo fianza a la que se refería la fracción I del artículo 20 Constitucional debería concederse atendiendo al término medio aritmético de la pena" . Constituyéndose así en la tesis 333 de Jurisprudencia definida, publicada en el tomo LXIV del Semanario Judicial de la Federación.

Después, viene la primera modificación a éste artículo en el año de 1948, como lo menciona Zamora Pierce;

"Art. 20. En todo juicio de orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza que fijará el juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de 5 años de prisión, sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla, bajo responsabilidad del juez en su aceptación. En ningún caso la fianza acusación será mayor de \$250.000 a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un

daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado”.

Aquí ya es agregado el término medio aritmético al rango constitucional, ya que antes estaba interpretado jurisprudencialmente.

En cuanto a la caución y su monto, aparte de que aumento el monto de la caución genérica y no pudiendo ser mayor a \$250,000 fija una caución para delitos que representan para su autor un beneficio económico o causen a la víctima un daño patrimonial, y será la caución, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño causado, El monto de la caución, siempre debía ser mayor que el lucro obtenido por el delincuente y así pudiese sustraerse de la justicia. Pero esto no funcionó como se pensaba porque se presentó el problema de que para ellos resultaba provechosísimo otorgar la garantía porque preferían huir y otorgar la fianza a someterse al proceso y tomar el doble riesgo de ser condenado a prisión y al pago de la reparación del daño.

Nuevamente se vuelve a dar una reforma, el 14 de enero de 1985, el cual entró en vigor a los 6 meses de su publicación. Se da otra reforma al artículo 20 fracción I:

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

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

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

Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima

daño y perjuicio patrimonial. La garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados.

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

Hay un cambio muy importante en cuanto al monto de la caución y se deja de usar esa forma anticuada de ponerlo en cifras ya que constantemente se iba a modificar la cifra de acuerdo a la evolución de la economía, y se optó por los múltiplos del salario mínimo.

Algo también notorio, es que ya no se utiliza el término "fianza", sino que lo cambian por "caución", ya que de esta manera es la forma correcta. Y por otra parte se hace mención de una manera correcta como lo es el hablar de Libertad Provisional bajo Caución y no-fianza. En lugar de "el juez" 1984 aquí ya se modifica por "el juzgador".

Estas reformas practicadas en 1971, para el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que tienen antecedentes en el Estado de México y sustentaron sucesivos avances en el derecho secundario, que culminarán en la reforma de 1983, la ley

penal y procesal. Estas reformas anticiparon grandes transformaciones que aparecerían en años posteriores principalmente en 1983, permitieron al indiciado a obtener su Libertad Provisional ante el Ministerio Público, ahora no solo ante el tribunal, como lo decía en la Constitución. Ahora desde la Averiguación Previa cuando se tratara de delitos imprudenciales cometidos con motivo el tránsito de vehículos.

Ya que los derechos constitucionales del inculpado son el mínimo irreductible y las leyes secundarias pueden acordar mejoramientos en el estado jurídico del particular, es decir, extensiones en el derecho de éste, sin necesidad de reformar la Carta Magna. Esta fue la idea principal que tuvo ésta reforma.

En base a lo expuesto en párrafos atrás, el inculpado puede obtener su libertad provisional tanto en el proceso como en la Averiguación Previa y que desde que empieza la etapa procesal puede gozar de ese derecho (un cambio muy favorecedor para el inculpado y que para mi punto de vista fue un cambio muy acertado).

También hubo cambios secundarios en 1991. Esto en leyes secundarias, en el Código de Procedimientos Federal y del Distrito Federal, en donde se admitiría por primera vez el responsable arbitrio del juzgador

que concediera al procesado cuando la pena de delito imputado rebasaba el término medio aritmético. Y sujeto a determinados requisitos:

1. que se garantice la reparación del daño,
2. que la concesión de libertad no apareja un grave peligro social,
3. que no exista riesgo fundado de substracción a la justicia y
4. que no se trate de reincidentes o habituales. Reforma muy cuestionable, ya que se daba mucha libertad al juzgador, no hay autode terminación en la ley, pero sin embargo era un beneficio para el procesado.

Después el 30 de julio de 1993, la Cámara de Diputados, propuso la reforma de los artículos 16, 20 y 119.

Artículo 20. "En todo proceso de orden penal, tendrá el acusado las siguientes garantías: I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. El monto y forma de caución que

se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial. El juez podrá revocar la libertad caucional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso”.

La comparación con las reformas anteriores, en esta reforma había de caución inicial y no de simple caución y se menciona que puede haber reducción de la caución pero no de el aumento del daño reparable.

Algo muy importante que sucedió, es que se elimina el término medio aritmético y en cambio se menciona que se concederá la libertad en todos los casos salvo en delitos graves, ignorando como lo menciona el maestro Sergio García Ramírez, “...que la gravedad de los delitos considerados en el sistema penal se expresa en la punibilidad dispuesta por el legislador...”.

En esta reforma se estipula también una novación; la Revocación, y dice que:

“El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cual-

quiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso”.

Y por último tenemos la reforma publicada en 1996, que no es más que un producto de la influencia que representó para la reforma del artículo 20 Constitucional: el legislar sobre la “delincuencia organizada”. Tan es así que se dio la nueva Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

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 circunstan-

cias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el 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, puede imponerse al inculpado.

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

Junto con ésta reforma se dieron también una serie de cambios constitucionales a los artículos 16,21,22 y 73, aunque es conveniente señalar que la reforma a la fracción I del artículo 20 fueron planteadas en una iniciativa específica del Ejecutivo.

CAPITULO II

SISTEMA Y PROCEDIMIENTO PENAL

1. SISTEMA PENAL.
2. ARTICULOS QUE FUNDAMENTAN EL PROCEDIMIENTO PENAL
3. PROCEDIMIENTO PENAL.
 - a) SUJETOS DE LA RELACION JURIDICA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.
 - b) PERIODOS Y ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO.
 - c) LA AVERIGUACION PREVIA EN PARTICULAR.

1.- EL SISTEMA Y PROCEDIMIENTO PENAL.

EL SISTEMA PENAL.

El sistema para determinar la procedencia de la libertad caucional, como hace referencia el maestro Jesús Zamora Pierce; puede seguirse de dos maneras. La primera, es através de un sistema fijo ó pre-determinado por la ley, "...estableciendo supuestos en que necesariamente debe concederse..", o bien un sistema indeterminado, "...dejando al juez en libertad para concederla o negarla según las circunstancias del caso", (11) lo que se conoce como "arbitrio judicial", es decir que se le da al juez la facultad de resolver o decidir en que casos se concede.

Y más adelante nos daremos cuenta de que en nuestro texto constitucional siempre se ha usado el sistema determinado, ya que siempre se ha concedido la libertad provisional bajo caución tomando en cuenta el término medio aritmético, sin influir para conceder la libertad provisional ni las características

(11) Jesús Zamora Pierce, Garantías y Proceso Penal. Edit. Porrúa, pág. 180.

del delito cometido, ni las circunstancias personales del procesado para que el juez pueda determinar si se concede o se niega la garantía. Únicamente se ha tomado en cuenta éstas circunstancias, para la fijación de la caución, pero sin influir en la concesión o negación de la libertad.

No es sino hasta las reformas de 1996, que cambia éste sistema para la procedencia de la libertad provisional, aplicándose los dos sistemas al mismo tiempo, ya que se toman en cuenta por una parte la predeterminación de la ley para unos casos y el arbitrio judicial para otros casos. Que por nuestra parte, es un desacierto total como más adelante se demostrará.

Ahora bien, es indispensable para el desarrollo del tema, hacer mención del Procedimiento Penal Mexicano, esto con el fin de identificar la etapa de Averiguación Previa.

Y tenemos que se entiende por procedimiento penal "el conjunto de normas que regulan y determinan los actos, las formas y formalidades que deben observarse durante el procedimiento para hacer factible la aplicación del Derecho Penal Sustantivo"(12).

(12) Mario Colín Sánchez, *Derecho Mexicano de Procedimientos penales*, Edit. Porrúa, S.A. México 1974 pág. 3.

Aunque también podemos decir de una manera clara que es el conjunto de actividades ordenadas en la Ley previamente establecidas y de forma general, dando así la seguridad jurídica, que llevará como resultado si existe delito o no.

Y como finalidad de la materia, podemos mencionar que es la aplicación al caso concreto, y por medio de esto salvaguardar la tutela penal, como lo son la vida, la libertad, el patrimonio, etc. para poder reprimir el desorden y así alcanzar el bien común.

2.- ARTICULOS QUE FUNDAMENTAN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

La Constitución está dividida en dos partes, la primera de ellas, es la parte *Dogmática*, que son los primeros 29 artículos referentes a las "Garantías Individuales" (que ya fué antes comentado) y la segunda parte, la *Orgánica* que establece los órganos de la Federación y la competencia de ellos.

Y es precisamente que se encuentra dentro de las Garantías Individuales la fundamentación del Derecho Procesal Penal, ya que como se explicó antes,

es la protección que a toda persona le otorga el Estado, salvaguardar sus derechos como personas frente a los actos de las autoridades. Tiene que respetar dichas leyes, es por esto que al analizarlas nos daremos cuenta, cuales son los límites de las autoridades

Los artículos que fundamentan al procedimiento penal son los siguientes:

Para empezar tenemos que, el primer artículo de la Constitución, indica que "*todas las personas o individuos que se encuentren en territorio mexicano podrán gozar de las garantías contempladas en la misma Constitución*", y tenemos que, no se hace ninguna diferencia de color, raza, sexo, etc. por lo tanto las personas libres y las personas presas no se excluyen de este concepto.

El artículo 13 dice que "*Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales*"

Con éste artículo queda claro que la ley se debe aplicar en forma general y para todas las personas que se coloquen en el supuesto que la misma ley sanciona. Y por ningún motivo se admite un tribunal especial para que una persona sea juzgada.

Aunque, a éste artículo, podríamos señalar una excepción, que lo es el fuero de guerra, únicamente contra delitos y faltas que se cometan contra la disciplina militar.

Esta prohibido total y estrictamente la "analogía", ya que no se puede tomar en cuenta para aplicar una sanción a un caso; que sea parecido a otro y que por la similitud se vaya a condenar igual.

Al tomar en cuenta la primera intervención que se hizo en este trabajo (concepto de delito), y dentro de este inciso toqué el principio de legalidad, ya que desde mi punto de vista es el principal o al menos el que da el mejor escudo contra las autoridades penales

En su parte segunda del artículo 14 Constitucional; menciona que *"Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho"*.

En síntesis, quiere decir, que no puede haber juicios, delitos, penas, jueces, tribunales, que no estén

previstos por la ley, y por lo tanto no podrán ser privados de sus derechos, llevando como resultado una seguridad para todos los individuos y respecto hacia sus derechos, conducen a la plena "legalidad" de los actos de autoridad.

Otro punto fundamental de esta garantía en su primer párrafo, menciona que se prohíbe el efecto retroactivo de cualquier norma, esto quiere decir, que en caso de que entren nuevas leyes que puedan contravenir a una situación jurídica con anterioridad a ella no se podrá aplicar la nueva ley, ya que lo que se busca en una nueva ley es que tenga efectos al futuro y no al pasado, con el fin de que haya una seguridad para el que ya fue juzgado y no le cause ningún daño y por el contrario solamente se podrá valer el efecto retroactivo, cuando beneficiare al acusado. Por ejemplo si una nueva ley eleva al grado de delitos hechos que antes no lo fueron o que se establezca una pena mayor, el inculpado debe ser juzgado con las leyes que se encontraban vigentes en el momento de cometer el delito que se le imputa, pero si el carácter de nueva ley suprime el aspecto delictuoso del hecho, deberá ser juzgado conforme a este nuevo principio.

Esta prohibido total y estrictamente la "analogía" ya que no se puede tomar en cuenta para aplicar una

sanción a un caso que sea parecido a otro y que por la similitud se vaya a condenar igual.

En el artículo 16 Constitucional, se mencionan los requisitos básicos que deben tomarse en cuenta para iniciar todo procedimiento penal.

Y de acuerdo con éste artículo en el párrafo cuarto señala quienes pueden detener a un indiciado al estar en presencia de un delito flagrante; "entendiendo por flagrancia en el mismo momento de estarse cometiendo un delito sin que el autor haya podido huir"(13) pudiendo ser cualquier persona, esto, sin demora se debe poner a disposición de la autoridad inmediata; y esta autoridad actuando inmediatamente también debe ponerlo a disposición del Ministerio Público.

El párrafo primero del artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, estatuye cuando se está en presencia de la perpetración de un delito flagrante, debiendo ser en el momento de estar cometiendo el delito ó es perseguido material o inmediatamente después de ejecutado el ilícito.

(13) Diccionario Enciclopédico Quillet, Tomo V, Editorial Cumbres, S.A., pag. 335.

No está de más mencionar que en el segundo párrafo del artículo 267 del Código de Procedimientos Penales se equipara a la existencia de un delito flagrante:

1. Cuando el inculpaado señalado como responsable de la comisión del ilícito por:
 - a) La víctima,
 - b) Algún testigo presencial de los hechos,
 - c) Quien hubiera participado con el en la realización del delito;

2. Se encuentre en su poder el:
 - a) Objeto del delito, o,
 - b) Instrumento con que fue cometido, o
 - c) Aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fuertemente su participación en el delito.

Esta equiparación se presentará siempre y cuando:

- 1) Se trate de un delito grave, así calificado por la ley;
- 2) No haya transcurrido un plazo de 72 horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos;
- 3) Se hubiere iniciado la averiguación previa; y
- 4) No se hubiera interrumpido la persecución del delito.

El párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional establece que ningún indiciado puede ser retenido en la investigación de un delito, por parte del Ministerio Público, por más de 48 horas, concluido este termino deberá ordenar la libertad del indiciado, o ponerlo a disposición de la autoridad judicial.

Aunque la Constitución no hace la clasificación de las etapas de todo procedimiento penal, si las menciona; tal es el caso de la etapa de Averiguación Previa, que lo menciona precisamente en este artículo 16 Constitucional con el plazo de las 48 horas que tiene el Ministerio Público para consignar la Averiguación decretar la libertad del indiciado.

Artículo 17: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Se prohíbe la ley que en épocas atrás se acostumbraba aplicar: "ojo por ojo y diente por diente",

es decir, que nadie puede cobrar venganza por sí misma, ya que existen tribunales que impartirán de una manera pronta, completa e imparcial justicia y equidad para todos.

El Artículo 18 de la Constitución, contempla la prisión preventiva, limitando sólo a que habrá lugar a ésta sólo cuando se trate de delitos que merezcan pena corporal, excluyendo cualquier otro supuesto. Y no estamos hablando más que de una medida que para algunos autores suena contrario al artículo 14 Constitucional, puesto que en él señala que nadie puede ser privado de su libertad si no es mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, y mediante leyes establecidas con anterioridad, y qué es lo que hace la prisión preventiva, sino privar de su libertad al procesado, antes de un juicio previo. Pero en atención a la necesidad de proteger los bienes del ofendido o de la Sociedad, así como de un seguro proceso penal, se hace una excepción al artículo 14 en comento, pero de forma que sólo en casos relevantes se aplique.

El artículo 19 Constitucional, también marca una serie de medidas vitales para el procedimiento penal

"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir

de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste”.

El órgano de primera instancia en materia penal contará con un plazo de 72 horas, contando a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición para resolver la situación de un sujeto contra el cual el Ministerio Público ejercitó acción penal por la probable comisión de un ilícito penal, debiendo tomar en cuenta que en el Derecho Penal, los lazos son improrrogables. Aunque el mismo artículo en comentario señala en que casos puede ampliarse éste término, también señala que la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por ley penal.

La parte inicial del párrafo segundo del artículo 19 constitucional, menciona *“Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso”*. En la parte final del párrafo segundo del artículo 19 constitucional menciona que *“si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pue-*

da decretarse la acumulación si fuere conducente”.

Y con respecto del artículo 20 de la Constitución, ya nos hemos referido a él anteriormente con gran detenimiento, considero que no es necesario volver a señalar el mismo punto, sino más bien sólo mencionar que es sin lugar a dudas un fundamento constitucional del Procedimiento Penal Mexicano.

Y por lo que hace al artículo 21 Constitucional, *“establece que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.”*

3.- PROCEDIMIENTO PENAL.

En cuanto al Procedimiento Penal Mexicano, dirémos que es “el conjunto de normas que regulan y determinan los actos, las formas y formalidades que deben observarse durante el procedimiento penal para hacer factible la aplicación del Derecho Penal Sustantivo.” (14)

(14) Mario, Colín Sánchez, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Edit. Porrúa, S.A. México 1974, pág. 3.

Aunque también podemos decir de una manera clara que es el conjunto de actividades ordenadas en la Ley previamente establecidas y de forma general, dando así la seguridad jurídica que llevará como resultado si existe delito o no.

Y como finalidad de la materia, podemos mencionar que es la aplicación al caso concreto y por medio de esto salvaguardar la tutela penal como la vida, la libertad, el patrimonio, etc. para poder reprimir el desorden y así alcanzar el bien común.

A. SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

Para empezar con éste inciso es necesario señalar, que las partes en todo proceso penal son dos: Primero, el Ministerio Público y segundo, el Defensor ya que el primero es quien inicia la denuncia y el defensor es la parte que va a actuar contrariamente, y estos son quienes van a llevar el procedimiento ante el Juez.

Ahora bien, los sujetos procesales, que son las personas que intervienen de una manera u otra en el

procedimiento penal, son: el ofendido, el Ministerio Público, el defensor, el Juez, el inculpado, los testigos, etc. ya que todos ellos intervienen en el procedimiento penal.

INCULPADO.

Es la persona, que ha llegado a cometer una violación a el Código Penal, es decir, que ha cometido un delito y que por lo tanto va a ser sujeto de un proceso penal.

Esta figura también conocida como el "sujeto activo", y a lo largo del procedimiento se le denomina de diferentes formas.

Cuando se encuentra dentro de la primera etapa, (Averiguación Previa), hasta el auto de formal prisión recibe el nombre de Indiciado o Inculpado; Procesado o Probable Responsable desde el auto de formal prisión o sujeción a proceso hasta las conclusiones; Acusado desde las conclusiones acusatorias hasta la sentencia; y sentenciado o enjuiciado, después de dictada la sentencia.

DEFENSOR.

Este sujeto del proceso que siempre ha sido tan importante, pero que no es sino hasta la actualidad, donde ya es contemplado como una figura esencial en el procedimiento penal. Tan es así, que con base en el artículo 20 Constitucional, menciona en su fracción II "la confesión rendida ante cualquier autoridad, sin la asistencia de su defensor, carecerá de todo valor probatorio", por lo tanto, si no existe una declaración del inculpado no puede integrarse el proceso por carecer de un elemento esencial, y por lo tanto no existiría proceso ya que se estaría violando la Constitución.

En la fracción IX del mismo precepto legal otorga al inculpado la garantía de gozar de una defensa para la guarda de sus derechos, esta defensa puede ser por el propio procesado, por un abogado o por persona de su confianza en todo el proceso penal.

Al defensor se le ha considerado como representante del procesado, como auxiliar de la justicia y como órgano imparcial de éste. pero se puede definir a esta figura como un colaborador de la justicia, aunque también no es solamente un asesor técnico del procesado, sino más bien, alguien que obra por cuenta propia y que vela los intereses de su defenso, ya que viene

siendo la parte contraria del Ministerio Público, de tal manera que es un sujeto integrante de la relación procesal que deduce derechos.

EL MINISTERIO PUBLICO.

El Ministerio Público es una institución, una persona moral representado por una persona física.

El maestro Guillermo Colín Sánchez, define a el Ministerio Público, como una institución independiente del Estado (poder Ejecutivo) que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignan las leyes (15)

En la época de los griegos "sindici". En Roma se dio a través de una representación denominado los fiscales encargado de recabar los impuestos.

En México, no hallamos ningún antecedente preciso, sino hasta que sucede el movimiento revolucionario que puso final a la dictadura del general Díaz y promulgarse la Constitución Política Federal de 1917.

(15) Mario Colín Sánchez, *Op. Cit.* Pág. 254.

Se unieron las facultades del Ministerio Público haciendo de esta institución un organismo integral para perseguir el delito con independencia absoluta de Poder Judicial, el artículo 102 establece el tipo de leyes sustantivas en materia penal y clasifica los tipos de Ministerio Público existentes.

ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO.

La Constitución otorga su atribución específica y las leyes orgánicas lo estructuran y organizan, señalándole además con cierto detalle, las actividades que le corresponden.

El Ministerio Público tiene muchas atribuciones pero el artículo 21 menciona la principal, "... La investigación y persecución de los delitos incumben al Ministerio Público...", y las leyes que lo organizan y la jurisprudencia otorgan al Ministerio Público la titularidad de la acción penal. Sin embargo la acción del Ministerio Público se amplía del Derecho Penal, interviniendo también en la relación del Derecho Civil en general tiene la principal función de preservar a la sociedad del delito.

El artículo 73, menciona también que "El Ministerio Público en el Distrito Federal estará a cargo de un Procurador General de Justicia, que dependerá directamente de la República, quien lo nombrará y removerá libremente.", en cambio en el artículo 102 señala al Ministerio Público de la Federación, también nombrado por el Ejecutivo y menciona también como sus funciones la persecución ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal, y por lo mismo solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpados, buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos, hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita, pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.

El artículo 21 Constitucional, mencionaba "...la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial...", aunque ahora también ya se reformó aclarando que "...la investigación y persecución de los delitos es única y exclusiva función del Ministerio Público, el cual será auxiliado con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato..." Aclarando que ya es policía y se le quita "judicial".

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, artículo 2, 3 fracción 1, 94 al 131,

262 al 286 Bis. Al igual que en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, artículos 1,6,7,8,9,60,61,62,63,91,etc. Así como también podemos encontrar bases legales, en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, y en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Ahora bien, es importante hacer una pregunta que no se puede pasar por alto, ¿A qué poder pertenece el Ministerio Público? Esta institución pertenece al poder ejecutivo, el presidente nombra al procurador y al ser nombrado se emancipa para cumplir un cometido (el ejercicio de la acción penal), ya que normalmente se llega a pensar que el Ministerio Público pertenece al Poder Judicial..

El Ministerio Público lo define el maestro Jorge Alberto Silva Silva "se encarga de la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores incapacitados y hasta como consultor y asesor de los jueces y tribunales "un preventor, un investigador, aplicador de medidas cautelares y hasta órgano de opinión y consulta del propio juez".(16).

(16) Jorge Alberto Silva Silva, Derecho Procesal Mexicano, Editorial, Harla 1996, pág. 155.

NATURALEZA JURIDICA.

Se le ha llegado a considerar al Ministerio Público, como:

- 1) Representante de la Sociedad en el ejercicio de las acciones penales;
- 2) Como órgano administrativo que actúa con el carácter de parte;
- 3) Como órgano judicial; y
- 4) Como colaborador de la función jurisdiccional.

Se considera como representante de la sociedad en el ejercicio de las acciones penales, porque el Estado al instituir la autoridad, le otorga el derecho para ejercer la tutela jurídica general para que persiga judicialmente a quien atente con la seguridad y el normal desenvolvimiento de la Sociedad" (17).

Este punto se da, desde el momento en que el Estado debe procurar legalidad através de sus diversos órganos. El poder ejecutivo nombra a este y de él recibe instrucciones.

Como órgano administrativo que actúa con el carácter de parte.- Si tomamos en cuenta que los actos

(17) Guillermo Coñin Sánchez, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, editorial Porrúa, pag. 81

que realiza el Ministerio Público son de naturaleza administrativa lo que justifica que se apliquen a esta los principios del Derecho Administrativo, pudiendo ser revocables modificación y sustitución de uno por otro.

El Ministerio Público actúa con el carácter de parte, hace valer la pretensión punitiva y de acuerdo con ello ejerce poderes de carácter indagatorio, preparatorio y coercitivo, sobre todo presente a través de su actuación, las características esenciales de quienes actúan como parte ejercita la acción penal, propone, demanda, etc.

Como órgano judicial.- Para muchos autores no están de acuerdo en que sea administrativo, mencionando que la potestad judicial,

tiene por objeto el mantenimiento y actuación del orden jurídico y como abarca al poder judicial y este a su vez, a las otras actividades no jurisdiccionales comprendidas en el objeto indicado, de esta manera afirman que el Ministerio Público es un órgano judicial no administrativo. (18).

Mi manera de pensar coincide con Colín Sánchez que al respecto dice que, " no es posible concebir al Ministerio Público, como un órgano jurisdiccional, ya

(18) Guillermo Colín Sánchez, Ob cit. pag. 85

que no está facultado para aplicar la ley, tal y como lo menciona el artículo 21 constitucional.

Como colaborador de la función jurisdiccional.- También esto es cierto, que el Ministerio Público, colabora con la actividad jurisdiccional, ya que el Estado al encomendarle de deberes específicos a sus órganos para que en colaboración plena, mantenga el orden y la legalidad, y al momento de perseguir el delito, se entiende que auxilia a la función jurisdiccional para que los jueces hagan actuar la ley.

En conclusión se puede decir que el Ministerio público es una figura jurídica tan polifacética que se le debe considerar en varios puntos aunque no en todo, y podría decirse que actúa como autoridad administrativa, colabora en la función jurisdiccional es parte de la relación procesal y actúa como representante de menores, ausentes, así como también representan del Estado y la Sociedad.

EL JUEZ .

El Juez, es simplemente quien tiene que tomar la decisión, después de haber pasado por todas las etapas del proceso penal, y dictar sentencia. Tomando en cuenta también la ayuda de sus auxiliares, como son los peritos, los testigos, etc.

B).- PERIODOS Y ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

Partiremos de la diferencia que existe entre procedimiento y proceso, ya que esto siempre se ha prestado a confusión, y tenemos que el procedimiento abarca desde la primera etapa de averiguación previa hasta la ejecución de la sentencia y proceso abarca desde el momento en que se dicta el auto de formal prisión.

Pues bien, una vez aclarado que estamos hablando de procedimiento penal, entonces diremos a groso modo que los periodos del procedimiento penal mexicano son dos:

- A) La Averiguación Previa; y
- B) El Proceso penal.

Tenemos entonces que el primer periodo consiste en que la autoridad investigadora, (el Ministerio Público) reúne los elementos necesarios para saber si existe un probable delito y para consignar a la autoridad jurisdiccional.

El segundo periodo del procedimiento penal, tenemos que una vez que el juez considere que hay bases para considerar que una conducta o un hecho es o no un delito entonces se abre el proceso penal, para que las partes aporten los medios probatorios fijando sus posiciones y el juez una vez teniendo esto en sus manos resuelve y así pueda dictar sentencia definitiva.

Ahora tenemos que, las etapas del procedimiento penal, son:

- A) La Averiguación Previa;
- B) La Pre- instrucción o Etapa de Preparación del Proceso;
- C) La Instrucción;
- D) El Juicio y;
- E) La Ejecución.

Nos podemos dar cuenta que la primera etapa es la que corresponde al primer periodo del procedimiento penal, ya que es el único momento en que la autoridad administrativa está a cargo, y en las demás es la que conoce es la autoridad judicial.

C).- LA AVERIGUACION PREVIA EN PARTICULAR.

En esta etapa, es donde se inician las garantías que aseguran un respeto a los derechos de las personas cualquiera que sea el carácter en el que se encuentren en la misma. Para que la averiguación se realice con estricto apego a derecho y sin vulnerar la seguridad de los individuos.

La preparación del ejercicio de la acción penal se realiza en la Averiguación Previa, es decir, donde el Ministerio Público practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar los elementos del tipo y la probable responsabilidad.

El concepto de Averiguación Previa, lo podemos dar como la "etapa procedimental durante el cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal. (19).

(19) ob cit., Pág. 64.

El Ministerio público es el órgano investigador encargado de perseguir los delitos es decir que, es el titular de la Averiguación Previa, y tal afirmación se desprende de lo establecido en el artículo 21 constitucional, como ya se ha comentado anteriormente.

Esta primera etapa del procedimiento tiene varias denominaciones; para García Ramírez es "Instrucción Administrativa"; para Rivera Silva "Preparación de la Acción"; para González Bustamante "Preproceso"; para Briseño Sierra " Fase Indagatoria "; para Alcalá Zamora, "Procedimiento Preparatorio y Governativo", entre otras denominaciones.

Esta etapa da comienzo con el conocimiento del Ministerio Público de un hecho delictuoso, en forma directa o por conducto de particulares como lo comenta el artículo 16 Constitucional por:

- A) Denuncia
- B) Querrela

Que son los llamados requisitos de procedibilidad, como lo encontramos en nuestros Códigos, y que se puede entender como aquellas condiciones legales que deben cumplirse o darse para iniciar la Averiguación Previa.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

DENUNCIA.

Osorio y Nieto la define como "la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio"(20).

Esto es porque los delitos del interés general, al quebrantarse el ordenamiento jurídico, surge un estado de repulsión hacia el infractor y les importa que quien viola la ley sea castigado para que sea un ejemplo y de esta manera prevenir el delito, es por esto que se persiguen de oficio.

En el Código Penal, se menciona cuales son los delitos perseguidos de oficio.

LA QUERELLA.

Varios autores definen a la querella como un poder potestativo formulada por el sujeto pasivo u ofendido, con el fin de que se inicie e integre la Averiguación Previa correspondiente y en su caso ejercite la acción Penal.

(20) Cesar Augusto Osorio y Nieto, La Averiguación Previa, Edit, Porrúa
pág. 9

El maestro Oronoz, la define como "La narración de los hechos presumiblemente delictivos por la parte ofendida ante el órgano investigador con el fin de que se castigue al actor de los mismos." (21)

Esta figura tiene mayor fuerza que la denuncia, ya que la denuncia puede hacerse por una persona que no tenga o que no cause ningún perjuicio a su persona y sólo actúe porque sabe que el probable delito perjudique a la Sociedad, pero en el caso de la querrela, la persona que es ofendida de cualquier manera, tiene la facultad de hacer llegar a un órgano jurisdiccional la probable comisión de un delito, ya que el ofendido va a tener interés porque el sujeto activo se castigue.

En cuanto a los menores se refiere, también pueden formular su querrela, ya sea por medio de sus ascendientes, hermanos o representantes legales.

LA ACUSACION, hasta antes de las reformas de 1999, se contemplaba también en nuestra Carta Magna se definía como "la imputación directa que se hace a persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible, de oficio o a petición de la víctima u ofendido". (22)

(21) César Augusto Osorio y Nieto, Op. Cit. pág. 67.

(22) César Augusto Osorio y Nieto, Op. Cit. pág. 9

Ahora bien, una vez que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho delictivo ya sea por cualquiera de los dos requisitos de procedibilidad, corresponde señalar como se da paso a integrar la Averiguación Previa.

Las actas de la Averiguación Previa, deben contener cada actividad que realice el Ministerio Público conjuntamente con sus auxiliares, siguiendo una estructura sistemática y con una secuencia cronológica, precisa y ordenada.

Y una vez concluidas, todas las actuaciones del Ministerio Público y de sus auxiliares, se pueden dar tres circunstancias:

- a) Archivo;
- b) Reserva
- c) Ejercicio de la Acción Penal.

ARCHIVO.

En éste caso, los resultados de la investigación afirman que los hechos o conductas descubiertas no pueden ser calificados como delitos.

En otro caso, que el resultado sea calificado como delito, pero que la confirmación de éstos resulte totalmente imposible.

O bien, que cuando esté confirmada la responsabilidad se ha extinguido (la renuncia de la querrela, la muerte del indiciado,etc).

RESERVA.

Esta figura viene siendo una suspensión del proceso, ya que en el momento de la investigación, no pueda demostrar el hecho, pero que con posterioridad sí. A diferencia del archivo la imposibilidad es total.

También procede la reserva, cuando se demuestre que el hecho es delictuoso, se ignore quien o quienes son sus autores.

Podría ser también cuando se descubra que se ha omitido alguna condición de procedibilidad.

EJERCICIO DE LA ACCIÓN.

Esta se da cuando el Ministerio Público, una vez comprobados la existencia de los elementos del tipo y la probable responsabilidad, pide al órgano jurisdiccional la aplicación de la ley penal al caso concreto a través de la Consignación.

Y claro que está que esta actuación del Ministerio Público se encuentra fundamentada en la Constitución, en su artículo 16 y 21 Constitucional, así como en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 2, al igual que en el Código Federal de Procedimientos Penales y en sus respectivas Leyes Orgánicas.

CAPITULO III

SISTEMA PARA EL OTORGAMIENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

- 1.- LIBERTAD PROVISIONAL EN DELITOS GRAVES.
- 2.- LIBERTAD PROVISIONAL EN DELITOS NO GRAVES.
- 3.- LIBERTAD PROVISIONAL POR PARTE DEL MINISTERIO PUBLICO.
- 4.- LIBERTAD PROVISIONAL POR PARTE DEL JUEZ.

SISTEMA PARA EL OTORGAMIENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

1.- LIBERTAD PROVISIONAL EN DELITOS GRAVES.

Al haber hecho un estudio amplio de los antecedentes del artículo 20 Constitucional, en su fracción primera, nos hemos dado cuenta, que siempre se ha considerado que la libertad caucional, no es factible para aquellos sujetos a procedimiento, en el cual los delitos por los que se le acusara, rebasara el término medio aritmético de cinco años (Ahora conocido como delitos graves).

Anteriormente se hacía una excepción en éstos delitos, esta garantía de obtener la libertad provisional, en caso de delitos graves, había tenido un gran avance en las reformas a el Código de Procedimientos Penales en 1991, se hablaba de una "libertad provisional ampliada", donde se concedía la facultad al juzgador de conceder la libertad provisional al procesado en los casos en que la pena del delito imputado

rebasara el término medio aritmético de 5 años de prisión, obviamente con algunos requisitos previos que cumplir.

Pues bien, son cuatro los requisitos que debían tomar en cuenta:

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

II.- Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro a la Sociedad.

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

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

En este cambio, si se aplicaba el sistema del "arbitrio judicial", pero debemos tomar en cuenta que es a beneficio del procesado. Y con éstas reformas, lo que se pretendía era una mejora en la administración y procuración de justicia. Por un lado se pretendía despoblar las prisiones y por otro lado; tomando en cuenta que en algunos casos, cuando los procesados

llegaban a ser inocentes de las acusaciones formuladas en su contra, perduraba todo el proceso dentro de la prisión y cuando llegaba a demostrarse que no había responsabilidad por parte del procesado, ya habían pasado tiempo injustamente reclusos y con un grave perjuicio social, económico, moral y jurídico, para el procesado, cuestión que posteriormente era imposible de reparar.

Pero, con el paso del tiempo y tomando en cuenta los altos índices de delincuencia que se iban dando, y cada vez con mayor violencia y menor protección para la Sociedad (aunque no solamente jurídica, sino también por otros factores externos), en 1994 se tuvo que abandonar ésta idea y tomar más en cuenta el gran daño que causaba a la Sociedad, el que se dejara libre a tantos delincuentes considerados como peligrosos.

En cuanto al término medio aritmético, nuevamente forma parte del Código de Procedimientos ya que en la actualidad es necesario tomar en cuenta el término medio aritmético para considerar un delito como grave por la ley. Ahora la Constitución sólo menciona que el procesado no gozará de esta garantía de libertad, cuando la ley, considere que el delito que se conoce sea "grave".

Antes de la reforma, el legislador había querido implantar un nuevo sistema más simple y fácil de consultar al sustituir el término medio aritmético por lo que la ley considere como un delito grave.

Pues bien, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 268, último párrafo; teníamos que "...para todos los efectos legales, y por afectar de manera importante valores fundamentales de la Sociedad se clasifican como delitos graves los siguientes..." y en base a una lista se enumeraban específicamente, cuales eran los delitos considerados como graves por la ley.

Consecuentemente, no era necesario entonces tomar en cuenta la penalidad de cada delito, ya que si analizamos el Código Penal, nos podemos dar cuenta de que hay delitos en que su penalidad es alta y sin embargo no es considerado como delito grave. O bien, existen delitos que si tomamos en cuenta el término medio aritmético no alcanzarían el derecho de la libertad caucional, ya que rebasaría dicho término medio aritmético y por el contrario, hay delitos que actualmente están considerados como delitos graves y que no rebasan el término medio aritmético, tal es el caso del delito de Evasión de Presos, que en su artículo 150 del Código Penal para el Distrito Federal, señala; *" Se aplicarán de seis meses a nueve años de prisión*

al que favoreciera la evasión de algún detenido, procesado o condenado. Si el detenido o procesado estuviere inculcado por delito o delitos contra la salud, a la persona que favoreciere su evasión se le impondrá de siete a quince años de prisión o bien, tratándose de la evasión de un condenado, se aumentarán hasta veinte años de prisión”.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se especificaba en su artículo 268, los delitos que la ley contempla como “graves”.

El artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su párrafo último menciona que para todos los efectos legales, se clasifican como delitos graves:

- 1) Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60 párrafo III;
- 2) Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo I;
- 3) Sabotaje, previsto en artículo 140, párrafo I;
- 4) Evasión de presos, previsto en el artículo 150 y 152,
- 5) Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170;
- 6) Corrupción de menores, previsto en el artículo 201;

7) Trata de personas, previsto en el artículo 205, párrafo II;

8) Explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208;

9) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis;

10) Asalto, previsto en los artículos 286, párrafo segundo y 287;

11) Homicidio previsto en los artículos 302, con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323;

12) Secuestro, previsto en el artículo 366 exceptuando el párrafo antepenúltimo;

13) Robo calificado, previsto en los artículos 367, en relación con el 370, párrafos segundo y tercero, cuando además se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 377, 381 fracciones VIII, IX, y X y 381 bis;

14) Robo previsto en el artículo 371, párrafo último;

15) Extorsión, previsto en el artículo 390;

16) Despojo, previsto en los artículos 395, último párrafo todos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal. También lo será el delito de tortura, previsto en los artículos 3 y 5 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Y por considerarse como delitos federales, se encuentran en el Código Federal de Procedimientos Penales, además de encontrarse los delitos mencionados con anterioridad, los siguientes:

- 1) Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;
- 2) Piratería, previsto en los artículos 146 y 147;
- 3) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 bis párrafo tercero;
- 4) Consta la salud, previsto en los artículos 194, 195, párrafo primero, 195 bis, excepto cuando se trate de los casos previstos en las dos primeras líneas horizontales de las tablas contenidas en el apéndice I, 196 bis, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero;
- 5) Falsificación y alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237;
- 6) Asalto en carreteras o caminos, previstos en el artículo 286, segundo párrafo;
- 7) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis; así como los previstos en los artículos 83, fracción III, 83 bis, exceptuando sables, bayonetas y lanzas y 84 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura;
- 8) 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 y 105 fracción IV del Código Fiscal de la Federación.

Este cambio que se ha habido, en nuestro Derecho Penal Positivo, pese a opiniones en contrario, podía ser de mucha ayuda para la actualización de los delitos que se deben ir dando conforme a el avance que va teniendo la Sociedad. Los delitos que se vayan aumentando en la lista del artículo 268 son considerados como delitos de mayor peligro por ser estos los que afectan de una manera más grave o que se dá con más frecuencia, y así combatir a la delincuencia de una manera más eficaz. Tomándolos en cuenta para que puedan ser reprimidos con un mayor castigo y también mayor severidad.

Pero actualmente el legislador ha optado por retomar la aplicación del término medio aritmético para la clasificación de los delitos considerados como graves por la ley y que por lo tanto no se les conceda el beneficio de libertad caucional.

2.- LIBERTAD PROVISIONAL EN DELITOS NO GRAVES.

Los delitos "no graves" o "leves" como algunos autores señalan no se encuentran regulados en ningún precepto del derecho penal sustantivo. No es sino hasta las reformas de 1996, donde en la Constitución aparece por primera vez ésta denominación.

Y en consecuencia, para saber cuales son los delitos considerados por la ley como delitos no graves, es necesario hacer una exclusión de los delitos considerados como graves. Entendiéndose entonces, que son delitos no graves aquellos en que el termino medio aritmético no rebasan la pena de 5 años.

Pues bien, en cuanto a la garantía de Libertad Provisional bajo Caución, los delitos leves, a diferencia de los graves, si pueden contar con éste beneficio que otorga la Constitución. Pero como ya se había comentado anteriormente, hay una excepción a la regla, y se permite en el mismo precepto Constitucional, la negación de la Libertad Provisional, y que todavía no es el momento oportuno para analizar esta situación.

No es el caso mencionar los delitos, entonces considerados como no graves, pues sin duda sería una copia a nuestro Código Penal y una lista muy larga de los delitos considerados como tal.

3.- LIBERTAD PROVISIONAL ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO.

Al nombrar éste inciso como Libertad Provisional ante el Ministerio Público, es también señalar al mismo tiempo de la primera etapa del Procedimiento Penal ya que en ésta etapa solamente el Ministerio Público es quien puede intervenir como autoridad.

Con las reformas del año de 1993, también tuvo como consecuencia, la reforma al artículo 20 de la Constitución, fracción X párrafo cuarto; pudiendo otorgar también el Ministerio Público la Libertad Provisional a todo sujeto que se encuentre en la primera etapa de un procedimiento, y con éste cambio se pretende aclarar lo ya que desde 1971 se había concedido al Ministerio Público, (lo que con anterioridad se conocía como la Libertad Administrativa) pero que aún así seguía siendo motivo de muchas confusiones. Y quedando de la siguiente forma:

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

El Ministerio Público, procura justicia pronta y expedita en éste caso, cuando el indiciado solicita su libertad provisional y le es otorgada y a la par prevendrá también para que comparezca ante el mismo para la práctica de diligencias de la Averiguación Previa, así como el pago de la reparación de los daños que pudieren serle exigidos.

Por esto es tan importante él permitirle no solamente al juez otorgar la libertad provisional para que haya una pronta impartición de justicia y así no estar recluido en los centros de readaptación social por varios días con peligro de perder su trabajo, alejarse de su familia pisotear su dignidad, tener antecedentes y un mundo de consecuencias negativas.

Ahora bien esta libertad provisional que concede el Ministerio Público a nivel de Averiguación Previa, si bien constitucionalmente tiene el carácter de Libertad Provisional, y por ello se debería regir bajo los lineamientos inherentes a tal beneficio, en la práctica el Ministerio Público, para efectos de la concesión, úni-

camente se fundamentan en el artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su segundo párrafo que a la letra dice: "*El Procurador determinará mediante disposiciones de carácter general el monto de la caución aplicable para gozar de la libertad provisional en la averiguación previa*".

Lo cual quiere decir que el Procurador, determinará mediante disposiciones de carácter general el monto de la caución aplicable para gozar de la Libertad Provisional en la Averiguación Previa.

Pues bien, encontramos primeramente que para otorgar la libertad caucional en la primera etapa del procedimiento el Ministerio Público puede encontrar varias maneras de conceder éste beneficio, uno es que con fundamento en el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su última fracción, y teniéndose que basar en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales y haciendo una exclusión de éstos delitos entonces proceder a otorgar éste beneficio.

En el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el caso del Código Federal el artículo 399, también indica que "*Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación pre-*

via y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, si reúnen los siguientes requisitos:

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

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

II.- Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;

III.- Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso: y

IV.- Que no se trate de delitos que por su gravedad están previstos en el párrafo último del artículo 268 de éste código”.

En el artículo 133 bis del Código de Procedimientos Civiles, que contiene la Libertad Provisional sin Garantía. Esta forma de excarcelación no es sino producto de las reformas a las leyes procesales, modelo en 1994

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

- I. No exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia;
- II. Tenga domicilio fijo en el Distrito Federal o en la zona conurbada con antelación no menor de un año;
- III. Tenga un trabajo lícito: y
- IV. Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional.

Esta forma de excarcelación, fué producto de la reforma a las leyes procesales, modelo en 1994.

En materia del fuero común, podemos encontrarlo en el artículo 133 bis, y en el fuero federal, lo podemos encontrar regulado en el artículo 135 del Código Federal de Procedimientos.

A simple vista, parece ser, que estuviéramos hablando de la libertad protestatoria, pero hay que hacer notar una diferencia, en cuanto a esta; y es en cuanto a la penalidad, ya que mientras la libertad protestatoria exige que la pena máxima no exceda de tres años, en la libertad sin garantía tenemos que la

pena media no deba exceder de 3 años.

En el último párrafo de éste artículo, hace su excepción a la norma mencionando que no se aplicará esta disposición cuando el delito sea considerado como grave por el mismo Código.

En la fracción tercera, se limita únicamente a contar con un trabajo lícito para poder conceder éste beneficio, dejando entonces afuera a las personas que por ejemplo son estudiantes, o se que se dedican a otra actividad lícita y por lo tanto, no podrán disfrutar de esta disposición.

Para el Código Federal de Procedimientos, es también la misma aplicación literal, que la del Código para el Distrito Federal.

4.- LIBERTAD PROVISIONAL ANTE EL JUEZ.

Es necesario dejar en claro que quien tiene la facultad de otorgar la libertad provisional es el Juez, si tomamos en cuenta el artículo 20 Constitucional, y no sólo conceder dicho beneficio, sino también fijar el monto de la caución, comprendido desde el texto ori-

ginal de la Constitución, menciona que; "... Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución...".

En la actualidad la misma Constitución faculta a Ministerio Público, para conceder la libertad caucional. Por lo tanto considero hacer una modificación al texto Constitucional para que quedara de la siguiente manera; "...El juez o en su caso el Ministerio Público, podrá otorgar la Libertad Provisional..."

Entendiéndose entonces, que el momento para poder obtener la Libertad tanto en la Averiguación Previa como en el proceso es: "... Inmediatamente que lo solicite el inculpado..."

Refiriéndonos a la etapa de proceso en concreto, una vez que ya se ha radicado la causa y ya haya juzgador, el precepto es el mismo, es decir que no se debe imponer mayores dilaciones y el juzgador está obligado a resolver sin esperar nada más.

El Juez también utiliza el mismo artículo para conceder la libertad provisional, que es el artículo 556 del fuero común o el 399 del fuero federal; "... *Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que*

lo solicite, si reúne los siguientes requisitos: ...".

Aunque desgraciadamente los jueces no toman en cuenta la práctica de los tribunales ya que toman en cuenta la disposición procesal y no toman en cuenta la norma constitucional.

Sin embargo, también es importante analizar si una vez que se ha dictado sentencia definitiva, es procedente la Libertad Provisional bajo Caución, en el momento de interponer el recurso de apelación.

Y la respuesta es afirmativa, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha pronunciado tesis favorable para que el procesado aún en el recurso de apelación pueda obtener. Su libertad en condiciones favorables que las constitucionales.

Ya que si bien es cierto que la Constitución señala que el procesado tiene derecho a gozar de la Libertad Caucional durante todo el tiempo que se encuentre sometido a proceso se debe entender que se encuentra a disposición del juez de primera instancia hasta que cause ejecutoria la sentencia dictada en su contra, pero entonces una vez interpuesto el recurso de apelación el inculpado continúa siendo procesado y sometido a prisión preventiva, por lo tanto no está cumpliendo o no pena puesto que no estamos ha-

blando de sentencia condenatoria que haya sido ejecutoriada.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha resuelto de la siguiente manera:

"LIBERTAD CAUCIONAL (APELACIÓN EN MATERIA PENAL).- Al imponerse una pena que no excede de cinco años, procede la libertad bajo fianza de los quejosos; la que debe conceder el juzgador de segundo grado, por no tener jurisdicción y satisfacer los requisitos legales. No obstante que, por procesarse los acusados por delito cuyo término medio aritmético supera los cinco años, se encuentre subjuídice la sentencia que impuso pena menor a dicho término, y que hayan apelado tanto el reo como el Ministerio Público, puesto que para conceder la libertad caucional, ha de considerarse la situación de los inculpados originada por la pena impuesta en la primera instancia, de menos de cinco años de prisión, y que la garantía constitucional no puede ignorarse por el posible aumento de la sanción al resolverse la apelación del órgano acusador, máxime que se prejuzgaría la decisión de la alzada. La finalidad del legislador al conceder tal beneficio, obviamente es la de proporcionar que los acusados gocen de libertad caucional, para que no sufran prisión preventiva, en caso de ser inocentes."

Es evidente que, al tomar como punto de referencia la pena impuesta en la primera instancia, cuando es menor a cinco años de prisión y no la pena media aritmética del delito imputado, que supera los cinco años de prisión, la Corte amplió la garantía.”

CAPITULO IV

NEGACION DE LA LIBERTAD PROVISIONAL EN DELITOS NO GRAVES, DENTRO DE LA ETAPA DE VERIGUACION PREVIA.

- 1.- FUNDAMENTACION.
 - A) EN LA CONSTITUCION.
 - B) EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.
 - C) REGLAMENTO DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL.
- 2.- ELEMENTOS PARA NEGAR LA LIBERTAD PROVISIONAL.
 - A) LA CONDUCTA PRECEDENTE.
 - B) LAS CIRCUNSTANCIAS Y CARACTERISTICAS DEL DELITO COMETIDO.
- 3.- CONTRAFIEDAD A LA NEGACION DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION DENTRO DE LA ETAPA DE AVERIGUACION PREVIA.

NEGACION DE LA LIBERTAD PROVISIONAL EN DELITOS NO GRAVES, DENTRO DE LA ETAPA DE VERIGUACION PREVIA.

1.- FUNDAMENTACION.

A) LA CONSTITUCIÓN.

“La razón por la cual tanto nuestra Constitución, como la de muchos otros países mencionan principios fundamentales en materia penal, se debe, al hecho de que esta materia está relacionada íntimamente con la vida, la libertad, las propiedades y otros derechos vitales del individuo, los cuales fueron en el pasado desconocidos por los soberanos, motivando el que las clases de gobernados materialmente arrancaran reconocimientos protectores de tales derechos, empeñándose tales grupos en que se plasmaran en la más alta disposición legal que rige en un país.” (23)

(23) Garantías y Amparo, Juventino V. Castro, Edit. Porrúa, p. 255.

Es muy importante señalar, de qué manera vamos a encontrar ésta figura, dentro de la gama de leyes que tienen que ver con el derecho procesal penal, porque tanto el Juez como el Ministerio Público siempre debe tomar en cuenta todas las herramientas en las que va a basar sus actuaciones, sin hacerlas a un lado ni pasar por encima de ellas.

La Negación de la Libertad Provisional en Delitos no Graves, dentro de la Etapa de Averiguación Previa, la podemos encontrar principalmente en la Constitución.

Y es precisamente que se encuentra desde éste orden jerárquico de leyes, porque es vista como una de las figuras más importantes dentro del derecho procesal penal, desde el principio hasta el fin de todo procedimiento penal.

Pues bien, tenemos que en su artículo 20 Constitucional, fracción I: *"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 inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito ca-*

lificado 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.

La jerarquización de las normas jurídicas es el orden en que se encuentran catalogadas las leyes dentro del derecho positivo mexicano, y tenemos que la primera de todas las leyes es la Constitución, y que en ésta misma en su artículo 133 señala: "*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.*"; ésto quiere decir que cualquier otra ley va a ser secundaria; ninguna ley va a estar por encima de la Constitución, y por lo tanto todo precepto legal que se encuentre en ella debe ser primordial para el Derecho, no debe contradecirse a sí misma, ni tampoco ninguna ley debe ser contraria a ella. El Código de Procedimientos tanto del fuero común como del fuero federal, no pueden ser enton-

ces, contraria a la Constitución, pero si puede ampliar la idea planteada en la Constitución, aunque siempre deben ser para beneficiar.

B) EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

El Código de Procedimientos Penales, tanto el Federal el Distrito Federal goza de una riqueza ejemplar, en cuanto a esta figura de la libertad provisio-
nal bajo caución. Y tenemos que, en el artículo 556 del fuero común, se encuentra dentro del capítulo de incidentes de libertad (cuestión discutida anteriormente).

En la práctica el Ministerio Público, se fundamenta en el artículo 271 para efectos de aplicar el monto de la caución. Ahora bien, para otorgar la libertad provisio-
nal en delitos no graves, se basa en lo siguiente: si el delito del que se conoce no se encuentra dentro de los delitos contemplados en el artículo 268 del Código de Procedimientos del fuero común o en su defecto en el artículo 194 del fuero federal por lo tanto el Ministerio Público concede la libertad provisio-
nal.

C).- LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal señala básicamente las funciones que le son encomendadas a el Ministerio Público en base a las atribuciones que le confiere la misma Constitución.

Señala que la Institución del Ministerio Público estará a cargo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, y señala las atribuciones que através de sus agentes y auxiliares ejercerá.

Y una de las más importantes podemos mencionar por ejemplo; perseguir los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal, así como también velar por la legalidad y por el respeto de los Derechos Humanos, recibir quejas o denuncias sobre acciones que pueden constituir un delito, dentro de la esfera de su competencia, entre otras muchas funciones.

Dentro de las funciones del Ministerio Público se encuentra la de: "Conceder la libertad provisional a los indiciados en los términos previstos por la fracción I y penúltimo párrafo del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Pero hay que ver que aquí se habla de conceder la libertad provisional, más no habla de negar la libertad provisional, y menos en caso de delitos no graves, por lo tanto podemos decir que no hay ningún fundamento en ésta Ley que diga que en caso de delitos no graves se pueda negar la libertad.

El 13 de diciembre de 1996, se publica en el Diario Oficial de la Federación el acuerdo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal; José Antonio González Fernández, que señala lo siguiente:

" Acuerdo por el que se establecen las reglas a que deberán sujetarse los Agentes del Ministerio Público para negar la libertad provisional bajo caución durante la Averiguación Previa y para solicitar a los órganos jurisdiccionales de su otorgamiento".

Y en el considerando expresa: "*Que con fecha 3 de julio de 1996 fué publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto mediante el cual se declaran reformados los artículos 16, 20 fracción I y penúltimo*

párrafo 21 , 22 y 73 fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Que de acuerdo con el Decreto referido en el párrafo que antecede, el artículo 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone que todo inculpado tiene derecho a ser puesto en libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite, siempre y cuando no se trate de delitos en que por su gravedad, la ley prohíba expresamente conceder este beneficio.

Que en los casos de delitos no graves, el órgano jurisdiccional, a solicitud del Ministerio Público, podrá negar la libertad provisional bajo caución 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 características y circunstancias del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad;

Que en virtud de la trascendencia e importancia del beneficio de la libertad provisional es necesario que la ponencia del Ministerio Público por la que se proponga la negativa de dicho beneficio, durante la etapa de averiguación previa, sea autorizada perso-

nalmente por servidores públicos de nivel superior, a fin de garantizar la uniformidad de criterios;

Que en el mismo sentido, durante el proceso penal, los pedimentos para que los órganos jurisdiccionales nieguen el beneficio de la libertad provisional bajo caución, formulados por los agentes del Ministerio Público adscritos a los juzgados penales, deben ser acordes con las propuestas de los servidores públicos a que se refiere el considerando que antecede;

Que a fin de orientar y uniformar los criterios en los que deberán sustentarse las solicitudes que se formulen a los órganos jurisdiccionales para que éstos nieguen la libertad provisional bajo caución, he tenido a bien expedir el siguiente ACUERDO:..."

Y en base a la Constitución hace una clasificación de los casos en los que se podrá negar la libertad provisional por tener el acusado, ya sea una conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido. Y es precisamente lo que discutiremos en el tema siguiente, por ser dos puntos que se deben tratar para demostrar que hay una contradicción en ésta negación de garantía de libertad.

2.-ELEMENTOS PARA NEGAR LA LIBERTAD PROVISIONAL.

Artículo 20 Constitucional, fracción I: *"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.*

Y comenzamos por analizar el primer supuesto para negar la libertad provisional: *"...cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley,..."*

Esta forma de negación de la libertad caucional, comienza por tomar en cuenta la reincidencia. Aunque el maestro García Ramírez comenta que no se refiere propiamente a ésta, cuestión que definitiva-

mente no estoy de acuerdo, ya que si tomamos en cuenta la raíz etimológica de la palabra reincidencia podemos decir que significa recaída; y más aún en el lenguaje jurídico-penal se aplica el vocablo para señalar que un sujeto ya sentenciado, ha vuelto a delinquir, y por lo tanto si estamos hablando de reincidencia, no es entonces necesario tomarlo en cuenta antes.

Si estamos hablando de reincidencia, entonces no es muy clara la idea que nos dá esta reforma, porque hay que recordar que ésta figura se considera como un agravante; y así posteriormente poderlo tomar en cuenta para que el juez pueda imponer una pena, es decir que nos estamos acercando al final del procedimiento: la sentencia, no hay que olvidar que estamos hablando de negar la libertad provisional dentro de la primera etapa, que es la averiguación previa; y por lo tanto no es necesario tomar en cuenta los agravantes, ya que eso es función del propio juez, no de la averiguación previa como generalmente se toma en cuenta en dicho ordenamiento, puesto que le da atribuciones a la figura del Ministerio Público que no le corresponden.

A) LA CONDUCTA PRECEDENTE.

"...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.*

Tenemos entonces, que para que se pueda negar la libertad provisional al procesado en caso de delitos no graves, se deberán tomar en cuenta dos supuestos: "la conducta precedente" o "las circunstancias y características del delito cometido", estos dos supuestos tienen que ser también un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

No es necesario que se den los dos supuestos para poder negar la libertad provisional, ya que basta con que se dé uno de ellos para que proceda la negación del juez, a solicitud del Ministerio Público como el precepto indica.

Y para comenzar en orden, entonces harémos mención primeramente a la "conducta precedente", no sin antes aclarar que no necesita acreditarse nin-

gún elemento adicional a la conducta precedente para que pueda negarse la libertad.

El legislador quiso tomar en cuenta la conducta precedente, es decir que en caso de que el inculpado haya cometido un delito (podrían ser varios delitos) con anterioridad, y que haya sido considerado como graves conforme a la ley sustantiva, el Ministerio Público puede entonces solicitar la negativa de libertad. Podría pensarse que estamos hablando también de reincidencia, ya que estamos hablando de una reiteración delictuosa, y tomando en cuenta esto, se vuelve a dar una incongruencia en ésta hipótesis; porque la reincidencia debe ser tomada en cuenta pero únicamente para dictar sentencia, como ya se había explicado anteriormente.

"...cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente...un riesgo para el ofendido o para la sociedad...". El acuerdo expedido por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, en el cual ya hacíamos mención anteriormente; en su artículo segundo menciona que se debe entender, que la libertad del inculpado, por su conducta precedente, representa un riesgo para el ofendido o para la sociedad en los supuestos siguientes:

- a) Cuando haya sido previamente condenado por sentencia ejecutoriada por delito doloso no calificado como grave por la ley, en el que se haya hecho uso de la violencia;
- b) Cuando el inculpado con anterioridad, se hubiere sustraído a la acción de la justicia en cualquier entidad federativa o en el Distrito Federal dejando de cumplir con las obligaciones procesales a su cargo.
- c) Cuando existan elementos que permitan presumir válidamente que el inculpado pertenece a cualquier forma de organización criminal; y
- d) Cuando el inculpado haga uso ilícito en forma habitual de estupefacientes o psicotrópicos.

En el primer inciso hace referencia a lo que en líneas anteriores se menciona en la misma Constitución, solamente agregando dos elementos que el delito sea doloso, pero no calificado por la ley como grave; y que el delito haya sido cometido con violencia. Referente a éste inciso, no tiene ninguna razón de ser la diferencia del delito, ya sea reconocido por la ley como grave o que sea doloso pero que no sea calificado como grave, y aún así, que dicho delito sea cometido con violencia, ya que de todas maneras se considera un riesgo grave para el ofendido o en su caso

para la sociedad. Además de que realmente se duda que dentro de las 48 con que se cuenta en la Averiguación Previa se pueda obtener esa información.

Y en cuanto a los tres incisos restantes, se puede decir que son conductas de todo inculpado, que se deben tomar en cuenta pero ya cuando está a disposición de un órgano jurisdiccional, y que a través de pruebas que se ofrecerán en su momento oportuno, puedan reclasificar o consecuentemente se pueda acusar al inculpado por otro delito o delitos, puesto que estas conductas son típicas en el Código Penal. ya que en la práctica son difíciles de comprobar o tener acceso a ellos en tan poco tiempo, ya que estamos todavía en la Averiguación Previa, y que solamente contamos con 48 horas para resolver la situación jurídica del inculpado. No estaríamos hablando de una pronta y expedita impartición y procuración de justicia, estaríamos contradiciendo éstos principios.

B) LAS CIRCUNSTANCIAS Y CARACTERISTICAS DEL DELITO COMETIDO.

En el mismo acuerdo que estamos analizando, en su artículo 3 señala lo siguiente " Se entenderá que la libertad del inculgado, por las circunstancias y características del delito cometido, representa un riesgo para el ofendido o para la sociedad, entre otros, en los supuestos siguientes.

- a) Cuando la víctima o el ofendido del delito sea cónyuge o concubino, o bien tenga parentesco consanguíneo, por afinidad o civil con el inculgado el y el delito se hubiere cometido con motivo de ello;
- b) Cuando el móvil del delito hubiere sido la venganza;
- c) Cuando el delito derive del cumplimiento de amenazas en contra de la víctima o el ofendido.
- d) Cuando se hubiere cometido el delito bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos, con excepción de aquellos que por prescripción médica consuman dichas sustancias;
- e) Cuando tratándose del delito de fraude, los

inculpados se hubieren valido de estructuras comerciales o de cualquier otro medio que permita presumir su actuación en forma organizada, en contra de diversos sujetos pasivos, a través de ofertas transmitidas al público, y

f) Cuando por la cantidad de inculpados respecto de un mismo delito y otros indicios, se acredite que fue cometido en pandilla o se demuestre la asociación delictuosa en su comisión.

El motivo de estas reformas es que exista una protección a la parte ofendida o a la sociedad, ya que por las conductas de los inculpados, pueda existir un riesgo para estos. Pero con estas reformas no solo se toma en cuenta el riesgo de que se sustraiga de la justicia que es el verdadero fin que debe proteger al negar la libertad provisional, con estas reformas también toma en cuenta otros riesgos, pero que no se refieren a la libertad del inculpadado. El Derecho Procesal Penal, es tan completo que no es necesario restringir esta figura de protección al procesado para asegurar los intereses de la Sociedad o el ofendido ya que cuenta con una serie de medidas para asegurar la presencia del inculpadado en todo el procedimiento penal.

En el artículo 4 del mismo acuerdo se considera que existe un riesgo para el ofendido o para la sociedad:

"1. Cuando en peligro real y efectivo los bienes jurídicos del ofendido o la seguridad pública.

II. Se acredite la existencia de ese peligro y

III. En las circunstancias existentes no haya otro medio más practicable y conveniente que la prisión preventiva para conjurar el riesgo.

En el inciso III, encierra el verdadero fin que tiene esta reforma: que el inculpado no goce de la libertad provisional y por lo tanto aplicar la prisión preventiva, por existir un riesgo de que el inculpado pueda sustraerse de la acción de la justicia.

Surge la inquietud por saber si entonces, hay garantía de seguridad para otorgar libertad provisional al sujeto que se le acusa por un delito calificado como no grave.

Y cómo saberlo entonces, si en la primera etapa únicamente será tomado en cuenta el criterio del Ministerio Público, éste únicamente va a ser aconsejado por la parte ofendida, ya que éste es la única persona

que va a ser quien declarará en contra del acusado, y no estamos hablando acaso de un estado de indefensión? Ya que el Ministerio Público estaría dando credibilidad a todo lo que declare la parte ofendida o la sociedad, pues de ser así, entonces la parte ofendida tomaría el papel de "juez".

3.- CONTRARIEDAD A LA NEGACIÓN DE LA LIBERTAD PROVISIONAL EN DELITOS NO GRAVES DENTRO DE LA ETAPA DE AVERIGUACIÓN PREVIA.

Esta inquietud de analizar la reforma de negación de la libertad provisional en delitos no graves dentro de la etapa de averiguación previa, es porque desde mi punto de vista contrario al mismo artículo 20 constitucional, pues no podría llamarlo inconstitucional, porque el error está dentro del mismo precepto constitucional.

Si tomamos en cuenta el planteamiento que hizo Carranza al formular el artículo 20 constitucional, y la idea primordial de querer contemplar en la primera

fracción una protección al inculpado de obtener la libertad provisional, mientras es sujeto a proceso, tenemos que se basó en lo siguiente: "... debido a la Constitución de 1857 eran ineficaces las pretensiones de que el acusado debía tener un juicio criminal y se han seguido prácticas verdaderamente inquisitoriales, que dejan a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de los jueces y aún de los mismos agentes o escribientes. La ley concede al acusado la facultad de obtener su libertad bajo fianza durante el curso de su proceso, pero tal facultad quedó sujeta al arbitrio caprichoso de los jueces que podría negar la gracia con sólo decir que tenían temor de que el acusado se fugase y se substraiera a la acción de la justicia..."

Con estas palabras y con la creación del artículo 20 se estaba dando un gran avance a las garantías individuales del inculpado, y fijaba una regla sencilla que en ese entonces decía que si el delito no fuera castigado con una pena mayor de 5 años, entonces podría alcanzar el beneficio de la libertad caucional. Y posteriormente con las reformas se vinieron modificando un poco para cumplir esta garantía. Pero sin cambiar el sentido que tenía en un principio.

Pero con esta reforma de 1996, que es como se encuentra actualmente; terminó con el verdadero

objetivo y sentido de esta garantía que Carranza había querido tomar en cuenta: el poder gozar de libertad el inculpado, mientras se seguía el proceso y a su vez que otorgase una caución, y ésta caución serviría para garantizar a la vez que el probable responsable no se sustrajera de la justicia.

Pues bien, ahora podemos ver que está totalmente cambiado; en las primeras frases del contenido del artículo 20 "... En todo proceso de orden penal, el inculpado tendrá 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 éste beneficio...". Hasta aquí se respeta el sentido de la libertad provisional como en un principio, y lo más importante es que se utiliza el sistema de autodeterminación, es decir que el planteamiento es objetivo: "... que la ley expresamente prohíba..."; es decir que ya existe directamente y por escrito en el código de procedimientos penales los casos en que no se podrá otorgar el beneficio.

En lo que sigue del texto: *"...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 al-*

gún 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...”, está permitiendo que el Ministerio Público, a su criterio, niegue la libertad provisional; no se está utilizando la misma regla que al principio, aquí se está planteando un sistema subjetivo; se deja al arbitrio del Ministerio Público para concederla o negarla. Y ésto en la práctica podría dar pie a la corrupción, que no es novedad para nadie de nosotros.

Ahora bien, al mencionar la conducta precedente, cuestión comentada anteriormente, el legislador no está tomando en cuenta las etapas procesales, ya que si bien sabemos, el momento procesal para ofrecer todo tipo de pruebas es dentro de la segunda etapa, el juicio. También se es permitido en la primera etapa, pero las pruebas serían únicamente por parte del Ministerio Público, pero sería para demostrar si hay un probable responsable, más el acusado no puede aportar las pruebas convenientes para demostrar su inocencia, por el poco tiempo con el que cuenta para demostrarlo, y entonces se da un estado de indefensión para el procesado.

El texto original de 1917, toma en cuenta las características del delito y del delincuente, pero hay que aclarar que lo hace para fijar el monto de la caución, por lo tanto la caución podía ser discutible, la garantía de libertad no. Pero actualmente se consideran las características del delito y del delincuente para negar el beneficio, es decir que se está tomando doble medida de protección para la parte ofendida o en su caso la sociedad; por un lado se fija la caución y por otro lado se toman en cuenta las circunstancias y características del delito y del delincuente. Pues bien estamos en un desequilibrio total; y al encontrarnos en desventaja, por consecuencia se da un quebrantamiento del principio de justicia que persigue el Derecho Penal.

Por otro lado en el artículo 14 de la Constitución se dispone, que nadie puede ser privado de su libertad, sino mediante "juicio", que para el caso hay una contradicción con la prisión preventiva. En el artículo 18 de la misma Constitución ordena la prisión preventiva de quienes se encuentren procesados por delito que merezca pena corporal. Y por lo tanto, estamos hablando de dos criterios que se encuentran en el mismo orden jerárquico de las leyes, pues siendo así, se tendría que interpretar de un modo armónico; entonces, se haría una excepción a la regla del previo juicio, pero tomando en cuenta que la prisión preven-

tiva también deberá aplicarse en forma restrictiva, al menor número de casos posibles. Para así poder proteger tanto el derecho individual a la libertad y la necesidad social de preservar el proceso penal y de asegurar la ejecución de la pena.

Se han tomado ideas para reformar de otras que anteriormente no tuvieron éxito, como lo es el caso de la libertad ampliada que nos referimos anteriormente y que se contemplaban 5 requisitos para que los delincuentes que cometieran delitos calificados por la ley como graves pudieran alcanzar la libertad caucional: *I.- Que garantice debidamente, a juicio del juez la reparación del daño; II.- Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro a la Sociedad. II.- Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse de la acción de la justicia, III.- Que no se trate de personas, que por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirán la acción de la justicia.*”, como nos podemos dar cuenta es una copia de éstos requisitos introducidos en la negación de la libertad provisional, pero no se ha tomado en cuenta, que estos requisitos se deben dar para delincuentes peligrosos, es decir aquellos que cometen delitos considerados por la ley como graves, más no para aquellos inculpados que cometen delitos que la ley no ha considerado ante-

riormente como graves, y por lo tanto son sujetos de derecho.

Es muy importante tomar en cuenta, porqué el legislador ha tratado de dar una protección más bien a la parte ofendida y a la sociedad, más que al delincuente, y es por el temor enorme que la sociedad ha ido acumulando al enterarse de que los delincuentes peligrosos, salen de las prisiones, y vuelven a cometer delitos, con la seguridad de que en el caso de ser detenidos vuelven a salir libres. Y con éstas ideas han creado una serie de reformas para dar más beneficios a la sociedad que al procesado, pero ellos piensan que no, ya que lo único que hacen es ponerlos en igual modo de protección. Pero para crear estas ventajas no han tomado en cuenta que en el artículo 20 Constitucional se mencionan LAS GARANTÍAS QUE EL INculpADO DEBE TENER; y en éste caso se trata de dar más protección a otras partes, pues bien, si se trata de otorgar derechos a la parte ofendida las podemos encontrar en el mismo artículo en su parte final en las citadas modificaciones de septiembre de 1993, en cuanto se establecen por primera vez en dicho precepto fundamental al lado de los derechos de los inculcados en el procedimiento penal, también los derechos esenciales de las víctimas de los ofendidos por el delito. Dichos derechos se refieren a la asistencia jurídica, a la reparación del daño; a coadyu-

var con el Ministerio Público; a que se les preste atención médica de urgencia, cuando lo requieran, y los demás que señalen las leyes. Pues bien, no es necesario que para que éstos gocen de privilegios en las leyes, se le quiten o pasen por encima de las garantías del inculpado.

“El uso de la prisión preventiva, más que resultado de la voluntad del legislador, lo es de una reclamación social que sube hasta un punto en que ya no es posible ignorarla, so pena de males mayores”. (24)

(24) García Ramírez Sergio, *Op. Cit.*, pág. 102

CONCLUSIONES

Primera.- La libertad provisional bajo caución: es un derecho de conceder la libertad transitoria que através de una caución se otorga a cualquier sujeto que se encuentre en calidad de procesado, otorgado por una autoridad judicial que tiene como fin que el procesado se encuentre privado de su libertad hasta en tanto no se dicte sentencia, siempre y cuando la ley lo permita.

Segunda.- Los diferentes tipos de caución que contempla la ley son: el depósito, la hipoteca, la prenda, la fianza y el fideicomiso.

Tercera.- En el Código de procedimientos penales la podemos encontrar dentro del capítulo de "incidentes de libertad", pero con la diferencia de los otros incidentes de libertad; es la única que tiene rango constitucional.

Cuarta.- La garantía individual es el medio jurídico consagrado en la Constitución principalmente, por virtud del cual se protegen los derechos de los

gobernados frente al estado y sus autoridades, obligando a estos a respetarles derechos. En el artículo 20 Constitucional se encuentran las garantías mínimas que todo inculpado debe tener, la fracción primera señala la Libertad provisional bajo caución.

Quinta.- El procedimiento penal mexicano, es el conjunto de normas jurídicas que regulan y determinan los actos, las formas y formalidades para llevar como resultado si existe delito o no. Y el cual empieza desde el momento en que el Ministerio Público, va a tener conocimiento de una noticia criminis, hasta con la ejecución de la sentencia.

Sexta.- Los preceptos constitucionales que sirven como base para fundamentar el procedimiento penal mexicano, se encuentran plasmados en nuestra Constitución a través de los artículos 13, 14, 16, 17,18,19, 20, 21y 22.

Séptima.- Las partes en un procedimiento penal son únicamente tres, el Ministerio Público como parte acusadora, el Sujeto Activo que es el probable responsable de un delito, y el Juez, que es quien va a determinar si hay un delito o no y aplicar la pena correspondiente. Y los sujetos que intervienen en el procedimiento penal, son: el ofendido, los testigos, los peritos, etc.

Octava.- Las etapas del procedimiento penal son; la Averiguación Previa, la Pre-instrucción, la Instrucción, el proceso penal y la ejecución de la sentencia.

Novena.- La Averiguación Previa, es la primera etapa procedimental en la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o la abstención de la acción penal. Entendiéndose por acción penal es la atribución constitucional exclusiva del ministerio Público por la cual pide al órgano jurisdiccional competente aplique la ley penal a un caso concreto. El artículo 21 Constitucional es quien da la base legal.

Décima.- En la actualidad, la libertad provisional caucional, en el caso de delitos graves por ser contemplados por la ley como aquellos que afectan de manera importante los valores fundamentales de la Sociedad, no alcanzan éste beneficio. Es entonces, en caso de delitos no graves cuando debe proceder la garantía de libertad provisional ya que al haber hecho una división con los delitos graves, es porque el legislador se dió a la tarea de precisar aquellos delitos que afectan de manera importante valores fundamenta-

les de la Sociedad y que entonces los delitos no graves no son considerados por la ley con tanto rigor y que por lo tanto no debe limitarse la concesión de la libertad provisional.

Décimo Primera.- El artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el caso del Código Federal el artículo 399, señala los siguientes requisitos que debe reunir el inculgado para tener derecho a ser puesto en libertad: I.- Que garantice el monto estimado de la reparación del daño; II.-Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele; III.-Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso; y Que no se trate de delitos que por su gravedad estén previstos en el párrafo último del artículo 268 de éste código.

Décima Segunda.- Con las últimas reformas al artículo veinte constitucional primer párrafo, el Ministerio Público otorga la libertad provisional en caso de delitos no graves, pero a su vez tiene la facultad de negarla cuando así lo considere conveniente.

Décima Tercera.- La negación de la libertad provisional en delitos no graves tiene los siguientes elementos: a) Cuando el inculgado haya sido conde-

nado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley. b) Cuando el Ministerio Público aporte elementos suficientes para establecer que la libertad del inculpado representa por su conducta precedente un riesgo para el ofendido o para la Sociedad, y c) Cuando por las circunstancias y características del delito cometido represente un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

Décima Cuarta.- En cuanto a la conducta precedente, se toma en cuenta delitos cometidos con anterioridad para negar la libertad provisional, ya sea que se consideren como delitos graves o no graves. En cuanto a las circunstancias y características del delito cometido, son tomadas en cuenta aquellas que se consideren un riesgo para el ofendido o para la sociedad, pero que son difíciles de acreditar en la primera etapa del procedimiento.

Décimo Quinta.- Y através de estos elementos que toma en cuenta el Ministerio Público; podríamos decir que hay una contrariedad, o más bien una "arbitrariedad legalizada" al negar la libertad provisional, ya que se olvida la razón de ser histórica y jurídica de otorgarle una garantía al inculpado hasta en tanto no se demuestre que si es responsable de un delito, puesto que al mismo tiempo se otorga una garantía a la sociedad o al ofendido, pero esto es

através de una caución que sirve para asegurar que el inculpado no se va a sustraer de la justicia.

Décima Sexta.- Actualmente ya no hay un balance de protección de intereses, pues la ley se ha inclinado mucho más, a favor del ofendido que del mismo procesado, sin tomar en cuenta que el procesado también debe gozar de derechos como toda persona sin distinción, y que por si fuera poco, el artículo 20 constitucional se encarga de señalar primordialmente de las garantías mínimas que debe tener todo inculpado y que al ser contemplado desde la constitución ésta medida se está dejando en un estado de indefensión a la persona que va a ser apenas sujeto de un proceso.

Décima Séptima.- El artículo 18 Constitucional contempla la prisión preventiva, que al ser aplicada, deberá ser en forma restrictiva, al menor número de casos, para así poder proteger tanto el derecho individual a la libertad y a la necesidad social de preservar el proceso penal y asegurar la ejecución de la pena. Y con ésta medida de negar la libertad prisional bajo caución sobrepasa los fines de la prisión preventiva.

Décima Octava.- El uso de la prisión preventiva, más que resultado de la voluntad del legisla-

dor, lo es de una reclamación social que sube a un punto en que ya no es posible ignorarla so pena de males mayores.

PROPUESTA

Dado que en la figura de libertad provisional bajo caución, siempre se ha sido considerado principalmente como un medio jurídico de consagrar una garantía para toda persona que es sujeto de un procedimiento penal; es importante que en la actualidad NO SE NIEGUE LA LIBERTAD PROVISIONAL A DELITOS CONSIDERADOS POR LA LEY COMO NO GRAVES, ya que como se ha demostrado se viola el mismo derecho de libertad.

Consecuentemente a esto considero más aplicable el sistema de determinación que la ley había aplicado hasta las reformas de 1996; para que se pueda dar una mejor impartición y procuración de justicia para todos y al mismo tiempo evitar el aumento a la corrupción.

BIBLIOGRAFIA

- 1) DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTO PENAL,
COLIN SANCHEZ, GUILLERMO,
EDITORIAL PORRUA, S.A.
- 2) DERECHO PROCESAL PENAL ,
SILVA SILVA, JORGE ALBERTO,
EDITORIAL HARLA.
- 3) DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL
PENAL,
MARCO ANTONIO DIAZ DE LEON,
EDITORIAL PORRUA, S.A.
- 4) DICCIONARIO ENCICLOPEDICO QUILLET,
TOMO V, EDITORIAL CUMBRES, S.A.
- 5) DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL,
CARABELLAS DE TORRES,
EDITORIAL HELIASTA S.R.L.

6) ESTUDIOS PENALES,
GARCIA RAMIREZ, SERGIO,
VOL. 9, SALTILLO, COAHUILA.

7) GARANTIAS Y AMPARO,
V. CASTRO JUVENTINO,
EDITORIAL PORRÚA, S.A.

8) GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN MATE
RIA PENAL,
HERRERA LASSO Y GUTIERREZ EDUARDO,
EDITORIAL INACIPE, MEXICO.

9) GARANTIAS Y PROCESO PENAL,
JESUS ZAMORA PIERCE,
EDITORIAL PORRUA, S.A.

10) LA AVERIGUACION PREVIA,
OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO,

11) LA DEFENSA JURIDICA DE LA CONSTITUCION
EN MEXICO,
CASTILLO DEL VALLE ALBERTO,
EDITORIAL HERRERA,

12) LAS GARANTIAS INDIVIDUALES Y SU APLI-
CACION EN EL PROCESO PENAL,
MANCILLA BANDO, JORGE ALBERTO,
EDITORIAL PORRUA, S.A.

13) LAS GARANTIAS INDIVIDUALES,
BURGOA ORIHUELA, IGNACIO
EDITORIAL PORRUA, S.A.

14) LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO
PENAL,
CASTELLANOS TENA FERNANDO,
EDITORIAL PORRÚA, S.A.

15) MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL,
ORONoz SANTANA CARLOS,
EDITORIAL LIMOSA, TERCERA EDICIÓN.

16) PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL
MEXICANO,
GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE,
EDITORIAL PORRUA, S.A.

LEGISLACION:

17) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS
UNIDOS MEXICANOS.

18) CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES
PARA EL DISTRITO FEDERAL

19) CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

20) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

21) LEY ORGANICA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

22) REGLAMENTO DE LA LEY ORGANICA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL.