



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGÓN**

**“ANÁLISIS A LA NEGATIVA DE LA LIBERTAD
PROVISIONAL A LOS EXTRANJEROS POR
CARECER DE DOMICILIO EN EL TERRITORIO
NACIONAL”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
MARTÍN VÁZQUEZ MORALES**

**ASESOR:
LIC. JOSÉ ANTONIO SOBERANES MENDOZA**

MÉXICO

2002.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS

En especial a él ya que nunca me ha abandonado, porque cuando todo parece salir mal, siempre encuentro la salida, gracias a él toda mi familia se encuentra conmigo, y por que además siempre me ha iluminado el camino del bien.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Por ser una gran fuente del saber, en la que se han formado importantes catedráticos que transmiten sus conocimientos para que se formen buenos profesionistas competitivos a los más altos niveles de educación en todo el mundo, así también por ser a quien le debo todo cuanto soy en el ámbito profesional y personal, es por ello, y por muchas cosas más que expresé en estas pocas palabras mi agradecimiento.

A MI ASESOR

LICENCIADO JOSÉ ANTONIO
SOBERANES MENDOZA.

Catedrático de la Escuela Nacional de Estudios Profesionales de la Universidad Nacional Autónoma de México (Campus Aragón), uno de mis maestros que de forma desinteresada me ha transmitido sus conocimientos en la teoría y en la práctica, tan es así que de igual forma aceptó dirigir la presente tesis para presentar mi examen profesional y obtener el título correspondiente, motivos por los que lo considero mi amigo y un buen profesionista que vela por la buena formación de los estudiantes de nuestra Universidad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A MIS PADRES

A ellos por ser las personas que me dieron la vida y que me han dirigido por el buen camino durante toda mi existencia, con la firme idea de formarme en un hombre con principios fundamentales muy importantes, además de que incansablemente me han brindado su apoyo moral y económico para obtener la educación superior que ahora voy a ejercer, a ellos les debo todo lo que soy por que con su ejemplo sabré transmitir los mismos ideales a mis hijos.

A MI ESPOSA JULIA CRUZ YESCAS

Por ser la persona a quien amo, que incondicionalmente me ha apoyado y acompañado desde el momento en que inicie mi preparación profesional, además de que ha sido y será mi fuente de inspiración para hacer todas las cosas que he realizado, así como de las que pensamos lograr con el paso del tiempo.

A MI HIJA KAREN LISSETTE VÁZQUEZ CRUZ.

Por ser el fruto del amor que dios nos envió, convertido en un angelito inocente, tierno y cariñoso, personita a quien además quiero con todo mi corazón, por que me brinda todo el amor y ternura suficiente para inspirarme a seguir adelante con la finalidad de alcanzar mis metas como ser humano, padre y esposo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

In memoriam

*A MI SUEGRO EL LICENCIADO EN
DERECHO JOSÉ MOCTEZUMA CRUZ
REYNA.*

*Quien se formó profesionalmente en Nuestra
máxima casa de estudios (Universidad Nacional
Autónoma de México), obteniendo la mención
Honorífica por el buen desempeño que tuvo como
estudiante; ejerciendo en el ámbito profesional
como postulante de la carrera, catedrático de
instituciones públicas y privadas, servidor público
en el Poder Judicial de la Federación en diversos
Tribunales de diferentes materias, destacando más
en la materia Civil en la que aportó muchas ideas y
soluciones a casos reales, inquebrantable en su
función, de una ética profesional y sentido
humano dignos de admirarse que hasta el día de su
muerte llevó a cabo. Además de que él, me
transmitió de su conocimiento jurídico y personal
muchas cosas para que de igual forma siempre
siguiera adelante y no cayera en las trampas que a
veces pone la vida, es por ello, que en donde se
encuentre le doy mi más eterno agradecimiento.*

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

*A MI SUEGRA GLORIA YESCAS
JIMÉNEZ Y A MIS CUÑADOS LETICIA
Y JOSÉ*

*A ellos por ser unas personas muy importantes
en mi vida, ya que me han brindado su apoyo
moral en las situaciones difíciles de la vida.*

A MIS HERMANOS

Guadalupe, Guillermo, Victor Manuel, Sergio, Leonardo, Blanca Estela, María Eugenia y Virginia a todos ellos, sin que nada tenga que ver el lugar en que los menciono, dado que todos son muy importantes para mi, personas que por igual me han apoyado moral y económicamente para formarme como ser humano y profesionista.

AL LICENCIADO IRAM GARCIA GARCIA.
Persona que me dio la oportunidad de entrar al mundo jurídico del Poder Judicial de la Federación, y que además sin ningún interés me transmitió sus conocimientos para que con el paso del tiempo los aplicara en la práctica.

AL MAGISTRADO JOSE LUIS
VILLA JIMENEZ.

Profesionista que me ha dado la oportunidad de seguir aprendiendo en el ámbito jurídico dentro del Poder Judicial de la Federación, y que gracias a él, también me he formado un criterio propio en base a sus conocimientos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A LOS SECRETARIOS DE ACUERDOS
a quienes nombraré en el orden en que
fueron mis jefes y maestros, los licenciados
GUSTAVO FELIPE GONZALEZ
CORDOVA, LEONEL ISAAC VALDES
VAZQUEZ, ELVIRA ORTENCIA
MERJNO ALCOCER Y NESTOR
VERGARA ORTIZ, a ellos porque me han
transmitido sus conocimientos jurídicos y
personales, para que ejerza cada vez mejor
mi profesión dentro del Poder Judicial de la
Federación.

A TODAS AQUELLAS PERSONAS

que de alguna forma u otra me han brindado su
apoyo moral para poder llegar al lugar en donde
estoy y que muchas veces sin darse cuenta me
han dado consejos muy importantes para el
desarrollo de mi vida personal, a todos
ellos de quienes omito sus nombres por que
correría el riesgo de no nombrar a alguien y no
sería justo.

INDICE GENERAL

PAG

INTRODUCCION

CAPITULO 1

REFERENCIA HISTORICA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

| | |
|--|----|
| 1.1.- Orígenes de las penas y primeros beneficios a los inculcados.----- | 1 |
| 1.2.- Historia de la libertad provisional.----- | 6 |
| 1.3.- La Supremacía Constitucional.----- | 16 |
| 1.3.1.- Evolución histórica.----- | 16 |
| 1.3.2.- Referencia doctrinal.----- | 23 |
| 1.4.- Evolución histórica de la garantía de libertad provisional.----- | 24 |
| 1.5.- Historia del derecho de procedimientos penales.----- | 31 |
| 1.5.1.- Origen.----- | 32 |
| 1.5.2.- Evolución.----- | 35 |

CAPITULO 2

MARCO CONCEPTUAL DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

| | |
|-----------------------------------|----|
| 2.1.- Concepto de persona.----- | 45 |
| 2.2.- Concepto de domicilio.----- | 47 |

| | |
|---|----|
| 2.3.- Concepto de extranjero..... | 49 |
| 2.4.- Concepto y terminología de la Supremacía Constitucional..... | 51 |
| 2.5.- Concepto de garantías individuales..... | 66 |
| 2.6.- El derecho de libertad..... | 69 |
| 2.7.- El derecho de libertad como garantía individual..... | 71 |
| 2.7.1.- El derecho de libertad provisional..... | 73 |

CAPITULO 3

MARCO JURIDICO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

| | |
|--|----|
| 3.1.- Análisis y comentario al artículo 1º Constitucional..... | 76 |
| 3.2.- Análisis y comentario al artículo 20 Constitucional..... | 79 |
| 3.3.- Aplicación de la fracción I, del artículo 20 Constitucional..... | 81 |
| 3.4.- Otorgamiento del beneficio de la libertad provisional..... | 83 |
| 3.4.1.- Personas que pueden gozar del beneficio..... | 84 |
| 3.4.2.- Personas que no pueden gozar del beneficio..... | 85 |
| 3.5.- Aplicación del artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales..... | 86 |

CAPITULO 4

PROPUESTA DE SOLUCION AL PROBLEMA DE LA NEGATIVA A CONCEDER EL BENEFICIO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL A LOS EXTRANJEROS POR CARECER DE DOMICILIO EN EL TERRITORIO NACIONAL.

| | |
|---|-----|
| 4.1.- La igualdad ante la Ley..... | 88 |
| 4.2.- Aplicación de la ley penal en orden a la materia..... | 97 |
| 4.3.- El derecho fundamental a la legalidad procesal penal..... | 100 |
| 4.3.1.- Violación al artículo 1º Constitucional..... | 100 |

| | |
|--|-----|
| 4.3.2.- Violación a la fracción I, del artículo 20 Constitucional. | 101 |
| 4.4.- Análisis del derecho del extranjero a la libertad provisional. | 102 |
| 4.5.- Restricciones de la libertad. | 104 |
| 4.6.- Propuesta para solucionar el problema. | 113 |
| CONCLUSIONES. | 115 |
| BIBLIOGRAFIA. | 118 |

INTRODUCCION

El trabajo de investigación se basa en la práctica forense del derecho en la materia penal, misma que el suscrito ha desarrollado en la labor de la administración de la justicia en el Poder Judicial de la Federación, lo que me ha permitido observar el problema que existe al aplicar la Ley en los diversos casos que se presentan en la sociedad.

Atento a lo anterior, cabe mencionar que la investigación comprende principalmente, la aplicación de la ley en el ámbito del fuero Federal, asimismo, dentro de la recopilación de datos y razonamientos hechos a lo largo de este trabajo se han descubierto una gran diversidad de criterios, mismos que se han tomado en cuenta para fundamentar la hipótesis que hoy se presenta.

Más adelante se observará que es de gran trascendencia el tema escogido por el sustentante ya que en los cuatro capítulos que consta la presente, se reproduce la problemática presentada, capitulado en el que se expone paso a paso los conceptos fundamentales, los antecedentes, el marco jurídico y la solución del problema.

Una vez que el lector se da cuenta de las ideas escritas en la presente, se dará cuenta porqué es tan importante y de gran interés jurídico estudiar el tema, mismo que ha sido muy cuestionable, por ende, tendrá gran trascendencia jurídica para este campo del derecho, en el cual los catedráticos de la Universidad Nacional Autónoma de México a lo largo

de la formación profesional nos enseñaron a valorar y a reforzar cada día más, para tener un sistema jurídico mucho mejor, ello demostrándolo con el conocimiento adquirido teóricamente para poderlo transmitir a la práctica, con la finalidad de que el derecho con el pasar del tiempo sea más respetado por todos, es decir, tanto por los gobernantes como por los gobernados.

Es por ello, que en el capítulo cuarto de esta investigación se tratará de proponer la solución al problema planteado y así demostrar el conocimiento adquirido, tanto en las aulas de la Escuela Nacional de Estudios Profesionales (Campus Aragón) como en la práctica laboral que he tenido en el Poder Judicial de la Federación.

CAPITULO 1

REFERENCIA HISTORICA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

CAPITULO 1

REFERENCIA HISTORICA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

1.1.- ORIGENES DE LAS PENAS Y PRIMEROS BENEFICIOS A LOS INculpADOS.

Dentro del presente capítulo se tratará en forma somera lo relativo al origen de las penas y beneficios a los inculpados, lo anterior se hará en forma breve, en virtud a que existen pocos antecedentes históricos de esta figura y además servirá, como el nombre del capítulo lo menciona, solamente como referencia para nuestro trabajo de investigación, rescatando para ello lo que consideramos más importante de la etapa que se desarrolla.

Atento a lo anterior, es de gran importancia citar a las culturas Maya y Azteca para la realización de esta investigación, debido a que, a nuestro parecer, en dichas culturas dio principio el derecho penal en nuestro país, toda vez que se empezaron a aplicar las penas para aquellas personas que cometían un ilícito. Siendo interesante desde luego descubrir que a medida que fue evolucionando la sociedad, estas penas se aplicaban con menor rigor, tomando en cuenta los Derechos del Hombre como se describirá más adelante.

LOS MAYAS Y LOS AZTECAS

Los Mayas se organizaron en diversos Estados independientes, mismos que a la llegada de los Españoles se encontraban en decadencia, pues sus principales ciudades, Chichén Itza, Uxmal, Mayapan, y otras más ya habían sido abandonadas. Sin embargo en su régimen jurídico se puede apreciar que existieron algunos rasgos comunes, pero a la llegada de los

Españoles desaparecieron al substituirse por la aplicación de la leyes coloniales. 1

Los aztecas tenían organizado un sistema de administración de justicia encabezada por el rey, por magistrados y jueces. Sus leyes en materia penal, eran severas, desconocían la pena de prisión, por ello las penas que se imponían eran azotes, esclavitud y muerte; ésta última pena se aplicaba ahogando al reo, privándolo de la vida a garrotazos, ahorcándolo quemándolo vivo o sacrificándolo arrancándole el corazón. Algunas de sus leyes recuerdan la Ley del Tallón, pero admitían la composición, o sea, arreglos entre víctimas o parientes de la víctima y victimario.

EPOCA COLONIAL

El derecho precortesiano desapareció al establecerse la colonia; el derecho español desplazó al derecho indígena.

En la nueva España, como en el resto de las colonias hispanas se aplicó el "derecho" de la metrópoli, principalmente la recopilación de Leyes de Indias de 1680 y las Siete Partidas.

Otras disposiciones sobre materia penal se encuentran dispersas en las Leyes de Toro, Ordenanzas Reales de Castilla, las de Bilbao, Ordenanzas de Minería de 1784; Ordenanzas de Intendentes de 1786; Ordenanzas de Gremios y la Novísima Recopilación de Leyes de España de 1805. El derecho penal de los tres siglos de la colonia es draconiano y casuístico

1.- ORELLANA WIARCO Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Quinta Edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1985, pág 195.

además de discriminatorio para negros, mulatos y castas, con penas como de muerte, mutilación, las galeras, azotes y cargar cadenas.

En el procedimiento penal imperaba la dilación, el secreto, la tortura, la incomunicación, etc.

En la recopilación de las Leyes de Indias de 1680 aparece el título 2 del libro intitulado **De libertad**, que confirma otras disposiciones que prohibían la esclavitud de las indias "no deben tener, vender o trocar por esclavos a las indias".

MÉXICO INDEPENDIENTE.

El Grito de Dolores, el 16 de septiembre de 1810, fue el punto de partida de la Guerra de Independencia que desde el inicio legitimó su causa ante los indios, los que representaban el mayor número de habitantes en el país.

En la Constitución de Apatzingán de 1814, cuyo principal promotor fue José María Morelos y Pavón se estableció que la soberanía reside originalmente en el pueblo y que por lo tanto tiene la facultad de darse las leyes y la forma de gobierno que más le convenga.

En lo relativo a la materia penal en esa Carta Magna se establecieron los siguientes artículos:

ARTICULO 21.- *Sólo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso ó detenido algún ciudadano.*

ARTICULO 22.- Debe reprimir la ley todo rigor que no se contraiga precisamente a asegurar las personas de los acusados.

ARTICULO 23.- La ley sólo debe decretar penas muy necesarias, proporcionadas a los delitos, y útiles a la sociedad.

ARTICULO 27.- La seguridad de los ciudadanos consiste en la garantía social; ésta no puede existir sin que fije la ley los límites de los poderes, y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

ARTICULO 28.- Son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de ley.

ARTICULO 29.- El magistrado que incurriere en este delito será depuesto, y castigado con la severidad que mande la ley.

ARTICULO 30.— Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declara culpado.

ARTICULO 31.- Ninguno debe ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente

Podemos observar que el constituyente de Apatzingán consagra los fundamentales principios del derecho penal: de legalidad, de

Intervención mínima, de audiencia, de inocencia, de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas.

En la Constitución de 1824 se contemplaron reglas generales sobre la administración de la justicia, en la que se prohíbe que las penas sean trascendentales, es decir, que únicamente se pueden imponer al delincuente, pero no a terceras personas.

En la Constitución de 1857 se estableció la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley en perjuicio del gobernado y se establece el principio de la exacta aplicación de la ley en su artículo 14.

Por otra parte, se puede apreciar que al concluir la lucha armada de la revolución se convocó a un Congreso Constituyente, del cual emanó la Constitución de 1917 vigente hasta la fecha, la cual en materia penal recoge las disposiciones que ya aparecían en la Constitución de 1857, con la innovación muy destacada de separar claramente las funciones y el papel del Ministerio Público como el órgano persecutor de los delitos y las de la autoridad judicial en la imposición de las penas.

Hablando de la materia penal que nos ocupa, tenemos que en el Código Penal de 1929, ya no aparece la pena de muerte, además de conceder mayor arbitrio al juzgador para la imposición de las penas al establecerse los mínimos y máximos para cada delito.

Por otro lado, en el Código Penal Federal de 1931 para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y de aplicación en toda la República en materia de fuero Federal, el mismo va encaminado a tener una aplicación de las penas con más tacto, tomando como referencia que las mismas se aplicarán a seres humanos, con la finalidad de reformar

su conducta delictiva y su consecuente readaptación para vivir en sociedad.

1.2.- HISTORIA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

La libertad es uno de los bienes de mayor jerarquía axiológica. Sólo la vida lo supera y, dado que en México no se aplica la pena de muerte, no obstante que la misma se contempla en nuestra Constitución, podemos afirmar que la libertad es el bien más valioso de cuantos se debaten en tribunales, y el eje mismo sobre el cual gira la totalidad del drama penal.

Puede el individuo perder su libertad a resultas de la sentencia que le imponga pena de prisión, pero también puede perderla antes, como consecuencia de la prisión preventiva. Esta privación de la libertad que se produce antes de la sentencia obliga a formularse una pregunta en el sentido de que si dicha cuestión constituye una violación de la garantía del debido proceso legal y del principio de presunción de inocencia.

Es cierto, en efecto, que el artículo 14 de la Constitución Mexicana vigente dispone que nadie puede ser privado de la libertad sino mediante juicio en el que se cumplan los requisitos que en el mismo se establecen, pero también lo es que el artículo 18 de la propia Carta Magna ordena la prisión preventiva de quienes se encuentren procesados por delito que merezca pena corporal. Perteneciendo ambos artículos al mismo texto constitucional, y siendo, ambos, de idéntica jerarquía, se impone interpretarlos como partes congruentes de un todo armónico. Y el criterio interpretativo se encuentra en el artículo primero de la propia Constitución, conforme al cual, las garantías que otorga no podrán restringirse sino en los casos y condiciones previstos en la misma Ley Fundamental.

La regla, pues, de que nadie puede ser privado de la libertad sino mediante juicio, encuentra su salvedad en el caso de los procesados por delito que merezca pena corporal. Como excepción que es a una regla general, la prisión preventiva deberá aplicarse, en forma restrictiva, al menor número de casos posibles. Protegiéndose así, simultáneamente, el derecho individual a la libertad y la necesidad social de preservar el proceso penal y de asegurar la ejecución de la pena.

La presunción de inocencia tiene, básicamente, el mismo contenido que el debido proceso legal, pues ambos consisten, básicamente, en la exigencia de un juicio previo a toda privación de derechos, y, por ello, también respecto a ella debemos afirmar que, a pesar de su aparente contradicción con la prisión preventiva, esta última es una excepción inevitable de la primera, justificada únicamente en aquellos casos en que sea indispensable para preservar el proceso penal y asegurar la ejecución de la pena. Históricamente, siempre se ha admitido la coexistencia de la prisión preventiva con la presunción de inocencia. El propio artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, origen de la presunción de inocencia, tenía el siguiente texto:

"Se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable. Si se juzga que es indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley."

Como vemos, la prisión preventiva se establecía, a punto y seguido, después de consagrar la presunción de inocencia, luego se entendía que ambas podían coexistir.

Los modernos tratados internacionales en materia de Derechos Humanos aceptan también la necesaria, pero excepcional, presencia de la prisión preventiva. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9.3), dispone: "La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo."

Justificada la existencia de la prisión preventiva, como necesaria excepción a la regla de la libertad, el problema consiste en fijar el punto en que coinciden los intereses sociales con los individuales del procesado. Problema difícil, como lo son todos los que consisten en determinar un justo medio.

La Constitución Mexicana de 1917 fija su criterio en la fracción I del artículo 20, conforme a la cual, en todo proceso de orden penal, el inculcado tendrá, entre otras, la garantía consistente en que:

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

Resulta, del texto transcrito, que la libertad caucional tiene tres características:

- a) La autoridad competente para concederla es el juzgador, de donde resulta que el procesado únicamente puede invocar este derecho en aquellas etapas procesales que tienen lugar ante esta autoridad, es decir, desde que es consignado ante el juez de primera instancia hasta que los Magistrados de apelación dictan sentencia de segunda instancia.
- b) Procede siempre que la ley ordinaria no prohíba expresamente la concesión de este beneficio y
- c) Está condicionada al otorgamiento de diversas cauciones económicas cuyo monto fijará el juzgador.

Así también, podemos apreciar los diferentes tipos de libertad que se pueden dar en un procedimiento penal, siempre y cuando la ley no impida otorgar tal beneficio, dentro de las cuales tenemos:

LA LIBERTAD BAJO PROTESTA

En la que se aprecia que fue la primera forma procesal de ampliar, la garantía de libertad bajo caución, ya que es un derecho, concedido a los procesados por los códigos de procedimientos penales (Código Federal de Procedimientos Penales, en los artículos 418 a 421, inclusive; Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en los artículos 552 a 555, inclusive), que les permite obtener su libertad mediante una garantía de carácter moral, su palabra de honor de no sustraerse a la acción de la justicia. Este derecho constituye una ampliación de la garantía constitucional, por cuanto no está condicionado al otorgamiento de una caución económica.

Para conceder la libertad bajo protesta, los códigos procesales exigen que concurren las circunstancias siguientes: que se trate de delitos cuya

pena máxima no exceda de tres años de prisión, pero, tratándose de personas de escasos recursos, el juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cuatro años; que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional; que éste tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en donde se sigue o deba seguirse el proceso, o dentro de la jurisdicción del tribunal respectivo; que la residencia del inculpado en dicho lugar sea de un año cuando menos; que el inculpado tenga profesión, oficio, ocupación o medio honesto de vivir; que a juicio de la autoridad que la conceda no haya temor de que el inculpado se substraiga a la acción de la justicia; y que proteste presentarse ante el Tribunal o juez que conozca de su causa siempre que se le ordene.

Los Códigos Procesales citados disponen que procede también la protestatoria, aun sin haberse satisfecho los requisitos mencionados en párrafos anteriores, cuando, habiéndose pronunciado sentencia condenatoria en primera instancia, la cumpla íntegramente el acusado, y esté pendiente el recurso de apelación (Código Federal De Procedimientos Penales, artículo 419; Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal , artículo 555, 11).

Por último, en el procedimiento del fuero común, procederá también la protestatoria cuando la prisión preventiva se hubiere prolongado por un tiempo igual al que fije la ley al delito que motivase al proceso (Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal , artículo 555, que se refiere a la hipótesis contemplada por el artículo 20, fracción X, párrafo segundo, constitucional).

LIBERTAD PREVIA O ADMINISTRATIVA

Aquí, se observa que La libertad previa o administrativa, surge en nuestro derecho en el año de 1971 mediante la reforma del artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal a fin de permitir que el Ministerio Público ponga en libertad al indiciado, en las averiguaciones que se practiquen por delitos imprudenciales ocasionados con motivo del tránsito de vehículos. A partir de ese origen, y a golpe de sucesivas reformas, es la disposición actual en el Código Federal de Procedimientos Penales, es la siguiente:

ARTICULO 135: Al recibir el Ministerio Público Federal diligencias de averiguación previa, si hubiere detenidos y la detención fuere justificada, hará inmediatamente la consignación a los tribunales, si se cumplen los requisitos a que se refiere el párrafo primero del artículo 154; si tales requisitos no satisfacen, podrá retenerlos ajustándose a lo previsto en los artículos 193, 194 y 194 bis. Si la detención fuere injustificada, ordenará que los detenidos queden en libertad.

El Ministerio Público dispondrá la libertad del inculcado, en los supuestos y cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 399 para los jueces, sin perjuicio de solicitar su arraigo en caso necesario. El Ministerio público fijará la caución suficiente para garantizar que el detenido no se sustraerá a la acción de la justicia, ni al pago de la reparación de los daños y perjuicios que se pudieran serle exigidos. Tratándose de delitos cometidos con

motivo del tránsito de vehículos, no se concederá este beneficio al inculpado que hubiese incurrido en el delito de abandono de personas o se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares. Cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de la libertad, se dispondrá la libertad sin necesidad de caución y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente.

Cuando el Ministerio Público deje libre al indiciado, lo prevendrá a fin de que comparezca cuantas veces sea necesario para la práctica de diligencias de averiguación previa, y, concluida ésta, ante el Juez a quien consigne, quien ordenará su presentación y si no comparece sin causa justa y comprobada, ordenará su aprehensión, mandando hacer efectiva la garantía otorgada.

El Ministerio Público podrá hacer efectiva la garantía si el indiciado desobedeciere, sin causa justificada, las ordenes que dictare.

La garantía se cancelará y en su caso se devolverá por el Ministerio Público, cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal. Consignado el caso, tal garantía se considerará prorrogada tácitamente, hasta en tanto el Juez no decida su modificación o cancelación".

Del artículo transcrito anteriormente, se deduce que tal numeral faculta al Ministerio Público para que disponga la libertad del inculcado, en los supuestos y cumpliendo con los requisitos que el mismo ordenamiento fija para el otorgamiento de la libertad bajo caución por los jueces (en el artículo 399).

La ampliación de la garantía resulta en este caso, en que el derecho a la libertad bajo caución se otorga al indiciado, esto es, durante la fase de averiguación previa, facultándose al Ministerio Público para concederla y se evita con ello la detención administrativa, mientras que en el proceso la garantía la puede otorgar en el Órgano Jurisdiccional para evitar la prisión preventiva.

Estas características no escapan a la crítica y al respecto Jiménez Huerta señala que, "si bien dicha libertad previa no es anticonstitucional contemplada desde el ámbito de las garantías del acusado mencionadas en el artículo 20 de la Ley Suprema, pues dicho texto consagra garantías mínimas, mas no un tope máximo a los derechos del acusado, pudiera ser que lo fuera desde el punto de vista orgánico constitucional, y que desarticulara los principios que rigen el artículo 21 Constitucional, dado que es irrefragable que pone en manos del Ministerio Público funciones que implican un juzgamiento que, constitucionalmente, sólo compete a la autoridad judicial en el juicio del orden criminal" 2.

2.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo III, Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1984, pag.235

LIBERTAD GARANTIZADA POR DEPOSITO EN EFECTIVO CONSTITUIDO EN PARCIALIDADES

Mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de 30 de diciembre de 1991, se reformaron, entre otros, los artículos 404, Código Federal de Procedimientos Penales y 562, Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para disponer que, cuando la caución otorgada para garantizar la libertad consista en depósito en efectivo, y el inculpado no tenga recursos económicos suficientes para efectuarlo en una sola exhibición, el juez podrá autorizarlo para que lo efectúe en parcialidades, de conformidad con las siguientes reglas:

- I. Que el inculpado tenga, cuando menos, un año de residir en forma efectiva en el lugar en el que se siga el proceso, y demuestre estar desempeñando empleo, profesión u ocupación lícitas que le provean medios de subsistencia;
- II. Que el inculpado tenga fiador personal que, a juicio del juez, sea solvente e idóneo y dicho fiador proteste hacerse cargo de las exhibiciones no efectuadas por el inculpado.

El juez podrá eximir de esta obligación, para lo cual deberá motivar su resolución;

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

IV. El inculpado deberá obligarse a efectuar las exhibiciones por los montos y en los plazos que le fije el Juez.

LIBERTAD PROVISIONAL SIN CAUCION

Existe por otra parte, la libertad sin caución, la que se estableció por Decreto publicado en el Diario oficial de 10 de enero de 1994, se agregó al Código Federal de Procedimientos Penales el artículo 135 bis, que dispone

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

I. No exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la Justicia,

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

III. Tenga trabajo lícito; y

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

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

1.3.- LA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.

Este rubro es de gran importancia para la realización del presente trabajo, debido a que es fundamental para el derecho, toda vez que la misma se encuentra establecida en la nuestra Carta Magna, la cual debe ser respetada por todos y cada uno de los habitantes de nuestro país, sin distinción de sexo, posición social, nacionalidad, etc.

En virtud de lo anterior, es de gran importancia saber que el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contempla la Supremacía Constitucional, misma que impera sobre todo ordenamiento que emane de ella, en esa tesitura cabe destacar que el tema que ahora se desarrolla tiene mucha relación con esta figura jurídica, la cual para nuestro punto de vista no debe ser violada por ninguna autoridad que se encargue de la impartición de justicia.

Con lo anterior se defienden desde luego las garantías individuales a las que somos acreedores todos aquellos que nos encontramos en el territorio Nacional, tal y como lo contempla el artículo 1º de la Ley Fundamental.

1.3.1.- EVOLUCION HISTORICA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.

En los antecedentes normativos anglosajones, según menciona Carlos Sánchez Viamonte la formulación concreta del principio de la Supremacía Constitucional se atribuye al Juez inglés Coke, quien en 1610, sentenció: "... Cuando una ley del parlamento es contraria al derecho común y a la razón, o repugnante, o imposible de ser aplicada, common law la limita e impone su invalidez..." 3

3.- SÁNCHEZ VIAMONTE Carlos, Constitucionalidad y Constitucionalismo, Enciclopedia Jurídica, Omeba, Driskill, S.A. Buenos Aires, 1979, T.III, Pag. 1037.

Se corrobora entonces, con mayor claridad, la Supremacía de la Ley Fundamental en el derecho inglés, en el Agreement of the People de 1647 y en el Instrument of Government de 1653 pues, en tales documentos " se propone el establecimiento de una Ley Superior que se mantenga más allá del alcance del parlamento, de tal manera que, limita sus poderes y fija restricciones expresas a la autoridad. Ya que de vulnerarse esos dispositivos se cometa delitto". 4

La adopción de las instituciones jurídicas Inglesas en los albores formativos del derecho Constitucional de los Estados Unidos de América puede constatarse en " el Federalista" ; para plasmar la Supremacía Constitucional se estima que una Constitución es de hecho, una Ley Fundamental. **"Así la deben considerar los jueces. Por tanto, si ocurriere que surja una discrepancia entre la Ley Fundamental y la Ley que provenga del poder legislativo el juzgador deberá referir la norma de validez superior."** 5

Por lo tanto, deberá prevalecer la constitución sobre la Ley ordinaria, debiendo imperar la intención del pueblo consignada en la constitución frente a la voluntad de los mandatarios del pueblo lo que significa que:

El poder del pueblo es Superior a la voluntad de La legislatura, por lo tanto, los Jueces deberán ceñirse a lo establecido en la Constitución, en caso de conflicto con las normas del poder legislativo ordinario.

La naturaleza superior de la constitución de Estados Unidos de América se estatuye literalmente en el párrafo segundo del artículo 6 de la misma en los siguientes términos:

4.- Ibidem pág. 935-942

5.- HAMILTON, JAY, Madison, El Federalista, traducción de Gustavo R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, México, 1943, p. 340

"ARTICULO 6.- Esta constitución, las leyes de los Estados Unidos que en consecuencia se dicten y todos los tratados hechos o que se hagan bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley de la tierra; los jueces en cada Estado, tendrán que sujetarse a ella, no obstante lo que contengan en contrario la constitución o leyes de cualquier Estado."⁶

Al elegirse en México la estructura Federal, en los primeros años de su vida independiente y después de la experiencia Monárquica con Agustín de Iturbide, el artículo 24 del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, de 1824, determinó lo que prevalecía de lo Federal frente a lo local.

" Las constituciones de los Estados no podrán oponerse a su acta ni a lo que establezca la constitución general; por tanto, no podrán sancionarse hasta la publicación de ésta última."⁷

En lo internacional, el acta constitutiva, mediante el artículo 29, reservó a la federación la acción hacia el exterior; " ningún Estado entrará en transacción o contrato con otro, o con potencia extranjera, ni se empeñará en guerra, sino en caso de actual invasión, o en tan inminente peligro que no admita dilaciones".⁸

En seguimiento de la misma tónica, la constitución de 1824 prohibió a los Estados, la fracción IV, del artículo 162:

" Entrar en transacción con alguna potencia extranjera ni declararle la guerra; debiendo resistirle en caso de actual invasión, o en tan inminente

6.- Enciclopedia Jurídica Omeba, T.III, pág. 1049

7.- ARELLANO GARCIA Carlos. Derecho Internacional Público. Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1983, pág. 95-101

8.- TENA RAMIREZ, Felipe. Leyes Fundamentales de México. Décimatercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985. Pág. 148.

peligro que no admite demora, dando inmediatamente cuenta, en estos casos al presidente de la República." 9

Desde ese primer documento Constitucional Federal, la Constitución de 1824, sometió a todos los funcionarios públicos a la observancia de la Ley Fundamental, al indicar, en el artículo 163 que:

" todo funcionario público, sin excepción de clase alguna, antes de tomar la posesión de su destino, deberá prestar juramento de guardar esta Constitución y la acta constitutiva." 10

En la Constitución de 1824 por disposición expresa contenida en el artículo 161, fracción III, se determinó una Superioridad de la Constitución, Leyes Federales y Tratados Internacionales, por encima de las intenciones volitivas de los Estados de la República, al disponer como obligación de éstos las siguientes:

" De guardar y hacer guardar la Constitución y Leyes Generales de la Unión, y los tratados hechos o que en adelante se hicieren por la autoridad Suprema de la Federación con alguna potencia extranjera." 11

En la segunda de las Leyes Constitucionales en 1836 en el artículo 12, en sus respectivas fracciones, se incluyeron las atribuciones del Supremo Poder Conservador para anular los actos de los poderes constituidos que atentarán contra la Constitución, lo que claramente denotaba la Supremacía de ésta última; disponiéndose al respecto:

" las atribuciones de este Supremo Poder (conservador) son las siguientes:

9.- *Ibidem*, pag.143
10.- *Ibidem*. Pag.145
11.- *Idem*.

- I. Declarar la nulidad de una ley o decreto, dentro de dos meses después de su sanción, cuando sean contrarios a artículo expreso de la Constitución,
- II. Declarar, excitado por el poder legislativo o por la Suprema Corte de Justicia, la nulidad de los actos del poder Ejecutivo, cuando sean contrarios a la Constitución o a las Leyes,
- III. Declarar en el mismo término la nulidad de los actos de la Suprema Corte de Justicia, excitado por alguno de los otros dos poderes y sólo en el caso de usurpación de facultades." 12

La Supremacía Constitucional, frente a los actos de autoridades locales, se consagra en la fracción XVII, del artículo 66 de las bases orgánicas de 1843:

" Son facultades del congreso:

" XVII. Reprobar los decretos dados por asambleas departamentales cuando sean contrarios a la constitución o a las leyes, en los casos prevenidos en estas bases." 13

En el desarrollo Constitucional del principio de Supremacía Constitucional Federal, el acta de reformas de 1847 es más detallada y hasta alude el juicio de amparo; éste último delimita a amparar únicamente al afectado, tal y como se determinó en la denominada " Formula Otero." Establece literalmente el artículo 22 del acta constitutiva y de reforma 18 de mayo de 1847:

" Toda ley de los Estados que ataque la constitución o leyes generales, será declarada nula por el Congreso; pero esta declaración sólo puede ser iniciada en la cámara de senadores. " 14

12.- *Ibidem.* Pág. 210.

13.- *Idem.*

14.- ARELLANO GARCIA Carlos. Setenta y cinco Aniversario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1992. pág. 5

En varios preceptos, la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, determinó la Supremacía Constitucional, y así tenemos que en primer término en el artículo 41 subordinó las Constituciones de los Estados de la República a la Constitución Federal al establecer:

"El pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la unión en los casos de su competencia y por los de los Estados para lo que toca a su régimen interior, en los términos respectivamente establecidos por esta constitución federal, las que en ningún caso podrán contravenir a las estipulaciones del pacto Federal."¹⁵

A su vez, el artículo 101 de la aludida constitución de 1857, consagró en la fracción I, la procedencia del juicio de amparo para resolver toda controversia que se suscitara:

" por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales..."¹⁶

Por su parte, el artículo 102 del documento supremo de 1857 estructuró otras características complementarias del juicio de amparo:

" Todos los juicios de que habla el artículo anterior se seguirán, a petición de parte agraviada, por medio del procedimiento y formas del orden jurídico, que determinará una ley. "La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general de la ley o del acto que la motivaré." ¹⁷

15.- Idem.

16.-Idem.

17.-Ibidem , Pag. 6

En esta última parte como podemos ver se recogió la denominada "formula Otero."

Por lo que hace al exterior, se restringió la actividad de las Entidades Federativas, en el artículo 111, fracción I; de la Constitución en estudio, se determinó:

" Los Estados no pueden en ningún caso:

"I. Celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado, ni con potencias extranjeras. Exceptuándose la coalición que pueden celebrar los Estados fronterizos para la Guerra ofensiva o defensiva contra los Bárbaros." 18

El sometimiento de los Estados de la República a las Leyes Federales se reitera en el artículo 114:

" Los gobernadores de los Estados están obligados a publicar y hacer cumplir las Leyes Federales." 19

El rango de la Constitución hacia el interior de la federación y con señalamiento expreso del alcance de los Tratados Internacionales se indican expresamente en el artículo 126 de la Constitución de 1857, con indiscutible inspiración en el artículo sexto, párrafo segundo, de la Constitución Norteamericana:

" Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el Presidente de la República, con la aprobación del Congreso, será la Ley Suprema de toda la Unión." 20

18.- Idem

19.-Idem

20.-Ibídem pág 8.

"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." 21

1.3.2.- REFERENCIA DOCTRINAL

Para tener una mejor comprensión sobre el tema que nos ocupa se debe hacer mención sobre los estudiosos del derecho quienes hicieron reflexiones jurídicas de la Supremacía Constitucional.

El Constitucionalista Mexicano Ramón Rodríguez se ocupaba del artículo 126 de la Constitución de 1857, en donde está establecida la Supremacía de las normas Constitucionales. Sobre el particular aseguraba que tal precepto era simple copia del artículo 4º, número 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América.

Asimismo, advierte este autor que las leyes emanadas de la Constitución en los Tratados Internacionales contravienen a la Constitución, la Justicia Federal puede intervenir conforme a los artículos 101 y 102 de la misma Constitución, donde se colige que la única Ley, a la que, en rigor legal ideológico y gramatical, puede llamársele Suprema es a la Constitución y que por tanto no es cierto que puedan llamarse Supremas la Ley o Tratados Internacionales. 22

El jurista Mexicano Eduardo García Maynez se ocupa de la jerarquía de las normas para asentar que los preceptos de un sistema jurídico pueden tener el mismo o diverso rango. Expone que el orden jerárquico normativo de cada sistema de derecho puede presentar diferentes grados:

21.-idem

22.-RODRIGUEZ, Ramón, Derecho Constitucional, Segunda Edición, UNAM, México 1978, pág.154

- 1.- normas constitucionales
- 2.- normas ordinarias
- 3.- normas reglamentarias
- 4.- normas individualizadas. 23

El destacado amparista Mexicano Ignacio Burgoa se ocupa de la exégesis del artículo 133 Constitucional y anota que está compuesto de dos partes: una en la que se consagra el principio declarativo de la Supremacía Constitucional y la otra, en la que impone la observancia de ese principio a los jueces de cada Estado. 24

Dentro del tópico de Supremacía Constitucional es muy destacado el precursor de la escuela Vienesa Hans Kelsen quien observa que el orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalente sino, que se trata de una construcción escalonada en diversos estratos de normas jurídicas. En un orden jurídico de un solo Estado, el estrato superior jurídico positivo está representado por la Constitución.

Puntos de vista diferentes sostiene respecto al Derecho Internacional, donde ocurren los órdenes jurídicos de varios Estados y el que es propio de la comunidad internacional. 25

1.4.- EVOLUCION HISTORICA DE LA GARANTIA DE LIBERTAD PROVISIONAL.

El texto original de la fracción I del artículo 20 de la Constitución de 1917, señalaba :

23.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Trigésima Edición, Editorial Porrúa, S.A. México., 1979,, pág. 83-86

24.- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., tercera Edición, México, 1979, pág. 335

25.- KELSEN Hans, Teoría pura del Derecho, traducción de Roberto J. Vernengo, Editorial Eudeba. UNAM, 1982. págs.232 y 326

"Inmediatamente que lo solicite (el acusado) será puesto en libertad bajo fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla." 26

Conforme a la primera interpretación que se dio al texto constitucional, éste fijaba como límite para la obtención de la libertad una pena máxima de cinco años. Consecuentemente, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1931, en su artículo 556, dispuso:

"Todo acusado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, siempre que el máximo de la sanción corporal correspondiente al delito imputado no exceda de cinco años de prisión.." 27

Ahora bien, por Decreto publicado en el Diario Oficial de 2 de diciembre de 1948, se reformó por primera vez la fracción 1 que nos ocupa, estableciendo el principio de que la libertad procede siempre que el delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión y llevando el monto de la fianza o caución a \$250,000.00 como máximo, salvo que se trate de delitos patrimoniales, caso en el cual la garantía será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño causado.

26.-ZAMORA PIERCE Jesús. Garantías y Proceso Penal, Novena Edición, Editorial Porrúa, México 1998, pag., 163.

27.-Idem.

Como resultado de esa primera reforma, el texto de la fracción I quedó como sigue:

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

I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza que fijará el juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco 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 la responsabilidad del juez en su aceptación.

En ningún caso la fianza o caución será mayor de \$ 250,000.00, 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."

Se consagró así, en el texto constitucional, el principio de que la libertad procede siempre que el delito merezca ser castigado con pena cuya término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión. Pero debemos recordar que, aun antes de la reforma, el texto Constitucional era ya interpretado jurisprudencialmente en ese sentido.

Por último, por Decreto publicado en el Diario Oficial de 4 de enero de 1984, se reformó el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para adecuarlo al texto Constitucional.

El nuevo artículo disponía: "Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, cuando el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda el delito imputado no exceda de cinco años de prisión..." 28

Por lo que hace a la caución, la reforma de 1948 introdujo dos modificaciones:

- a) Aumentó el monto de la caución genérica a \$250,000.00, reforma que se justifica por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, y
- b) Fijó una caución específica para los delitos que representen para su autor un beneficio económico o causen a la víctima un daño patrimonial, caso en el cual la garantía será, cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado.

Así resulta de la exposición de los motivos del proyecto de reformas enviado por el presidente de la República al Congreso de la Unión el 11 de noviembre de 1947, y, en la que se lee:

"... el artículo 20 de la Constitución General de la República, en su fracción 1, consagra una garantía individual de todo acusado, que será puesto en libertad inmediata, en cuanto lo solicite, siempre que reúna estas dos condiciones: a) que el delito motivo del proceso no merezca una pena mayor de cinco años de prisión y b) que otorgue una fianza o caución

28.- *Ibidem* . pág 165

que el juez le señale y la cual no podrá exceder de la cantidad de diez mil pesos. Misma que hace treinta años, cuando el Legislador fijó como máximo de la garantía la cantidad de diez mil pesos, resultaba una suma de dinero bastante para responder al interés social predominante, que en todo proceso penal existe y para arraigar al procesado de tal suerte que quedará sujeto al juicio y no eludiera, en su caso, el cumplimiento de la pena que le fuera impuesta. Mas si eso fue así en aquella época, ahora... la suma de diez mil pesos ha resultado insuficiente, prestándose a que con frecuencia los delincuentes no sólo burlen a los Tribunales, sino que además, y tratándose de delitos patrimoniales, resulta para ellos provechosísimo el otorgar la garantía, dispuestos a perderla, ya que de antemano saben que se les hará efectiva al sustraerse a la acción de la justicia, para disfrutar tranquilamente del producto de su delito..." 29

Al discutirse la iniciativa en el Senado se admitieron sus argumentos, y se dijo que el nuevo máximo de \$250,000.00 "vendría a ser insuficiente para garantizar la seguridad del delincuente" en los casos de delitos patrimoniales por elevadas cuantías" 30.

Por Decreto publicado en el Diario oficial de 14 de enero de 1985, se reformó por segunda vez la fracción 1 del artículo 20 Constitucional para quedar como sigue:

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

- 1. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la**

29.- Ibidem. Pag 167

30.- Diario de Debates, XL Legislatura, año II, Tomo I

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 imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores."³¹

En los términos de su único Artículo Transitorio, el Decreto mencionado entró en vigor a los seis meses de su publicación en el Diario Oficial. Saltan a la vista, en primer lugar, algunas reformas terminológicas.

31.- *Ibidem*. pag.166

Tanto el texto original de 1917 como el reformado en 1948 se referían a la garantía como libertad bajo fianza. Incorrectamente, puesto que la fianza, si bien es la garantía empleada con mayor frecuencia, no es sino una de las que, juntamente con el depósito en efectivo, la hipoteca y ahora quizá la prenda, quedan correctamente englobadas bajo la denominación genérica de libertad bajo caución, empleada por el texto reformado.

La doctrina mexicana había recomendado ya esta corrección terminológica.

Por lo que hace a la autoridad facultada para fijar la caución, que el texto de 1948 designaba como "el juez", el texto de 1985 la llamó "el juzgador", con el fin de comprender también a los Tribunales Superiores, quienes también pueden verse llamados a otorgar la garantía.

Por último, por Decreto publicado en el Diario Oficial de 3 de septiembre de 1993, se reformó por tercera vez la fracción I, citada para quedar en los siguientes términos:

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

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

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley deriven a su cargo en razón del proceso." 32

1.5.- HISTORIA DEL DERECHO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El Derecho Penal, es un producto social, de cuya gestación y desarrollo dan noticia de las diversas etapas que son materia de su desenvolvimiento histórico.

Algo semejante ha ocurrido con los procedimientos penales, y aunque en el período de la "venganza privada" no es posible concebirlo (dada la naturaleza de los actos que se sucedían y por los cuales se le llamó en la forma indicada); cuando se llevaba a cabo un acto lesivo a los intereses particulares o del grupo, el ofendido o sus familiares "cobran en la misma moneda" la ofensa recibida, y muchas veces en forma más estricta.

Para ello, se organizaban de acuerdo con la reacción defensiva natural en todo ser humano, y aunque no existía poder estatal regulador de los atentados, dicha etapa sirve de antecedente remoto a lo que más tarde se convierte en el "Derecho Procesal Penal", ya que en la Teocracia, los sacrificios suplicatorios, según el criterio de algunos autores, siguen teniendo el carácter de venganza, independientemente de que ésta sea

32.- *Ibidem*, pág.167

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

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley deriven a su cargo en razón del proceso." 32

1.5.- HISTORIA DEL DERECHO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El Derecho Penal, es un producto social, de cuya gestación y desarrollo dan noticia de las diversas etapas que son materia de su desenvolvimiento histórico.

Algo semejante ha ocurrido con los procedimientos penales, y aunque en el período de la "venganza privada" no es posible concebirlo (dada la naturaleza de los actos que se sucedían y por los cuales se le llamó en la forma indicada); cuando se llevaba a cabo un acto lesivo a los intereses particulares o del grupo, el ofendido o sus familiares "cobraban en la misma moneda" la ofensa recibida, y muchas veces en forma más estricta.

Para ello, se organizaban de acuerdo con la reacción defensiva natural en todo ser humano, y aunque no existía poder estatal regulador de los atentados, dicha etapa sirve de antecedente remoto a lo que más tarde se convierte en el "Derecho Procesal Penal", ya que en la Teocracia, los sacrificios suplicatorios, según el criterio de algunos autores, siguen teniendo el carácter de venganza, independientemente de que ésta sea

32.- *Ibidem*, pág.167

para desagraviar a la divinidad ofendida, de tal manera que, las formas y los actos celebrados en ese orden, no pueden considerarse como un verdadero procedimiento penal en el sentido jurídico de la expresión.

1.5.1.- ORIGEN

Para tener más claro el origen del procedimiento penal, haremos un breve recorrido por diferentes épocas de la historia del Derecho como son:

El Derecho Griego

El origen del procedimiento penal, se remonta a las viejas costumbres y formas observadas por los atenienses en el Derecho Griego, en donde el Rey, el Consejo de Ancianos y la Asamblea del Pueblo, en ciertos casos, llevaban a cabo juicios orales, de carácter público, para sancionar a quienes ejecutaban actos atentatorios en contra de ciertos usos o costumbres. Para esos fines, el ofendido o cualquier ciudadano presentaba y sostenía acusación ante el Arconte, el cual, cuando no se trataba de delitos privados y, según el caso, convocaba al Tribunal del Areópago, al de los Ephetas y al de los Heliastas.

"El acusado, se defendía por sí mismo, aunque en ciertas ocasiones le auxiliaban algunas personas; cada parte presentaba sus pruebas, formulaba sus alegatos, y en esas condiciones, el tribunal dictaba sentencia ante los ojos del pueblo." 33

El Derecho Romano

Los Romanos, paulatinamente, adoptaron las instituciones del Derecho Griego y con el transcurso del tiempo las transformaron, otorgándoles

33.- COLIN SANCHEZ Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Décima Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1998. pág. 22

características muy particulares que, más tarde, servirían, a manera de molde clásico, para cimentar el moderno Derecho de Procedimientos Penales.

En la época más remota del Derecho Romano, se observó un formulismo acentuado que, a su vez, en parte, constituía un símbolo. Adoptó un carácter privado; las funciones recaían en un representante del Estado, cuya facultad consistía en resolver el conflicto, tomando en cuenta lo expuesto por las partes.

Con frecuencia, durante la República, el Senado intervenía en la dirección de los procesos, y si el hecho era de esa majestad, obedeciendo la decisión popular, encargaban a los cónsules las investigaciones.

En materia civil, desde el año 367, los pretores tenían a su cargo el procedimiento *in iure*, consistente en un examen preliminar del asunto; después, lo remitían al jurado para que éste ahondara las investigaciones y pronunciara el fallo: procedimiento *in iudicio*.

"En los asuntos criminales, en la etapa correspondiente a las *legis actiones*", la actividad del Estado se manifestaba, tanto en el proceso penal público, como en el privado. En el privado, el Estado era una especie de árbitro: escuchaba a las partes y basándose en lo expuesto por éstas, resolvía el caso"³⁴

"Este tipo de proceso cayó en descrédito, por lo cual fue adoptado el proceso penal público, llamado así porque el Estado sólo intervenía en aquellos delitos que amenazaban el orden y la integridad política".³⁵

34.- *Ibidem*. Pág. 23

35.- *Idem*.

Más tarde, en esta misma etapa, se cayó en el procedimiento inquisitivo, iniciándose el uso del tormento que se aplicaba al acusado y aun a los testigos; juzgaban, los pretores, procónsules, los prefectos y algunos otros funcionarios.

"El Estado, a través de subórganos determinados y atendiendo al tipo de infracción, aplicaba invariablemente penas corporales o multas, pateritizando así la ejemplaridad."³⁶

El proceso penal público, revestía dos formas fundamentales: la *cognitio* y la *accusatio*; la primera, la realizaban los subórganos del Estado, y la segunda, en ocasiones, estaba a cargo de algún ciudadano.

"En la *cognitio*, considerada como la forma más antigua, el Estado ordenaba las investigaciones pertinentes para llegar al conocimiento de la verdad, sin tomar en consideración al procesado, porque solamente se le daba injerencia después de pronunciado el fallo, para solicitar del pueblo se anulara la sentencia."³⁷

Si la petición era aceptada, había que someterse a un procedimiento (*anquisitio*), en el cual se desahogaban algunas diligencias para dictar una nueva decisión.

"La *accusatio*, surgió en el último siglo de la República y evolucionó las formas anteriores; durante su vigencia, la averiguación y el ejercicio de la acción se encomendó a un acusador representante de la sociedad, cuyas funciones no eran propiamente oficiales, la declaración del derecho era

36.-Idem
37.-Idem

competencia de los comicios, de las cuestiones y de un Magistrado."³⁸

Con el transcurso del tiempo, las facultades conferidas al acusador fueron invadidas por las autoridades mencionadas; sin previa acusación formal investigaban, instruían la causa y dictaban sentencia.

Al principio de la época imperial, el Senado y los emperadores administraban la justicia; además los Tribunales penales, correspondía a los cónsules la información preliminar, la dirección de los debates judiciales y la ejecución del fallo.

Bajo el Imperio, el sistema acusatorio no se adoptó a las nuevas formas políticas y como la acusación privada se llegó a abandonar por los interesados, se estableció el proceso extraordinario para que los Magistrados, al fallar la acusación privada, obligatoriamente lo llevaran a cabo.

"De lo apuntado, se concluye que: en el procedimiento penal Romano, los actos de acusación, defensa y decisión, se encomendaban a personas distintas, prevaleciendo el principio de publicidad, por otro lado, la prueba ocupó un lugar secundario y la sentencia se pronunciaba verbalmente, conforme a la conciencia del juez."³⁹

1.5.2.- EVOLUCION

Dentro de este punto pronunciaremos brevemente algunos tipos de procedimientos penales que rigieron en diferentes épocas.

38.-Idem

39.-Cfr. COLIN SANCHEZ Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Decimoséptima Edición, Editorial Porrúa, México 1998

El Procedimiento Penal Canónico

En el Derecho Canónico, el procedimiento era inquisitivo: mismo que fue instaurado en España por los Visigodos (Código de Eurico), y generalizado después, dejando de tener vigencia en la época de la Revolución Francesa.

Se instituyeron los comisarios, quienes practicaban pesquisas para hacer saber al Tribunal del Santo Oficio la conducta de los particulares, en relación a las imposiciones de la Iglesia.

"Al reglamentarse el funcionamiento de la Inquisición Episcopal, se encomendó a dos personas laicas la pesquisa y la denuncia de los herejes; y en los inquisidores se concentraron los actos y funciones procesales." 40

Las denuncias anónimas eran rechazadas; se requería la firma, después, se exigió que se hicieran ante "escribano" y bajo juramento.

Los inquisidores: recibían denuncias, practicaban pesquisas, realizaban aprehensiones; la confesión fue la prueba por excelencia y para obtenerla empleaban el tormento; no era admitida la defensa, hacían comparecer a toda clase de testigos; los juicios eran secretos, se utilizaba la escritura y el juez gozaba de poderes amplísimos para formar su convicción.

40.-COLIN SANCHEZ Guillermo. Op. Cit.pàg. 24

El Procedimiento Penal Mixto

El procedimiento penal mixto o común, se fundamenta en el Derecho Canónico; mismo que se implantó en Alemania en el año de 1532 y en Francia, en la Ordenanza Criminal de Luis XIV.

Sus características, son las siguientes: durante el sumario se observan las formas del sistema inquisitivo (secreto y escritura), para el plenario, la publicidad y la oralidad; para valorar las pruebas el juez goza de libertad absoluta, salvo casos excepcionales en los que regía el sistema legal o tasado.

El proceso penal común, al decir de Juan José González Bustamante, es "fruto de las Investigaciones de los juristas de Bolonia y se implanta en Alemania, en la Constitución Criminal Carolina en 1532, y en Francia en la célebre Ordenanza Criminal de Luis XIV, el año de 1670. Los jueces disfrutaban del arbitrio judicial como justicias del monarca." 41

En Italia en el siglo XVI, los jurisconsultos Marsilio, Julio Claro, Farinacio y Menocio, establecieron las normas del procedimiento criminal y la libertad en la defensa del acusado, así como la intervención de defensores.

En el Derecho Germánico el procedimiento se distingue por el formalismo del proceso; el directamente ofendido por el delito para darle impulso reclamaba su derecho por medio de la venganza (se aplicaba el juramento purgatorio, las ordalias y el juicio de Dios).

41.- Idem.

Existía una completa separación entre las funciones instructoras y las que corresponden al período de juicio. El juez que instruye no era el mismo que dictaba la sentencia.

En la Ordenanza Carolina, así llamada por haberla decretado el Rey Carlos I de España y V de Alemania, se desconoció a la confesión del absoluto valor probatorio que tenía en el proceso penal canónico; se necesitaba que fuera acompañada de otros medios de prueba.

"En Francia, el juez instructor era el árbitro en los destinos del acusado, y al dirigir; y dar formas al proceso, al disfrutar de ilimitado arbitrio judicial, establecía los fundamentos sobre los cuales se levantó todo el procedimiento, sentenciando al acusado en secreto, sin oírlo en defensa, sin hacerle saber el nombre de su acusador, empleando la pesquisa y el tormento como fecundo sistema de intimidación." 42

El Procedimiento Penal en el Derecho Español.

En el antiguo Derecho Español, el procedimiento penal no alcanzó un carácter propiamente institucional; sin embargo, en algunos ordenamientos jurídicos como el Fuero Juzgo, se dictaron disposiciones de tipo procesal muy importantes.

El título I, del libro VI, de ese cuerpo normativo, se ocupó de la acusación; estableciendo los requisitos y forma de hacerla; así como las garantías del acusado frente al acusador y al juez; se hablaba también de la necesidad de la prueba por parte del acusador y sobre la confesión del reo, de los casos en que procede el tormento y del juramento purgatorio

42.-Ibidem. Pàg 25

del reo cuando no esté probada la acusación ni su inocencia.

En el título V, se alude a la acusación popular contra el homicida y se destaca en forma importantísima la influencia concedida a los obispos sobre los jueces, así como también el asilo eclesiástico.

Es notable el esfuerzo de estas leyes para otorgar garantías al individuo y entre otros aspectos, se dispuso que: "las justicias no se hicieran ocultamente sino paladinamente, entre todos, buscando en la publicidad acaso una garantía y de cierto, el ejemplo"; asimismo: "que nadie sea echado de lo suyo por fuerza".⁴³

Aunque en las Siete Partidas, aparece un conjunto mayor de disposiciones para regular el proceso penal, éstas no acusan el adelanto del Fuero Juzgo.

En la partida séptima, título 1, se habla de la acusación, de su utilidad y de sus formas.

En el título XV, se dice que pueden demandar "enmienda del daño": el dueño de la cosa y su heredero, debiendo formular ante el juez del lugar la petición correspondiente, previniendo, además que, si el acusado niega el daño y se lo prueban, debe pagar el doble.

La forma en que deben ser detenidos los acusados, está prevista en el título XXIX, y desde entonces, se indicó, que si aquellos huían del lugar donde los habían acusado, el juez debería observar ciertos lineamientos para que le fueran remitidos los delincuentes, siendo obligatorio para los jueces hacerlo mediante carta dirigida al juez requerido, quien aun en contra de su voluntad accedería a ello.

43.- Idem

El tormento, fue instituido en forma general, con excepción de los menores de catorce años, los "caballeros", los "maestros de las leyes u otro saber", los consejeros del Rey y otros personajes.

Por otra parte, el Fuero Viejo de Castilla (Siglo XIV), señala algunas normas del procedimiento penal; como las referentes a las pesquisas y acusaciones a los funcionarios encargados de practicar visitas de inspección en el ramo de justicia (medios), y a la composición.

Por último, la Novísima Recopilación trata de la jurisdicción eclesiástica, de su integración y funcionamiento, policía, organización; atribuciones del Supremo Consejo de Castilla, Salas de la Corte y sus alcaldes, órganos de jurisdicción criminal y el procedimiento a seguir ante ellos, audiencias, abogados, Procuradores, escribanos, etc., alcaldes del crimen en las cancillerías, procedimiento ante éstos y, en general, de los juicios criminales.

El Procedimiento Penal en el Derecho Prehispánico

El Derecho Prehispánico, no rigió uniformemente para todos los diversos pobladores del Anáhuac, puesto que constituían agrupaciones diversas gobernadas por distintos sistemas y aunque había cierta semejanza, las normas jurídicas eran distintas.

El Derecho, era consuetudinario y quienes tenían la misión de juzgar lo transmitían de generación en generación.

Para decretar los castigos y las penas, no bastaba únicamente la ejecución del ilícito penal; era menester, un procedimiento que Las

justificara, siendo de observancia obligatoria para los encargados de la función judicial,

Existían tribunales: reales, provinciales, jueces menores, de comercio, militar, etc., cuya organización era diferente, en razón a las necesidades de los reinos, al delito cometido y a la categoría del sujeto infractor.

La primera de ellas llamada Tlaxitlán, era la de la judicatura. En ella vivían el Rey, los cónsules, oidores y principales nobles y se usaba también para juzgar las causas criminales que ameritaban pena de muerte, ahorcamiento, lapidación o achocamiento con palos.

Era ése el sitio en donde se juzgaba a los nobles y cónsules, condenándolos a muerte, destierro o a ser trasquilados o puestos en prisión en jaulas "recias" y grandes.

Los procesos no sufrían dilación, se resolvían en un término corto, no se admitía cohecho, no se favorecía al inculpado y, en general, la justicia se administraba con gran rectitud. Otra sala, era dedicada a los consejos de Guerra.

Asimismo, mencionaremos brevemente el procedimiento que existía en las siguientes culturas :

a) El Derecho Azteca.- En el Reino de México, el monarca era la máxima autoridad judicial, delegaba sus funciones en un Magistrado Supremo, dotado de competencia para conocer de las apelaciones en materia criminal; a su vez, éste nombraba a un magistrado para ejercer iguales atribuciones en las ciudades con un número de habitantes considerable, y este Magistrado, designaba a los Jueces encargados de los asuntos civiles y criminales.

Tomando en cuenta la clasificación de las infracciones penales en leves y graves, para conocer de las primeras se designaban jueces, cuya competencia comprendía, solamente, la de un barrio determinado de la ciudad. Las infracciones graves, se encomendaban a un tribunal colegiado, integrado por tres o cuatro Jueces; los Jueces menores, iniciaban las actuaciones procedentes, efectuaban la aprehensión de los delincuentes, instruían el proceso en forma sumaria y el Magistrado Supremo era quien decidía en definitiva.

"Los fallos eran apelables y ante el monarca se interponía el recurso; "El Rey asistido de otros jueces, o de trece nobles muy calificados, sentenciaba en definitiva. Existía el derecho a favor del acusado para nombrar defensor o defenderse por sí mismo, asistido por patronos, tepantlatoani o por representantes, tlánemiliane." 44

"En materia de pruebas, existían: el testimonio, la confesión, los indicios, los careos y la documental, se afirma que para lo penal tenía preferencia la testimonial y solamente en casos como el de adulterio o cuando existían vehementes sospechas de que se había cometido algún otro delito, se permitía la aplicación del tormento para obtener la confesión." 45

Eran manifiestas algunas formalidades, por ejemplo: en la prueba testimonial, quien rendía juramento estaba obligado a poner la mano sobre la tierra y llevarla a los labios, queriéndose indicar con esto que se comía de ella.

44.-Ibidem.pàg 28

45.-Idem.

El límite para resolver el proceso, era de ochenta días, y las sentencias se dictaban por unanimidad o por mayoría de votos.

b) El Derecho Texcocano.- El Derecho del Reino de Texcoco era muy similar al Azteca.

A los Jueces ordinarios, aunque con una potestad muy restringida, se les facultaba para ordenar la detención preventiva de quienes cometían delitos, con la obligación de informar de ello a los Jueces Superiores o, en su caso, turnarles el asunto para que se avocaran al mismo.

c) El Derecho Tarasco.- La investigación de los delitos, la realizaban los jueces locales.

Contaban con un Tribunal Superior en lo penal -peta muti- y los casos muy graves se remitían al Rey para su resolución.

d) El Derecho Maya.- Entre los Mayas, el Derecho estaba caracterizado por la extrema rigidez en las sanciones, y como los Aztecas, castigaban toda conducta que lesionara las buenas costumbres, la paz y la tranquilidad social.

La competencia residía, fundamentalmente, en el Ahua, quien en algunas ocasiones podía delegarlas en los Batabes. Diego López de Cogulludo, señala que "juntamente con los funcionarios mencionados, actuaban algunos otros ministros que eran como abogados o alguaciles y cuya participación se destacaba durante las audiencias." 46

Juan de Dios Pérez Galas, indica: "La jurisdicción de los Batabes

46.-LOPEZ DE COGULLUDO Diego. Tres Siglos de la Denominación Española en Yucatán. Décimotercera Edición, Editorial Bosch, México 1998. pag. 146

comprendía el territorio de su cacicazgo, y la del Ahua todo el Estado." "La justicia se administraba en un templo que se alzaba en la plaza pública de los pueblos y que tenía por nombre Popilva". "Los juicios se ventilaban en una sola instancia, no existiendo ningún recurso ordinario ni extraordinario.

"47

"Con relación a las pruebas, el mismo autor indica: "hay probabilidad de que hubiesen usado las siguientes: la confesional, ya que Landa dice de ellos; refiriéndose a los casos de peligro de muerte: «confesaban su pecado», y en otra expresión: «ellos confesaban sus flaquezas», hecho que indica el conocimiento que tuvieron del valor de las confesiones, que no es remoto hubiesen empleado en materia judicial; la testimonial, ya que hemos visto el uso de los testigos en el perfeccionamiento de toda índole de contratos; y la presuncional, pues echaban maldiciones al que presumían mentiroso."48

47.-PEREZ GLAS Juan de Dios, Derecho y Organización Social de los Mayas, Segunda Edición, editorial Trillas, México 1999, pag. 125

48.-Ibidem. Pág. 126

CAPITULO 2

MARCO CONCEPTUAL DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

CAPITULO 2

MARCO CONCEPTUAL DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

En el presente capítulo abarcaremos diversos conceptos que son de gran importancia para el tema que nos ocupa, mismos que se plantearán de una forma sencilla con la finalidad de tener un mejor entendimiento de toda la investigación realizada a lo largo de este trabajo.

2.1- CONCEPTO DE PERSONA.

El concepto de persona jurídica tiene una larga y complicada historia. Es el fruto de una lenta y fatigosa elaboración conceptual, en la cual se refleja toda la historia de la dogmática y la experiencia jurídica, los varios significados de persona, los de su equivalente griego y sus derivaciones modernas han sido objeto de muchas controversias entre filólogos, juristas, filósofos y teólogos.

En la actualidad "persona jurídica" es un término altamente técnico con el cual los juristas normalmente se refieren a una entidad dotada de existencia jurídica, susceptible de ser titular de derechos subjetivos, facultades, obligaciones y responsabilidades jurídicas.

Prácticamente todos los teóricos del derecho coinciden en señalar que persona constituye un concepto jurídico fundamentalmente. Sin embargo, su uso no se limita a la teoría general del derecho.

La noción de persona como concepto jurídico técnico: aparece en el lenguaje de juristas, jueces, abogados y en los textos de derecho positivo.

No obstante, la locución persona no es exclusiva del discurso jurídico. Por el contrario, procede de campos muy lejanos del derecho.

Es así que se hará un breve recorrido sobre el origen de esta palabra, y se ha corroborado ampliamente la percepción de que la locución latina persona deriva de "personare", "reverberar". En todo caso, entre los latinos el significado originario de persona fue el de "mascara". "persona designaba una careta que cubría la cara del actor cuando recitaba en una escena.

"El propósito de la mascara era hacer la voz del actor vibrante y sonora. Poco después persona pasó a designar al propio actor enmascarado: al personaje. Consecuentemente, persona constituye como algo que hace las veces de protagonista de algo: un papel, una parte; en suma: personifica un papel social."⁴⁹

Existe evidencia suficiente para afirmar que en el discurso jurídico "persona" mantiene su significado paradigmático. Persona es usado por los juristas en el sentido de función, carácter y cualidad. Esto deviene en su significado técnico jurídico.

Con lo anterior, se concluye que la palabra tiene diversas acepciones, sin embargo, para el tema que nos ocupa tomaremos en cuenta, que es aquel ente que es susceptible de derechos y obligaciones dentro de la sociedad y que principalmente es un ser humano que debe ser tratado como tal, sin importar su raza, religión, sexo o nacionalidad.

49. - Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo P-Z, Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A. UNAM, México, 1988, pág 1115

Se hace la acotación que en el caso concreto que hacemos referencia a una de las dos acepciones de persona en el derecho, la persona física o individuo, toda vez que, como sabemos en nuestra disciplina, el concepto de persona también alude a las personas morales o colectivas, las cuales obviamente pueden ser privadas de su libertad.

2.2.- CONCEPTO DE DOMICILIO

Del latín (domus: casa) el domicilio de una persona física es el lugar en donde reside con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar en que se halle.

El concepto jurídico comprende dos elementos: uno objetivo y el otro subjetivo. El primero está constituido por la residencia de una persona en un lugar determinado, y el segundo por el propósito de dicha persona de radicarse en ese lugar. La ley presupone que se conjuntan estos dos elementos cuando una persona reside por más de seis meses en ese lugar.

Este atributo de las personas tiene por objeto:

- a) Determinar el lugar para recibir todo tipo de notificaciones y emplazamientos;
- b) Precisar el lugar en donde debe cumplir sus obligaciones;
- c) Fijar la competencia del juez,
- d) Establecer el lugar en donde deben realizarse determinados actos de estado civil, y
- e) Realizar la centralización de los bienes tratándose de casos de juicios universales.

Existen varios tipos de domicilio:

- A) Real.- es aquel en que radica la persona con el propósito de establecerse en él;
- B) Legal.- es aquel que la ley señala como el lugar para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones aunque de hecho no se encuentre allí presente;
- C) Voluntario.- es aquel que surge cuando una persona, a pesar de residir en un lugar por más de seis meses, desea conservar su domicilio anterior, para ello debe hacer la declaración correspondiente dentro de un término de 15 días.

Por su parte el Código Civil se refiere al domicilio conyugal que ha sido definido por la Suprema Corte de Justicia como el lugar en donde conviven los cónyuges y sus hijos, disfrutando aquellos de la misma autoridad y consideración.

Es la morada en que están a cargo los cónyuges de la dirección y el cuidado de los trabajos del hogar. Debiendo ser adecuado para hacer posible el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos derivados del matrimonio. Es decir, se requiere que además ciertas consideraciones materiales como espacio, servicios, etc., sea un domicilio propio. Esta definición fue incorporada al ordenamiento civil para el Distrito Federal el cual se define como el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales y al domicilio familiar el cual es uno de los elementos objeto del patrimonio de familia.

2.3.- Concepto de extranjero.

Este concepto que es de vital importancia para nuestro trabajo de investigación, no resultó ser uniforme para los teóricos, ya que para Orué y Arregui "la expresión extranjero" en sentido vulgar "es el individuo que no es Nacional." ⁵⁰ En orden general, este autor define al extranjero como aquél individuo sometido simultáneamente a más de una soberanía.

"Este concepto se produce ya por razón de las personas, de las cosas o de los actos.

- A) Por las personas, cuando un individuo se traslada desde un país a otro, en el cual verifica funciones familiares en un orden matrimonial, tutelas, etc;
- B) Por las cosas, en el hecho, por ejemplo, de adquirir la propiedad en suelo extranjero;
- C) Por los actos, celebrando un contrato, otorgando un testamento."

51

Niboyet estima que: "los individuos se dividen en dos categorías: los Nacionales y los no Nacionales o Extranjeros". ⁵² El objeto de la Nacionalidad, en su concepto, es, precisamente el de establecer esta separación.

A su vez, para Alfred Verdross estima que: "en el derecho de extranjería, constituido por normas de Derecho Internacional que obliga a los Estados entre sí a que traten de determinada manera a sus respectivos súbditos, la expresión "extranjería" resulta imprecisa porque "no se trata de deberes

50.- ORUE y ARREGUI José Ramón. Manual de Derecho Internacional Privado. Tercera Edición, Instituto Editorial Reus, Madrid 1952, pág. 282

51.- Idem

52.- NIBOYET J.P., Principios de Derecho Internacional Privado. Cuarta Edición, Editora Nacional, S.A. México 1951, pag. 2

para con los extranjeros en general", sino únicamente de deberes para con los extranjeros de otro Estado." 53

El internacionalista Charles G. Fenwick "hace notar que el derecho internacional" reconoce la diferencia existente entre los extranjeros, visitantes, transitorios en un país extraño, y aquellos que han establecido allí su residencia permanente, y que manifiestan la intención de prolongar su permanencia indefinidamente". 54

En la obra de derecho internacional público dirigida por Y.A.Korovin, se conceptúa al extranjero como "el individuo que está en el territorio de un Estado del que no es ciudadano y que sí en cambio, lo es de otro". 55

El artículo 33 constitucional nos dice: "son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30"

De lo anterior se puede afirmar que tiene el carácter de extranjero la persona física o moral que no reúne los requisitos establecidos por el sistema jurídico de un Estado determinado para ser considerado como Nacional. Asimismo, cabe hacer las siguientes reflexiones:

a) Los extranjeros pueden o no estar sometidos simultáneamente a más de una soberanía. No lo estarán si no existen al mismo tiempo un punto de conexión que lo ligue con otro Estado. Un extranjero estará ligado a un Estado, por su domicilio, por su nacionalidad, por la realización de una conducta, por la tenencia de los bienes, etc.

53.- VERDROSS, Alfred, Derecho Internacional Público, traducción de Antonio Truyol y Serra, Editorial Aguilar, Madrid, 1957 pág.252

54.- FENWIK Charles G. Derecho Internacional, Omeba, Buenos Aires, 1963, Traducción de María Eugenia I. De Fischman, pág. 308

55.- KOROVIN Y.A., Academia de ciencias de la URSS, versión Española de Juan Villalba. Segunda Edición, Editorial Grijalbo, S.A., México, 1963, pág. 163

b) La persona física o moral extranjera puede ser súbdito de otro Estado o carácter de Nacionalidad. Existen extranjeros que no son súbditos de otro Estado.

En conclusión el concepto de extranjero es una noción que se obtiene por exclusión, será extranjero el que no reúna las condiciones requeridas por un sistema jurídico estatal determinado para ser considerado como nacional.

2.4.- CONCEPTO Y TERMINOLOGIA DE LA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

En un país como México, organizado como una Federación de Estados en donde las múltiples normas jurídicas aplicables pueden ser internacionales o internas y, a su vez, las internas pueden ser Federales, estatales o municipales, es indispensable evitar cualquiera anarquía ello se consigue mediante la jerarquización de las normas jurídicas, atribuyéndolas a las Constitucionales la naturaleza de Superiores.

Desde un ángulo diverso, el rango superior de las normas jurídicas Constitucionales, sobre todo respecto de las normas jurídicas internas, permite que haya unidad jurídica en el país pues, todas las normas jurídicas, en cuanto a su validez dependerán de su apego a las directrices implantadas por la Ley Fundamental, sobre el particular es plenamente acertado el criterio de Hans Kelsen , al definir un sistema jurídico como:

" Una pluralidad de normas, constituye una unidad, un sistema, o un orden cuando su validez reposa, en último análisis sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad." 56

56.- KELSEN Hans, Teoría Pura del Derecho, Editorial Eudeba, pàg135

Francisco Javier Osorio Corres y María de Lourdes Martínez Peña al ocuparse de la Supremacía Constitucional sostienen que con esa frase se alude a la cualidad que corresponde a la constitución, por la que este ordenamiento tiene la cualidad de fungir como la norma jurídica superior que da validez y unidad al orden jurídico nacional. Según el criterio de estos autores la Supremacía Constitucional es aplicable, tanto en los sistemas de constitución escrita, como en los de constitución consuetudinaria. 57

En concepto de los dos autores citados, la conformidad de las normas jurídicas, para su correspondiente validez, puede referirse a aspectos formales, como el apego al procedimiento de elaboración de una norma jurídica o, en cuanto a su contenido deberá haber sujeción a la norma jurídica constitucional. En todo caso, en la constitución se previene el proceso de producción del conjunto de normas jurídicas que integran un orden jurídico determinado a la constitución le corresponde asegurar su unidad. La competencia de los órganos de autoridad y el ejercicio de la actividad de ellos deberán fundarse en la Constitución, directa o indirectamente, por ser ésta la norma cumbre de un orden jurídico, de ahí su denominación de "Ley Fundamental."

La connotación gramatical de los dos vocablos unidos. "Supremacía Constitucional", nos obliga en primer momento, a esclarecer el significado de cada uno de esos términos.

Por Supremacía entendemos, según el diccionario de la Real Academia de la lengua Española el "grado supremo en cualquier línea". En una segunda acepción significa: "preeminencia, superioridad jerárquica". Lo supremo conforme al mismo diccionario es el objetivo que alude

57.- Instituto de Investigaciones Jurídicas, Op. cit., Tomo III., pàg 726.

a lo "sumo", "altísimo", lo "que no tiene superior en su línea". La voz "constitución" que proviene del vocablo latino constitutio-onis, en una de sus acepciones se refiere a la "Ley Fundamental de la organización de un Estado" y la derivación "constitucional" es lo " perteneciente a la constitución de un estado". 58

La yuxtaposición de ambos vocablos " Supremacía" y "Constitucional" produce como resultado una frase de impacto inaudito para aludir a toda una pluralidad de normas jurídicas en las que la cumbre de valor se atribuye a las disposiciones contenidas en la Constitución. Ello significa que los órganos gubernamentales Federales, Estatales y Municipales, así como las actividades que ellos realicen están subordinados a los preceptos Constitucionales, al ser éstos de valor jerárquico superior.

"Afirma el jurista Argentino Carlos Sánchez Viamonte que existe gran trascendencia de la Supremacía Constitucional. Es prenda de seguridad y paz social, en su concepto, por que la Constitución es el límite a la voluntad humana del gobernante y garantía de los gobernados. A la Constitución se adecua toda la legislación y entraña la medida Suprema de la regularidad jurídica. Adquiere la Supremacía Constitucional la naturaleza de principio fundamental en todo Estado de derecho en el fondo representa el respeto a la Ley. La Supremacía de la Constitución enmarca la superioridad de la Constitución y rechaza la de los hombres o funcionarios encargados de aplicarla que, es natural están subordinados a la Constitución. La Supremacía de la Constitución defiende a la sociedad de los peligros que pueden derivarse de efímeras voluntades personales que, en forma arbitraria o caprichosa, pueden pretender crear el Derecho."59

58.- Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, editorial Espasa-Clape, S.A., 19a. Edición. Madrid. 1970, pag 252

59.- Cfr. SANCHEZ VIAMONTE Carlos. Constitucionalidad y Constitucionalismo, Enciclopedia Jurídica Omeba, op. cit. T. III, p.p. 1036 y 1050

Asimismo, tenemos que, en el Diario de los Debates correspondiente al día 21 de enero de 1917, la Comisión, respecto del artículo 132 (que, después sería el artículo 133 Constitucional), menciona que:

"El proyecto de reformas suprime los artículos 12 y 126 de la Constitución de 1857. . . " y agrega consideraciones, sobre la importancia del artículo 126, suprimido en el Proyecto, ya que establece la Supremacía de la Ley Constitucional, de las leyes emanadas de ésta y de los tratados hechos por el Ejecutivo con aprobación del Congreso de la Unión.

Se enfatiza que "la ley americana, tiene un precepto análogo en que se establece que leyes como éstas son la ley Suprema de la tierra. "Agrega: "Así es entre nosotros también, y el artículo suprimido, además de esa grandiosa declaración, constituye la salvaguardia del pacto federal y su lugar preferente respecto de las Constituciones locales, **pues autoriza a los jueces para ceñirse a aquél, a pesar de disposiciones en contrario que pueda haber en éstas.** La Comisión ha recogido el artículo y se ha permitido incluirlo en el número 132." 60

De esa manera, el artículo 132, propuesto por la Comisión, se concretó a repetir textualmente el artículo 126 de la Constitución de 1857.

En la 62ª. Sesión Ordinaria, del día 25 de enero de 1918, se leyó el artículo 132 y nadie hizo uso de la palabra para discutirlo por lo que se reservó para su votación.

60.- Diario de los Debates del Congreso Constituyente, reedición de los ejemplares del 1 al 81, que contiene las versiones taquigráficas de las sesiones del código electoral y ordinario, " Los Históricas Debates de la Constitución de 1916-1917, T.II, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión LII Legislatura.

Ya en el texto final de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el texto literal del artículo 133, reprodujo el texto del 126 de la Constitución de 1857, y dispuso:

"Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos y que se hicieren por el presidente de la República, con aprobación del Congreso, 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 puedan haber en las Constituciones o leyes de los Estados."

Como se desprende del Diario de los Debates, estuvo a punto de ser suprimido el artículo 126 de la Constitución de 1857 y cuando la Comisión respectiva volvió a incluirlo, aludió expresamente a lo que llamó la "ley americana", o sea la Constitución de los Estados Unidos de América. De lo anterior, se puede advertir que hubo una gran influencia norteamericana, para ello se transcribe el texto del artículo VI, párrafo segundo de la Constitución de los Estados Unidos de América, según traducción contenida en el libro de Derecho Constitucional Mexicano de Felipe Tena Ramírez, estableciendo a la letra el párrafo citado.

"Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país." 61

Es muy clara la influencia del precepto norteamericano transcrito en el texto del artículo 126 de la constitución de 1857 y como consecuencia en el texto del artículo 133 de la Constitución de 1917, y así la simple lectura

61.- TENA RAMÍREZ, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, Decimoséptima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980, págs. 40-43

del antecedente norteamericano, comparativamente con el texto del artículo 133 nos permite advertir las diferencias y las coincidencias que se dan entre ellas.

Señala Felipe Tena Ramírez que "ambos dispositivos, 133 de la Constitución mexicana y VI, párrafo segundo de la Constitución norteamericana instituyeron, de manera textual, la Supremacía de la Constitución, leyes federales y tratados, en relación con la legislación de los Estados miembros. En cuanto a leyes federales, éstas se subordinan a la Constitución pues, en la versión norteamericana deben expedirse "con arreglo a ella" y en la versión mexicana, deben emanar de ella". 62

Por lo que hace a los tratados internacionales, en la versión norteamericana, hay subordinación a la Constitución pues, se indica: "que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos". En cambio, la versión mexicana es omisa en cuanto a la respectiva subordinación de los tratados a la Constitución.

Siguiendo con el constitucionalista mexicano Tena Ramírez aludido con anterioridad sobre el comentario que hacía Ignacio L. Vallarta sobre el texto del artículo 126 de la Constitución de 1857, "en el sentido de que el Derecho de Gentes no estaba normado por dicha Constitución y que, por tanto, esa Constitución no tenía Supremacía jerárquica sobre los pactos internacionales. En concepto de Vallarta, la Constitución no regula más que las relaciones interiores de sus Poderes públicos y carece de aplicación en las relaciones internacionales." 63

Como es sabido, no se conserva incólume el texto original del artículo 133 Constitucional ya que fue reformado por decreto publicado en el diario

62.- *Ibidem* Pags. 85-87

63.- *Idem*

Oficial de 18 de enero de 1934. A partir de esa reforma de 1934 el texto literal del artículo 133 Constitucional expresa:

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 de 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 locales de los Estados.

EFFECTOS EN EL DERECHO INTERNO DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.

La Supremacía Constitucional acarreó ciertos efectos o consecuencias en nuestro sistema normativo y por su importancia deben mencionarse las cuestiones relacionadas con las funciones del Poder Judicial Federal y con las Constituciones de las entidades federativas.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION.

En cuanto a éste poder de la unión se debe decir que, deberá tener como directriz de su conducta un cumplimiento estricto de lo dispuesto por la constitución; y en una relación, meramente enunciativa, de las actividades del poder judicial federal respecto del cumplimiento de la constitución en sus funciones, dada la Supremacía Constitucional que nos ocupa, nos sugiere expresar:

El Poder Judicial de la Federación es el órgano que, a través del juicio de amparo, desempeña funciones de control de la constitucionalidad y la

legalidad de los actos de autoridades federales, estatales, y municipales, y al desempeñar esta importantísima función deberán apegarse cuidadosamente a los lineamientos contenidos en los artículos 103 y 107 constitucionales; asimismo, en los juicios federales previstos en los artículos 104, 105 y 106 de la constitución, el poder judicial de la federación habrá de ajustarse estrictamente a lo establecido por los cánones constitucionales.

El Poder Judicial Federal, en el juicio de amparo suplirá la deficiencia de la queja cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia;

Las sentencias del poder judicial federal, dada la "Formula Otero" sólo se ocuparan de individuos particulares, se limitará a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare;

LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"las constituciones particulares de la leyes de los Estados no podrán nunca contravenir las prescripciones de la Constitución Federal; ésta es, por consecuencia, la que debe determinar el límite de acción de los poderes federales, como al efecto lo determina, y las facultades expresamente reservadas a ellos, no pueden ser mermadas o desconocidas por las que pretendan arrogarse los Estados". 64

Para concluir la referencia de los efectos de la Supremacía de la constitución sobre los funcionarios de las entidades federativas, se

64. ARELLANO GARCIA, Carlos. Setenta y Cinco Aniversario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, S.A., México. 1992

asentarán algunas reflexiones que reafirman tal Supremacía Constitucional Federal sobre las autoridades constituidas en los Estados de la República:

Los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de las Entidades Federativas deben abstenerse de invadir facultades que correspondan a la Federación, según la respectiva distribución constitucional, pues, de incurrir en la invasión, dan lugar a que se promueva el juicio de amparo, con fundamento en la fracción III, del artículo 103 constitucional;

El artículo 133 Constitucionales es la disposición más clara y expresa en cuanto al señalamiento de la Supremacía Constitucional, pero no es la única disposición tendiente a la fijación de la aludida supremacía. Por tanto es de trascendencia aludir a otras disposiciones de nuestra Carta Magna que fortalecen tal Supremacía.

Por otro lado, el artículo 1º Constitucional señala, que en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución y agrega: "... las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece."

Asimismo, constituye esta regla el establecimiento de la Supremacía Constitucional, pues reserva al ordenamiento Supremo la restricción y suspensión de garantías.

Solamente pueden operar las restricciones y suspensiones de las garantías individuales, que tengan un nivel constitucional, ya sea porque estén contenidas en el texto Constitucional original o porque el Poder Constituyente Permanente reforme o adicione la Constitución para establecer otras restricciones o supresiones.

Así también, se advierte que conforme al artículo 40 constitucional, nuestro país es una República representativa, democrática y Federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta Ley Fundamental.

De lo anterior, tenemos que la interpretación de este precepto, en primer término, conduce a deducir que la libertad de los Estados de la República y su soberanía se limita a su régimen interior.

Del precepto citado se desprende que la unión de los Estados en una Federación está sujeta a los principios de la ley fundamental. Esto significa una sujeción a la Constitución, de donde se reafirma de nueva cuenta la Supremacía Constitucional.

Resulta inestimable la subordinación de las constituciones de los Estados a la Constitución Federal, como lo establece literalmente la parte final del primer párrafo del artículo 41 Constitucional, el que a la letra señala:

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

Asimismo, mediante el juicio de amparo, consagrado y regulado en sus principios y procedencia por los artículos 103 y 107 Constitucionales, se

tutela la Supremacía Constitucional, además de controlar la legalidad y Constitucionalidad de los actos de las autoridades Estatales.

En efecto, las Leyes Ordinarias Federales o locales, así como las disposiciones Constitucionales locales que sean estimadas por el quejoso como contraventoras de la Constitución pueden ser impugnadas a través del juicio de amparo, ello con fundamento en la fracción I del artículo 103 Constitucional, en el sentido de que, no solamente se tutelan los primeros veintinueve artículos de la Constitución que contemplan las garantías Individuales, sino que, a través de los artículos 14 y 16 Constitucionales que contemplan la garantía de legalidad, se tutela toda la Constitución, de la que derivan derechos subjetivos públicos a favor del gobernado.

A su vez, con base en las fracciones II y III del artículo 103 Constitucional, el gobernado presuntamente afectado por violación de la distribución de competencias establecidas constitucionalmente, para la Federación y para los Estados puedan solicitar amparo, protegiéndose así la Supremacía Constitucional ya que en el documento Supremo se fijan las atribuciones de la Federación y de los Estados de la República.

En los artículos 104, 105 y 106 Constitucionales se establece la competencia judicial propiamente dicha de los Tribunales de la Federación, y, en materia de reiteración de la Supremacía Constitucional, específicamente señalamos casos de competencia judicial Federal; sobre todo en controversias del orden civil o criminal suscitadas sobre el cumplimiento y aplicación de Leyes Federales o de Tratados Internacionales: controversias suscitadas entre dos o más Estados o un Estado y la Federación; controversias entre dos o más Estados, o entre los poderes de un mismo Estado sobre la Constitucionalidad de sus actos; asimismo, también sobre cuestiones de competencia entre los tribunales

de la Federación, entre éstos y los de los Estados o entre los de un Estado y los de otro.

Por otro lado, se prevé la responsabilidad de los servidores públicos, por actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones, mismas que se previenen en el artículo 108 Constitucional. Apreciándose nuevamente la Supremacía Constitucional. Principalmente, respecto de gobernadores de los Estados, diputados a las legislaturas locales y los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia locales, en donde se previene responsabilidad por violación a la Constitución y a las Leyes Federales. Esta es una forma de protección de la Supremacía Constitucional.

Finalmente, se verá la Supremacía Constitucional frente a los Tratados Internacionales.

El texto del artículo 133 Constitucional, ya incluidas las reformas que se le hicieron en el año de 1934, le concede a los Tratados Internacionales el carácter de **LEY SUPREMA DE TODA LA UNION** siempre y cuando tales tratados cumplan con los requisitos que se deducen del mismo precepto, y que son a saber:

- 1.- Que estén de acuerdo con la Constitución. (A contrario sensu si no están de acuerdo con la Constitución, no serán Ley Suprema);
- 2.- Que hayan sido celebrados por el Presidente de la República. (Esta prerrogativa a favor del titular del Poder Ejecutivo es facultad expresa que le otorga la fracción X del artículo 89 Constitucional pues, en este último dispositivo se le encomienda la celebración de Tratados Internacionales);

3.- Que los tratados hayan contado con la aprobación del Senado, la aprobación de los tratados por el Senado también está reiterada en la fracción X del artículo 89 Constitucional.

Asimismo, se aprecia que la aprobación de los Tratados Internacionales, así como las convenciones diplomáticas son facultad exclusiva del Senado de la República, lo cual se fundamenta en el artículos 76, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Atento a lo anterior, tenemos que una interpretación simplista y meramente interna del artículo 133 Constitucional podría llevarnos a la conclusión incompleta e inexacta de que los tratados que no reúnan los requisitos antes señalados no serán la Ley Suprema de toda la Unión, y, por tanto, que en lo interno, prevalece la Constitución Mexicana sobre lo que disponga el Tratado Internacional.

Por su parte, el Legislador Constitucional puede crear normas jurídicas en el interior del país en que legisla pero, unilateralmente no puede crear normas jurídicas Internacionales obligatorias para los demás países.

Es por ello que existen dos Derechos, el derecho interno y el derecho internacional, el artículo 133 Constitucional aunque pretenda limitar el alcance interno de los Tratados Internacionales no puede eludir las consecuencias internacionales si se descatara un tratado internacional por darle mayor jerarquía interna a la Constitución.

Nuestro país se ha adherido a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, en dicha Convención se establece la Supremacía de los Tratados Internacionales sobre el Derecho Interno.

Para entender un poco más lo antes expuesto, es conveniente recordar brevemente en el ámbito doctrinal las teorías que rigen la Supremacía de los Tratados Internacionales, las cuales son:

- A) Dualista,**
- B) Monista Internacionalista y**
- C) Monista Nacionalista**

A) Teoría Dualista

La teoría dualista fue expuesta en Alemania por Enrique Triepel, en su obra denominada "Derecho Internacional y Derecho Interno" y en Italia por Anzilotti. Sostiene la teoría la existencia de dos órdenes jurídicos distintos: el orden jurídico internacional y el orden jurídico interno. ⁶⁵

El ámbito territorial de aplicación del Derecho interno y el derecho internacional es diverso. En principio, la norma jurídica interna se aplica en el territorio de un solo Estado.

La norma jurídica internacional se aplica con obligatoriedad en varios países y, por tanto, rebasa el territorio de un solo país. Siendo diferentes el Derecho interno y el Derecho Internacional, de conformidad con la teoría dualista, el Derecho interno se debe limitar, a seguir dentro del Estado, mientras que el Derecho Internacional regirá las relaciones internacionales entre varios países.

B) TEORÍA MONISTA INTERNACIONALISTA

"En el monismo internacionalista tiene preferencia la norma jurídica internacional en la hipótesis de oposición entre lo exigido por una norma

⁶⁵.- ARELLANO GARCIA Carlos, Derecho Internacional Público, Editorial Porrúa, S.A. México, 1983, , pág. 95-101

Jurídica internacional y lo establecido por una norma jurídica interna. Hans Kelsen al establecer el orden jerárquico normativo que abarca normas jurídicas internas e internacionales coloca en la cúspide la norma *pacta sunt servanda* que plasma la Supremacía de la norma jurídica internacional sobre la norma jurídica interna." 66

La Superioridad de la norma jurídica internacional sobre la norma jurídica interna la plasma Hans Kelsen en el siguiente juicio, muy claro y conducente:

"El conflicto entre una norma establecida del derecho internacional y otra del derecho nacional, es un conflicto entre una norma superior y otra inferior."

C) TESIS MONISTA NACIONALISTA

En el supuesto de conflicto entre la norma jurídica internacional y la norma jurídica interna, la tesis monista nacionalista concede Supremacía a la norma jurídica interna.

Las pretensiones de esta tesis pugnan contra la validez del Derecho Internacional por lo que, solamente pueden sostenerla con efectividad las grandes potencias, si es que ellas no se autolimitan frente a la norma jurídica internacional y la correspondiente responsabilidad que engendra la situación de incumplimiento de una norma jurídica internacional con el pretexto de que contradice la norma jurídica interna.

66.- *ibidem* . pàg 115

2.5.- CONCEPTO DE GARANTIAS INDIVIDUALES

DIVERSAS ACEPCIONES DEL CONCEPTO DE GARANTIA

Parece ser que la palabra garantía proviene del término anglosajón "Warranty" o "Warantie", que significa la acción de asegurar, proteger, de defender de salvaguardar (to Warrant), por lo que tiene una connotación muy amplia. "Garantía" equivale, pues, en su sentido lato, a "aseguramiento" o "afianzamiento", pudiendo denotar también "protección", "respaldo", "defensa", "salvaguardia" o "apoyo". Jurídicamente, el vocablo y el concepto "garantía se originaron en el derecho privado, teniendo en él las acepciones apuntadas.

En el derecho público, según afirmación de Sánchez Viamonte " la palabra garantía y el verbo garantizar son creaciones institucionales de los franceses y de ellos los tomaron los demás pueblos en cuya legislación aparece desde mediados del siglo XIX". 67

El concepto "garantía" en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones en favor de los gobernados dentro de un Estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas preestablecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional.

De esta guisa se ha estimado, incluso por la doctrina, que el principio de legalidad, el de división o de separación de poderes, el de responsabilidad oficial de los funcionarios públicos, etc., son garantías

67.- SÁNCHEZ VIAMONTE . Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa. Edición de la facultad de derecho de México. pag.7

jurídicas estatuidas en beneficio de los gobernados; afirmándose también que el mismo concepto se extiende a los medios o recursos tendientes a hacer efectivo el imperio de la ley y el derecho.

Ideas semejantes emite don Isidro Montiel y Duarte al aseverar que "...todo medio consignado en la constitución para asegurar el goce de un derecho se llama garantía, aun cuando no sea de las individuales". 68

La doctrina no se ha podido poner de acuerdo en la acepción estricta y específica que debe tener el concepto de "garantía" en el derecho público y, especialmente, en el Constitucional.

La diversidad de definiciones o de opiniones sobre lo que debe entenderse por "garantía" obedece a que sus autores toman la idea respectiva en su sentido amplio o lato. Además, dentro de la amplitud del término "garantía", los doctrinarios enfocan la definición de este concepto desde diferentes puntos de vista, sugiriendo ideas confusas o demasiado generales.

Suele hablarse, en efecto, de "garantías institucionales" como medios de protección de "ciertas instituciones" establecidos por la "regulación constitucional," para hacer posible la supresión en la vía legislativa ordinaria. Esta idea identifica a la garantía con la constitución misma o, al menos, con los preceptos Constitucionales protectores de "ciertas instituciones", lo que es inadmisibles, ya que no se trata de desentrañar lo que es "garantía general", sino de definir lo que denota el concepto específico de "garantía individual o del gobernado".

68.- MONTIEL DUARTE. Isidro. Estudio Sobre Garantías Individuales. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1947, pág. 26

Jellinek clasifica las "garantías del derecho público" en garantías sociales, tales como la religión, las costumbres, las fuerzas culturales y, en general, los elementos diversos que se dan en la dinámica de la sociedad; garantías políticas, dentro de las que comprende la organización misma del Estado y el principio de división de poderes; y jurídicas que se traducen en los sistemas de fiscalización de los órganos estatales, de responsabilidad oficial, de jurisdicción y de los medios para hacer efectivas las normas de derecho objetivo." 69

Fácilmente puede notarse que esta clasificación tiene como base la idea general de garantía y que de modo indistinto puede aplicarse a cualquiera de los tipos enunciados, lo que no aporta ninguna luz para precisar el concepto de garantía individual o del gobernado.

Hans Kelsen alude a "las garantías de la constitución" y las identifica con 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 determina su creación o su contenido." 70

Por otra parte el maestro Alfonso Noriega C. Identifica a las garantías individuales como los llamados "derechos del hombre", sosteniendo que estas garantías "son derechos naturales, inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas, que el estado debe reconocer, respetar y proteger, mediante la creación de un orden jurídico y social, que permite el libre desenvolvimiento de las personas de acuerdo con su propia y natural vocación, individual y social." 71

69.- Cfr. JELLINEK, Gorge. Teoría General del Estado, Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A. pàg 437.

70.- KELSEN Hans, Teoría General del Estado, Editorial Porrúa, Quinta edición, México 1985, pag. 428 y 429.

71.- NORIEGA C. Alonso. La naturaleza de las Garantías Individuales en la Constitución de 1917. Edición 1967, UNAM- Coordinación Humanidades pàg. 111

Desde el punto de vista de nuestra Ley Fundamental las garantías individuales, implican, no todo el variado sistema jurídico para la seguridad y eficacia del Estado de derecho, sino lo que se ha entendido por "derechos del gobernado" frente al poder público. La relación entre ambos conceptos, "garantía individual" y "derecho del gobernado", se deduce de la gestación parlamentaria del artículo 1º de la constitución de 1857.

Como ya lo hemos advertido, los constituyentes de 56-57, influidos por la corrientes jusnaturalista, consideraron que los derechos del hombre son aquellos que éste recibe de Dios. Por ello dichos constituyentes se concretaron a instituir las garantías" que aseguraran el goce de esos derechos, de tal suerte que al consagrar las propias garantías, en el fondo se reconoció el derecho respectivamente protegido o asegurado por ellas.

2.6.- EL DERECHO DE LIBERTAD

Del latín *libertas-atis* que indica la condición del hombre no sujeto a la esclavitud.

La palabra libertad tiene muchas acepciones. Se habla de libertad, en sentido muy amplio, como la ausencia de trabas para el movimiento de un ser. Se dice así que un animal que vive en el bosque es libre, a diferencia del que vive en el zoológico, o se habla de la caída libre de los cuerpos. También al hombre suele aplicársele este concepto amplio de libertad; se dice; que el hombre recluido en una cárcel no es libre.

Con una significación menos amplia, pero no técnica, se usa el término libertad para indicar la condición del hombre o pueblo que no está sujeto

a una potestad exterior. Se habla así de un trabajador libre en oposición al trabajador sujeto a la obediencia de un patrón, o de un pueblo o país libre, que se gobierna por sus propios Nacionales, a diferencia del pueblo sometido a un gobierno extranjero.

En su acepción filosófica, el vocablo libertad tiene un significado más preciso. La libertad se entiende como una propiedad de la voluntad, gracias a la cual puede el individuo adherirse a uno de los distintos bienes que le propone la razón.

En el sentido jurídico, la libertad es la posibilidad de actuar conforme a la ley. El ámbito de libertad jurídica comprende obrar para cumplir las obligaciones, no hacer lo prohibido.

En el Derecho Constitucional se habla de algunas libertades fundamentales, como la libertad de imprenta, la libertad de educación, la libertad de tránsito, etc. Aquí la palabra libertad denota un derecho subjetivo, es decir, el derecho que tienen las personas a difundir sus ideas, a educar a sus hijos, etc. Mientras se respetan esos derechos en una sociedad determinada, se podrá decir que los hombres actúan en ella con libertad, ya que los derechos de la persona son expresión de la ley natural, y la libertad jurídica consiste, esencialmente, en la posibilidad de obrar conforme a esa Ley Natural.

De todo lo expuesto se concluye, que después de la vida, la libertad es uno e los bienes jurídicos más valioso del ser humano, es por ello que debe ser respetado, siempre y cuando cumpla con las normas jurídicas que se encuentran establecidas en un régimen de gobierno, es decir, que no cometa un ilícito, y en caso de cometerlo, respetarle ese derecho si la ley lo permite.

2.7.- EL DERECHO DE LIBERTAD COMO GARANTIA INDIVIDUAL.

La autolimitación y, por ende, las limitaciones o restricciones a la conducta de las autoridades, se establece por todo el orden jurídico del Estado, independientemente de la índole jerárquica de las distintas normas que lo integran, siguiendo diferentes criterios y frente a diversos factores.

Ahora bien, directa y primariamente, frente a los miembros singulares del Estado o gobernados, la autolimitación estatal y las limitaciones jurídicas a la actuación de las autoridades se revelan en las Garantías Individuales.

Por lo tanto, éstas se traducen jurídicamente en una relación de derecho existente entre el gobernado como persona física o moral y el Estado como entidad jurídica y política con personalidad propia y sus autoridades, cuya actividad en todo caso se desempeña en ejercicio del poder y en representación de la entidad estatal.

En realidad, los sujetos inmediatos y directos de la relación jurídica que implica la garantía individual están constituidos por el gobernado, por una parte, y las autoridades del Estado, por la otra, puesto que es la conducta de estas últimas la que está limitada o restringida de modo directo por dicho vínculo de derecho; sin embargo, como una autoridad no debe ser reputada como entidad o funcionario, esto es, que traduzca una voluntad propia en cuanto al desempeño de su actuación pública, sino que siempre se le debe considerar como representante del Estado, a quien se encomienda el ejercicio del poder de éste, hablando con propiedad, las limitaciones que comprende la relación jurídica que entraña la garantía individual, y que inmediata y directamente se imputan a la conducta

autoritaria, repercuten en la potestad del Estado, ya que la primera no se traduce sino en el ejercicio o desempeño de ésta.

En la vida de cualquier Estado o sociedad existen tres tipos o clases fundamentales de relaciones, a saber:

- a) Las de coordinación,
- b) Las de supraordinación y
- c) Las de subordinación.

Las relaciones de coordinación son los vínculos que se entablan debido a una gama variada de causa entre dos o más sujetos, físicos o morales, dentro de su condición de gobernados.

Esas relaciones pueden ser de índole privada o de carácter socio-económico. En el primer caso, cuando están previstas y reguladas en las normas jurídicas, el conjunto de éstas constituye lo que suele denominarse "derecho privado"; y en el segundo, si las citadas normas imponen y rigen, su agrupamiento integra lo que se llama "derecho social". En ambas hipótesis, los sujetos de las relaciones reguladas jurídicamente no son los órganos del Estado, ni entre sí ni entre los gobernados, pudiendo estos ser, simples particulares o entidades colectivas o los miembros individuales de las mismas; y si en las propias relaciones puede intervenir algún órgano estatal, como sujeto, no es su actividad de imperio la que se encausa.

Las relaciones de supraordinación se establecen entre los diferentes órganos de poder o gobierno de un Estado o sociedad, normando la actuación de cada uno de ellos; y si esta normación se consagra por el derecho positivo, la rama de éste que la instituya configura tanto el derecho Constitucional como el Administrativo en sus aspectos orgánicos.

Las relaciones de supra o sub-ordinación descansan sobre una dualidad cualitativa subjetiva, o sea, surgen entre dos entidades colocadas en

distinto plano o posición, es decir, entre el Estado como persona jurídico-política y sus órganos de autoridad, por un lado, y el gobernado, por el otro.

En dichas relaciones, la persona moral estatal y sus autoridades desempeñan frente al gobernado la actividad soberana o de gobierno, o sea, actos autoritarios propiamente dichos que tienen como atributos esenciales la unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad.

Ahora bien, cuando las relaciones de supra a subordinación se regulan por el orden jurídico, su normación forma parte tanto de la constitución como de las leyes administrativas principalmente, implicando en el primer caso las llamadas "garantías individuales".

En consecuencia, éstas entablan entre el gobernado, por un lado, y cualquier autoridad estatal de modo directo e inmediato y el Estado de manera indirecta o mediata.

2.7.1.- EL DERECHO DE LIBERTAD PROVISIONAL

Es el derecho que tiene toda persona que se encuentra sujeto a un juicio del orden criminal, y ese derecho se puede considerar como la medida precautoria establecida en beneficio del inculcado de concederle la libertad provisional durante un proceso penal, cuando se le impute un delito que no esté considerado como grave por la ley y siempre que el propio acusado o un tercero otorgue una garantía económica con el propósito de evitar que el primero se sustraiga de la acción de la justicia.

Así como la detención o prisión preventivas constituyen una medida cautelar que se decreta en el proceso penal a favor de la seguridad

social, la providencia opuesta, es decir, la que beneficia al acusado sometido a dicha detención, es la denominada libertad provisional.

La vieja legislación Española que se aplicó tanto en la Época Colonial como en el México independiente durante la primera mitad del siglo XIX, concedía la libertad caucional en beneficio del acusado únicamente cuando la pena que pudiera imponérsele no tenía carácter corporal, lo que resultaba exageradamente restrictivo, y así lo establecieron algunos ordenamientos Constitucionales que tuvieron vigencia en nuestro país de acuerdo con el modelo del artículo 296 de la Constitución Española de Cádiz de 1812 que recogió dicha tradición, y, por el contrario no se consignó expresamente dicho beneficio en el artículo 20 de la Constitución Federal de 1857, que consagró los derechos del acusado en el proceso penal.

Sin embargo, los códigos procedimentales en materia penal expedidos durante la vigencia de la citada constitución, regularon el otorgamiento de la libertad caucional respecto de los acusados por delitos que merecieran pena corporal, y en este sentido se puede mencionar los artículos 260 y 440 respectivamente del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 15 de septiembre de 1880 y 6 de julio de 1894 respectivamente, así como el artículo 355 del Código Federal de Procedimientos Penales de 16 de diciembre de 1908, en la inteligencia de que el primero de los códigos mencionados, así como el federal, señalaron como límite la pena de cinco años de prisión, en tanto que el distrital de 1894 elevó dicho límite a los siete años.

Sin embargo, en la práctica se desvirtuó esta medida precautoria, en virtud de que, como lo afirmó la exposición de motivos del proyecto de constitución presentado por Venustiano Carranza al constituyente de

Querétaro, el primero de diciembre de 1916"... Tal facultad (de obtener el inculpado la libertad bajo fianza) quedó siempre sujeta al arbitrio caprichoso de los jueces quienes podían negar la gracia con sólo decir que tenían temor de que el acusado se fugase y se sustrajera a la acción de la justicia.

La medida precautoria de la libertad bajo caución quedó consagrada en el artículo 20 fracción I de la Constitución de cinco de febrero de 1917, la que recogió el criterio objetivo derivado de los códigos de procedimientos penales anteriores, pero suprimiendo cualquier posibilidad de arbitrio judicial. En efecto en el texto primitivo del citado precepto Constitucional se fijó como límite para otorgar el beneficio, que la pena por el delito que se imputara al acusado no excediera de cinco años de prisión, y se señaló como máximo al monto de la caución la cantidad, entonces respetable, de diez mil pesos.

A través de la reforma a este precepto Constitucional publicada el dos de diciembre de 1948, se modificó el límite para la concesión de la medida cautelar tomando en consideración, al parecer el criterio de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el término medio aritmético de cinco años de prisión; elevó la cuantía máxima de la caución a doscientos cincuenta mil pesos , y estableció reglas especiales en cuanto a los delitos de carácter patrimonial.

CAPITULO 3

MARCO JURIDICO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

CAPITULO 3

MARCO JURÍDICO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

En el presente capítulo analizaremos brevemente los preceptos Constitucionales que tienen una gran relación con el trabajo de investigación que se realiza.

3.1.- ANALISIS Y COMENTARIO AL ARTICULO 1º CONSTITUCIONAL.

Para el análisis de este precepto Constitucional es necesario transcribir el mismo; y a la letra establece:

"ARTICULO 1.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y condiciones que ella misma establece."

Atento a lo anterior, podemos observar que es la primera de las garantías individuales que enmarca nuestra Carta Magna, misma que consagra la igualdad que todo ser humano tiene en este país sin importar su sexo, religión, nacionalidad, etc.

Ignacio Burgoa, establece que "la relación jurídica de supra a subordinación, en que se manifiesta la garantía individual consta de dos sujetos: el activo o gobernado y el pasivo constituido por el Estado y sus órganos de autoridad." 72

Asimismo, las garantías individuales según la postura ideológica adoptada en las Constituciones que rigieron en nuestro país durante el siglo pasado se reputaron en términos generales, como medios sustantivos Constitucionales para asegurar los derechos del hombre.

72.-BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, Octava Edición, México, 1996. pag. 586

Por otro lado, las garantías consignadas Constitucionalmente fueron establecidas para tutelar los derechos o la esfera jurídica en general del individuo frente a los actos del poder público. Atendiendo al sujeto como único centro de imputación de las citadas garantías es por ello que se le denominaron "individuales" .

Ahora pasaremos a dar una pequeña explicación sobre los sujetos que intervienen en las garantías individuales, de acuerdo a lo manifestado por el estudioso del derecho Ignacio Burgoa.

EL SUJETO ACTIVO.- Se entiende que es aquella persona en cuya esfera jurídica operen o vayan a operar actos de autoridad, es decir, actos atribuibles a algún órgano estatal que sean de índole unilateral, imperativa y coercitiva.

La naturaleza del gobernado, a cuyo concepto equivale la idea de "individuo" empleada en el artículo primero de nuestra Constitución Federal, puede darse en diferentes tipos de entes jurídicos, tales como las personas físicas o individuos en sentido estricto, las personas morales de derecho privado (sociedades y asociaciones), las de derecho social (sindicatos y comunidades agrarias, las de derecho público (personas morales oficiales) y los organismos descentralizados.

En el caso que nos ocupa, el gobernado o sujeto activo de la garantía individual esta constituido por todo habitante o individuo que viva en el territorio nacional independientemente de su calidad migratoria, nacionalidad, sexo, condición civil, etc.

El término "individuo" que encarna al sujeto gobernado cuando este se revela en una persona física, equivale a ser humano en su sustantividad biológica, con independencia de sus atributos jurídicos o políticos.

La mencionada equivalencia está contenida implícitamente en el artículo primero de nuestra constitución, que dispone en su parte relativa que "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución...", revelándose nuestro ordenamiento fundamental en este aspecto más liberal que muchos extranjeros que contraían la titularidad de las garantías individuales a los nacionales, excluyéndose de su goce y disfrute a aquellos que no tuvieran esa condición.

Tal liberalidad se encuentra en todos los códigos políticos que han regido en la República de México, indica la asimilación de las garantías individuales, como relaciones jurídicas entre gobernantes y gobernados, a los derechos fundamentales del hombre, que se caracterizan por su concomitancia universal con la naturaleza de todo ser humano, independientemente de su condición concreta o particular, a modo de potestades necesarias para el desarrollo de la personalidad.

SUJETO PASIVO.- El sujeto pasivo de la relación jurídica que implica la garantía individual está integrado por el Estado como entidad jurídica y política en que se constituye el pueblo y por las autoridades del mismo. Estas son directamente limitadas en cuanto a su actividad frente a los gobernados por las garantías individuales como manifestaciones de la restricción jurídica del poder de imperio, siendo el Estado el sujeto pasivo mediato de la relación de derecho respectivo. Por ende, el gobernado, titular de las garantías individuales, tiene el goce y disfrute de éstas inmediata o directamente frente a las autoridades estatales y mediata o

Indirectamente frente al Estado, el cual, como persona moral de derecho público que es, tiene necesariamente que estar representado por aquéllas, quienes a su vez, están dotadas del ejercicio del poder de imperio en su distinta esfera de competencia jurídica.

Por otra parte, en el sujeto activo de la relación jurídica en que se revela la garantía individual, ésta implica para dicho sujeto un derecho, esto es, una potestad jurídica que hace valer obligatoriamente frente al Estado en forma mediata y de manera inmediata frente a sus autoridades, surgiendo para el sujeto pasivo, o sea, para el Estado y sus autoridades, una obligación correlativa. Siendo por tanto las prerrogativas fundamentales del hombre inherentes a su personalidad, lo que constituye el objeto tutelado por las garantías individuales principalmente, el derecho que se establece por la relación jurídica en que éstas se traducen, consiste en una exigencia imperativa que el gobernado reclama del sujeto pasivo de la aludida relación, en el sentido de que se respete un mínimo de actividad y de seguridad indispensable para el desarrollo de la personalidad humana.

3.2.- ANALISIS Y COMENTARIO AL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL.

Para el análisis del artículo 20 Constitucional será necesario transcribir únicamente lo que nos interesa en relación al tema que nos ocupa, y que es lo siguiente:

"ARTICULO 20.- En todo proceso del orden penal el inculcado, la víctima o el ofendido tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculcado

1.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso

de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

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

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

Atento a lo anterior, tenemos que las garantías individuales que están involucradas en este precepto de nuestra Ley Fundamental se refiere al procedimiento penal comprendido desde el auto judicial inicial hasta la sentencia definitiva que recaiga en el proceso respectivo.

Dichas garantías de seguridad jurídica se conceden evidentemente, al gobernado en su calidad de indiciado o procesado e imponen a la autoridad judicial que conozca del juicio correspondiente diversas obligaciones y prohibiciones a título de requisito Constitucional que debe cubrir todo procedimiento criminal.

Las garantías de seguridad contenidas en el artículo 20 Constitucional son, a su vez, objeto de regulación de los ordenamientos objetivos en materia penal, en otras palabras, tanto el Código Federal de Procedimientos Penales, así como los diversos Códigos Penales Procesales locales reglamentan los mencionados preceptos, atendiendo a esta circunstancia y por constituir las garantías insertas en el artículo 20 Constitucional elemento procesal de materia penal, en realidad el estudio de su contenido desde diferentes puntos de vista doctrinales, exegético, legal, jurisprudencial e histórico, pertenece a la disciplina jurídica denominada derecho procesal penal.

Como conclusión a lo antes referido, podemos decir que no existe expresamente en el citado precepto alguna disposición en el sentido de que se niegue el beneficio de la libertad provisional a quien no tenga domicilio en el territorio Nacional, haciendo referencia desde luego al tema que se está tratando en este trabajo de investigación.

3.3.- APLICACION DE LA FRACCION I, DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL.

Ahora bien, se tratará de explicar la aplicación de la fracción I del precepto constitucional, citado que resulta de suma importancia para la presente investigación, por lo que es necesario transcribirla:

I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad 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 calificado como grave por la ley, o cuando el Ministerio

Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado. 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 inculcado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculcado.

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

En atención a lo antes transcrito, se debe decir que es de gran importancia destacar que dicha fracción Constitucional es una garantía de seguridad jurídica, misma que va dirigida a todos los gobernados no importando su sexo, religión, nacionalidad etc., tal y como lo señala el artículo primero de nuestra Constitución.

De tal manera que de acuerdo a las garantías individuales ya analizadas anteriormente se advierte que la Ley Suprema contempla una igualdad para todos los habitantes de nuestro país, así es que esta fracción debe ser aplicada de igual manera a un nacional que a un extranjero que este inmerso en un juicio del orden criminal, desde luego que tampoco debe de importar su calidad migratoria, toda vez que, esta situación tampoco lo contempla la Constitución.

Así las cosas, se afirma entonces, que un juzgador tiene la obligación de tratar a un nacional y a un extranjero de igual manera, dado que en caso de no hacerlo así, el afectado por este acto de autoridad, tendrá todo el derecho de promover un juicio de amparo para el efecto de que sean respetadas todas sus garantías individuales, mismas que adquirió al pisar territorio Nacional.

3.4.- OTORGAMIENTO DEL BENEFICIO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 18 y 20, fracción I, de la Constitución, la regla era que todo procesado por delito que mereciera pena corporal debía ser sometido a prisión preventiva, con la salvedad de que aquellos a quienes se imputase un delito sancionado con pena cuyo término medio aritmético no fuese mayor de cinco años de prisión, se les otorgaba el derecho a obtener su libertad bajo caución; ahora, y como resultado de la reforma en estudio, la regla resulta ser que todo procesado tiene derecho a la libertad provisional, con excepción de aquellos casos en que la ley prohíba expresamente conceder este beneficio, en virtud de la gravedad del delito imputado.

Esta reforma encuentra su antecedente en el Decreto publicado en el Diario Oficial de 8 de enero de 1991, que reformó, entre otros, los artículos 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para permitir al juzgador conceder la libertad provisional al procesado en casos en que la pena del delito imputado rebasaba el término medio aritmético de cinco años de prisión, exigiendo la satisfacción de los siguientes requisitos:

- I. Que se garantice debidamente, a juicio del juez, la reparación del daño.
- II. Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social.

- III. Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse de la acción de la justicia, y
- IV. Que no se trate de personas que, por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirán la acción de la Justicia.

El estudio de la fracción I del artículo 20, reformada, requiere que nos detengamos en el análisis de las siguientes cuestiones:

- a) Las personas que pueden gozar de la libertad caucional.
- b) Personas que no pueden gozar de la libertad caucional.

3.4.1. LAS PERSONAS QUE PUEDEN GOZAR DE LA LIBERTAD CAUCIONAL

Todos los procesados tienen derecho a gozar de la libertad caucional, En 1994 entró en vigor el decreto publicado en el Diario Oficial de diez de enero del mismo año, que reformó, entre otros, los artículo 194 y 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y 268 y 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para enumerar cuales son los delitos graves que no permiten la libertad bajo caución, para lo cual se establecieron las cauciones que debían otorgarse, habiendo ya entrado en vigor el decreto de 10 de enero de 1994, se tiene conocimiento de que en los artículo 399, Código Federal de Procedimientos Penales y 556 Código de Procedimientos Penales para El Distrito Federal el legislador ordinario exige que el procesado otorgue tres diversas garantías para poder gozar de la libertad caucional:

- a) Una por el monto estimado de la reparación del daño.
- b) Otra por las sanciones pecuniarias que, en su caso, puedan imponérsele y

- c) Una para caucionar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso

Asimismo, existe la posibilidad de disminuir el monto de la caución inicial, el párrafo primero de la fracción I condiciona la libertad a que el procesado garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que, en su caso, puedan imponerse al inculpado. Esta reforma tiene el mérito de ocuparse de los intereses y derechos de la víctima del delito, tantas veces olvidada por el derecho penal. El Constituyente Permanente adopta, para fijar el monto de la garantía, un criterio objetivo: el monto de la garantía deberá ser igual al monto estimado de la reparación del daño y las sanciones pecuniarias.

No obstante, en el segundo párrafo, el legislador aplica un criterio subjetivo para decir: que el monto de la caución debe ser asequible para el inculpado, es decir, que debe estar a su alcance. Y si acaso el monto inicialmente fijado por el juzgador no fuese asequible al inculpado, permite al juez disminuirlo.

3.4.2.- PERSONAS QUE NO PUEDEN GOZAR DEL BENEFICIO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

Al respecto se dice que de acuerdo a todo lo investigado, las únicas personas que no pueden gozar de éste beneficio, son todas aquellas que hayan cometido un delito de los considerados como graves por la ley, es decir, que sean reincidentes en conductas delictivas, así también como aquellos procesados que cometieron dos delitos, por ejemplo: **(ROBO Y PORTACION DE ARMA DE FUEGO)** en el caso de que ya hayan sido sentenciados por el primero de los delitos cometidos, así es que si en un momento dado, el citado procesado en el segundo juicio que se le instruya

por el delito que también le imputaron solicita su libertad provisional, no podría gozar del beneficio, debido a que está cumpliendo la sentencia que ya se le dictó, con lo cual resulta imposible que por un lado este sentenciado y que por el otro se le otorgue dicho beneficio.

Finalmente, de acuerdo al texto Constitucional y a los Código de Procedimientos Penales que contemplan este beneficio, tampoco pueden gozar de esta garantía aquellos indiciados o procesados que no cubran los requisitos que se señalen en los citados códigos adjetivos de la materia, toda vez que en caso de que se les concediera, se estarían violando los derechos de la víctima o del ofendido, por lo que se estaría vulnerando el equilibrio que la justicia prevé.

3.5.- APLICACION DEL ARTICULO 399 DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales establece:

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

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

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

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

IV.- Que no se trate de alguno de los delitos calificados como graves en el artículo 194.

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

Se puede apreciar de su texto que este artículo se encuentra intrínsecamente relacionado con el artículo 20 Constitucional fracción I, en la que se prevé la libertad provisional a la que tiene derecho un procesado, mismo que puede solicitar dicho beneficio desde la averiguación previa, es decir, ante el Ministerio Público Federal o en el proceso, esto es, ante el juez que conozca de la causa, por lo que se concluye que nos encontramos inmersos nuevamente dentro de una de las garantías individuales que establece nuestra Ley Fundamental en procedimiento penal, con lo cual éste artículo debe ser aplicado sin excepción de persona alguna siempre y cuando no se trate de delito grave o en los casos de reincidencia como lo contempla el artículo primero de la Constitución General de la República, ello desde luego a los extranjeros sin importar su calidad migratoria en la que se encuentre en nuestra Nación.

CAPITULO 4

**PROPUESTAS DE SOLUCION AL
PROBLEMA DE LA NEGATIVA A
CONCEDER EL BENEFICIO DE LA
LIBERTAD PROVISIONAL A LOS
EXTRANJEROS POR CARECER DE
DOMICILIO EN EL TERRITORIO
NACIONAL.**

CAPITULO 4

PROPUESTAS DE SOLUCION AL PROBLEMA DE LA NEGATIVA A CONCEDER EL BENEFICIO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL A LOS EXTRANJEROS POR CARECER DE DOMICILIO EN EL TERRITORIO NACIONAL.

En este último capítulo, se tratarán temas de gran relevancia, ya que de aquí daremos las propuestas a la solución del problema que existe entre otorgar o no la libertad provisional a un extranjero por carecer de domicilio en el territorio nacional, ello con la finalidad de que se entienda el porque de la inquietud de realizar esta investigación.

4.1.- LA IGUALDAD ANTE LA LEY

El conjunto de prohibiciones y limitaciones que se contiene de manera explicativa en el artículo 13 de la Constitución, tiene su fundamento en el principio de la igualdad de las personas ante la ley, que establece la propia Constitución en el artículo 1º de la misma, que ya ha sido analizado.

En ocasiones este principio ha sido reconocido expresamente por nuestros textos constitucionales, pero otras veces, como acontece actualmente, se ha manifestado a través de la abolición de fueros y privilegios.

En el punto 13 de los Sentimientos de la Nación, José María Morelos y Pavón sugería " que las leyes generales comprenden a todos, sin excepción de cuerpos privilegiados, y que estos solo lo sean en cuanto al uso de su ministerio". 73 Más ampliamente, el decreto Constitucional para la libertad de América Mexicana expedido en Apatzingán, Michoacán, el 22 de octubre de 1814, preveía lo siguiente:

73.-OVALLE FAVELA José, Proceso Penal y Derechos Humanos, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1992. pag.165

"La ley debe ser igual para todos, pues su objeto no es otro que arreglar el modo con que los ciudadanos deben conducirse en las ocasiones en que la razón exija que se gufen por esta regla común."⁷⁴

A pesar del triunfo del movimiento de independencia, durante la primera mitad del siglo XIX no llegan a desaparecer todos los fueros. No es sino con la promulgación de la Ley de administración de justicia de 22 de noviembre de 1855, expedida por el presidente interino Juan Alvarez, a propuesta del ministro de justicia Benito Juárez, cuando se suprimieron los diversos tribunales especiales y se conservaron sólo los tribunales eclesiásticos y militares. Pero la gran importancia de esta ley consistió en que redujo la competencia de estos Tribunales a la materia estrictamente eclesiástica o militar, sometiendo a los miembros del ejército y de la iglesia a la competencia de los tribunales ordinarios en los que no fuera estrictamente eclesiástica o militar, respectivamente.

En el Congreso Constituyente de 1856-1857 se da un debate muy interesante en torno al artículo 2º del dictamen de Constitución Política, que pasará a ser posteriormente el artículo 13 de la Constitución. Este artículo 2º, como consecuencia lógica del liberalismo, recogía en su inicio el principio general de la igualdad ante la ley, en los siguientes términos: "Todos los habitantes de la República, sin distinción de clases, ni de origen, tienen iguales derechos..."

En el debate del artículo 2º Francisco Zarco propuso mejorar la redacción del mismo, toda vez que consideraba que no era exacto que los habitantes de la República tuviesen iguales derechos, por lo que sugirió el siguiente texto:

74.-Ibidem. Pag 165.

"Todos los habitantes de la República, sin distinción de clases ni de origen, son iguales ante la ley."⁷⁵

La propuesta de Zarco era acertada, pues expresaba con precisión la idea esencial del principio de igualdad de las personas ante la ley. Sin embargo, Ponciano Arriaga la cuestionó, argumentando que la igualdad debe darse no sólo ante la ley, sino ante la sociedad y ante las autoridades. Otros diputados, en cambio, objetaron la fórmula de Zarco por considerarla muy absoluta y colocar en la misma situación a los extranjeros y a los mexicanos.

En el Congreso Constituyente de 1916-1917, el proyecto de constitución presentado por Venustiano Carranza no contuvo el enunciado del principio general de igualdad de las personas ante la ley. El debate en este Congreso se concentró en los límites que debían establecerse a la jurisdicción militar. Esos son los mismos motivos por los cuales no aparece ese enunciado en el texto actual del artículo 13.

No obstante, se puede afirmar que la interpretación judicial y doctrinal del artículo 13 Constitucional coincide en señalar que este precepto contiene en forma implícita el principio de la igualdad de las personas ante la ley. En este sentido, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia ha afirmado que el artículo 13 garantiza el principio de la igualdad. En una ejecutoria dictada por la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia el 30 de agosto de 1939, se sostiene que la garantía otorgada por el artículo 13 de la constitución "tiene como finalidad colocar en una igualdad de condiciones a todos los individuos, cualquiera que sea su categoría, rango o condición, aboliendo, así, los antiguos privilegios y fueros de

75.-ZARCO Francisco. Crónica del Congreso Extraordinario Constituyente. (1856-1857), México, Colegio de México. 1957, pag. 255

que gozaban las distintas clases sociales y sometiendo a todos a la misma ley y al mismo tribunal..."⁷⁶

Pero si bien es cierto que este principio impide al legislador establecer privilegios o diferencias en razón del origen, la clase, el estrato y la condición social de las personas, también lo es que no puede desconocer la existencia de diversas categorías jurídicas en las que pueden ubicar a las personas por razón de situación jurídica específica (patrones, trabajadores, proveedores, consumidores, etc.), y que este principio obliga a dar un trato igual a cada persona dentro de su respectiva categoría jurídica. En todo caso, debe darse un trato igual para los miembros de la misma categoría esencial. En ese sentido, cabe citar el criterio sustentado en la ejecutoria pronunciada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 8 de octubre de 1932, en los siguientes términos:

"La circunstancia de que un decreto comprenda determinado número de individuos, no implica que se le considere privativo, pues para ello se requiere que la disposición se dicte para una o varias personas, a las que se mencione individualmente, pues las leyes relativas a cierta clase de personas, como los mineros, los fabricantes, los salteadores, los propietarios de alguna clase de bienes, etc. no son disposiciones privativas porque comprenden a todos aquellos individuos que se encuentren o lleguen a encontrarse en la clasificación establecida."⁷⁷

El principio de la igualdad de las personas ante la ley, como se ha reiterado, acuerdo con el cual en México "todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución".

76.- *Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, T. LXI P.3740, Cursivas nuestras.*

77.- *Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, TXXXVI, primera parte. Pag. 898.*

LEYES PRIVATIVAS

A la prohibición de que nadie puede ser juzgado por leyes privativas, inicialmente se le interpretó como si tuviera referida sólo a la materia penal.

Posteriormente, la interpretación de la Suprema Corte se amplió para referirse a cualquier otro campo de aplicación del derecho. Asimismo, dicha interpretación se hizo más sistemática, en cuanto que consideró por leyes privativas aquellas que no tuviesen algunas de las tres grandes notas que caracterizan a las normas jurídicas: es decir, la generalidad, la abstracción y la impersonalidad.

Es característica constante de las leyes que sean de aplicación general y abstracta; es decir, que deben contener una disposición que no desaparezca después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano, sino que sobreviva a esta aplicación y se aplique sin consideración de especie o de persona a todos los casos idénticos al que previenen, en tanto no sean abrogadas. Una ley que carece de esos caracteres, va en contra del principio de igualdad, garantizado por el artículo 13 Constitucional, y aun deja de ser una disposición legislativa, en el sentido material, puesto que le falta algo que pertenece a su esencia.

Pueden considerarse como leyes privativas, tanto las dictadas en el orden civil como en cualquier otro orden, pues el carácter de generalidad se refiere a las leyes de todas las especies, y contra la aplicación de las leyes privativas protege el ya expresado artículo 13 constitucional.

Por último, conviene tener presente que la prohibición contenida en la parte inicial del artículo 13 se refiere a la aplicación de leyes privativas, por lo que es claro que el derecho fundamental que deriva de dicha

disposición, se infringe en el momento en que se aplique o se vaya a aplicar la ley. Sobre el particular, la Suprema Corte ha considerado que esta primera parte del artículo 13 "se refiere a que las personas no pueden ser sentenciadas en aplicación de una ley que no sea de observancia general, y por tanto, para que se viole esa garantía Constitucional es preciso que se aplique o trate de aplicarse una disposición que sólo se refiera a determinada persona especialmente".

TRIBUNALES ESPECIALES.

Por tribunales especiales se entiende aquellos órganos jurisdiccionales creados exclusivamente para conocer de determinados hechos y personas, por lo que una vez que realicen el juzgamiento que les ha sido encomendado, se extinguen. Son tribunales que no son creados por la ley con carácter permanente y que no han sido establecidos previamente a que ocurran los hechos materia de su competencia; es decir, son los llamados tribunales por comisión, extraordinarios o ex post factum.

La Cuarta Sala de la Suprema Corte ha afirmado que por tribunales especiales "se entiende los que son creados exclusivamente para conocer, en un tiempo dado, de determinado negocio o respecto de ciertas personas, sin tener un carácter permanente y sin la facultad de conocer de un número indeterminado de asuntos, es decir, de todos aquellos que queden comprendidos dentro de su competencia específica." Por otro lado, si se toma en cuenta la creación creciente de tribunales especializados, en la actualidad resulta difícil aplicar la clasificación que distingue entre tribunales especiales o especializados, según tuviesen competencia para conocer de la generalidad de los litigios o de sólo determinada clase de litigios, pues casi todos los tribunales están deviniendo en especializados. Pero debemos distinguir esta especialización

de Tribunales, de los Tribunales especializados, los cuales son inconstitucionales.

FUERO Y EMOLUMENTOS

El artículo 13 estatuye que "Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley". La palabra fuero es una de las que tienen más significados en el lenguaje jurídico de ascendencia hispánica. En efecto, la palabra fuero tiene entre otras las siguientes acepciones: 1) con ella se hacía referencia a las compilaciones o conjuntos de leyes dictadas en una época determinada, como es el caso del Fuero Juzgo, del Fuero Real, del Fuero de Castilla, etc; 2) también se designaba a determinadas situaciones de privilegio, derivadas del estatus y la condición social de las personas, como podían ser las exenciones de impuestos, el otorgamiento de gracias, mercedes u otros beneficios; 3) asimismo, el fuero era el conjunto de órganos jurisdiccionales creados en beneficio de ciertas personas o corporaciones, de tal manera que éstas sólo podían demandar o ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales creados en su beneficio, por lo que estaban sujetas a la jurisdicción de los tribunales ordinarios. En este último sentido, entre los numerosos fueros que existieron durante la época virreinal, podemos mencionar el fuero monástico, que conocía de los asuntos civiles y penales de los eclesiásticos; el fuero mercantil, para las controversias en las que fuesen partes los comerciantes; el fuero de minería, para los litigios en que fuesen parte los mineros; el fuero de guerra, para los militares etc.

Durante un tiempo también se le llamó fuero a la inmunidad que tienen los funcionarios con responsabilidad política, para no ser sometidos a proceso

penal sin la autorización de la Cámara de Diputados (el llamado procedimiento para la declaración de la procedencia).

Asimismo, como se ha señalado al principio de este punto el artículo 13 señala que ninguna persona o corporación puede gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley.

El propósito del constituyente es muy claro: prohibir que se puedan cubrir retribuciones a personas o corporaciones que no presten de manera efectiva un servicio, o que se paguen remuneraciones que no estén fijadas en la ley, es decir, en el presupuesto de egresos respectivo. En otros términos, el artículo 13 exige dos requisitos para que el Estado pueda pagar los emolumentos o remuneraciones que sean compensación o pago de servicios efectivos y que estén previstos en el Presupuesto de Egresos correspondiente.

Es claro que estos dos requisitos se establecen como condiciones para que el Estado pueda cubrir remuneraciones, con la finalidad esencial de evitar que haga pagos a quien no le presta efectivamente sus servicios. Por lo mismo, es evidente que estos dos requisitos no pueden ser invocados por el Estado para dejar de cumplir sus responsabilidades laborales o de otra índole, con mayor razón si le son ordenados por resolución de tribunal competente.

TRIBUNALES MILITARES.

En el artículo 13 de la Constitución de 1857 se preveía que subsistía el llamado fuero de guerra "solamente para los delitos y faltas que tengan

exacta conexión con la disciplina militar", y que la ley fijaría los casos de excepción.

Los tribunales militares sólo pueden conocer de los delitos y faltas contra la disciplina militar. El propósito del constituyente fue el de señalar el límite preciso a la jurisdicción militar, que constituye una excepción frente a la jurisdicción de los tribunales ordinarios.

El constituyente, no obstante haber surgido de un movimiento armado, tuvo la gran visión de circunscribir lo militar a sus estrictos términos, por considerar, con acierto, la fuerza de la sociedad que reside en sus intenciones democráticas, particularmente en el sufragio libre de los ciudadanos; que estas instituciones requieren, entre otras cosas, que la jurisdicción de los tribunales militares esté claramente delimitada y que en ningún caso ejerza jurisdicción sobre personas ajenas al ejército.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL

El principio de legalidad procesal penal, a diferencia de su homónimo material, no aparece expresamente contemplado en la parte dogmática de nuestra Constitución, lo que explica la ausencia de jurisprudencia explícita sobre esta materia nacida con ocasión del ejercicio del Juicio de Amparo.

Pero, que dicho derecho a la legalidad procesal penal no esté a simple vista, enunciado expresamente como derecho fundamental, no significa que su determinación esté ausente en la Constitución.

4.2.- APLICACION DE LA LEY PENAL EN ORDEN A LA MATERIA

Por razón de que el Estado mexicano se encuentra políticamente conformado como Estado federal, integrado por 31 Estados, libres y soberanos en cuanto su régimen interior, además de un Distrito Federal, unidos todos en un solo Estado por el Pacto Federal, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la Constitución, se origina una doble jurisdicción, por una parte, la jurisdicción en materia federal y por la otra la jurisdicción en materia del orden común.

JURISDICCION DEL ORDEN FEDERAL Y DEL ORDEN COMUN

Son de competencia Federal, todos aquellos ámbitos de la regulación jurídica del país que expresamente señala el artículo 73 de la Constitución. En la medida en que las áreas objeto de regulación no aparezcan recogidas en el artículo Constitucional señalado, deberá entenderse que son jurisdicción estatal y del Distrito Federal, con fundamento en el alcance del principio Federal recogido en el artículo 40 constitucional, en relación con el artículo 124 de la misma.

En este orden de ideas, en lo relativo a la legislación penal, en la medida en que la materia no aparece como tema regulado en el artículo 73 de la Constitución, queda entendido que dicha materia es objeto de regulación por parte de los gobiernos de los Estados de la República. La consecuencia de esto es que en el Estado mexicano existen, como principio general, un Código Penal Federal, un Código Federal de Procedimientos Penales y un Código Penal por cada uno de los Estados de la República. Esto es lo que el lenguaje forense regular, se conoce como la Legislación penal del orden Federal y la legislación penal del orden común.

La determinación de la jurisdicción de uno y otro, en la medida en que se trata de ordenamientos penales, deriva básicamente de lo dispuesto en la ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, artículo 51, en donde expresamente se refiere a los delitos del orden federal, expresando:

"Son delitos del orden Federal:

- a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados;
- b) Los señalados en los artículos 2 a 5 del código penal;
- c) Los cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos personal oficial (de las legaciones de la República y cónsules mexicanos);
- d) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras;
- e) Aquellos en los que la Federación sea sujeto pasivo;
- f) Los cometidos por un funcionario o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;
- g) Los cometidos en contra de un funcionario o empleado federal en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;
- h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado;
- i) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado;

j) Todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación;

k) Los señalados en el artículo 389 del Código Penal, cuando se prometa o se proporcione un trabajo en dependencia, con un organismo descentralizado o empresa de participación del gobierno Federal

En los países con un régimen jurídico en el que se plantea la existencia de una Federación, no tendría razón la existencia de una doble jurisdicción, como la que impera en nuestro país.

El Estado Federal, en cambio, de acuerdo con su definición legislativa, puede regular de una manera única, bajo una sola jurisdicción federal el ámbito penal, o bien puede dejar tal regulación a cargo de los Estados miembros o, incluso, como una tercera posibilidad, puede prever la doble jurisdicción, como es el caso de México, en donde existe la jurisdicción Federal y la jurisdicción común.

Naturalmente, dentro de esta última forma, al prever la existencia de delitos del orden federal frente a delitos del orden común, si bien esto supone un respeto a la autonomía interna de los Estados miembros, origina, a la vez, la presencia de un aparato judicial doble, Federal uno y del orden común el otro, que obviamente tiene que funcionar en todos y cada uno de los Estados de la República, como respeto al principio básico del pacto Federal. Independientemente de tal estructura orgánica penal procesal penal y Ejecutiva, funciona en forma relacionada con la Supremacía Constitucional, teniendo como medio de control de la misma el juicio de Amparo.

4.3.- EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LEGALIDAD PROCESAL.

De este derecho se desprende que algún Juez o tribunal adopte alguna medida que vulnere o limite un derecho fundamental como lo es la legalidad procesal prevista en alguna Ley especial, por lo tanto, por esa sola causa la parte agraviada podrá reaccionar mediante el juicio de amparo invocando al efecto como vulnerado el principio fundamental que en este párrafo se está tratando.

Con independencia de éste supuesto, puede suceder, en la práctica forense, que se efectúen determinadas diligencias que, sin vulnerar manifiestamente derecho fundamental alguno, sean "atípicas" o no previstas en nuestra ley.

Se puede decir que aunque no exista jurisprudencia Constitucional a este respecto, nuestra Constitución prevé como derecho fundamental el que todos los inculcados tengan acceso a un proceso con todas las garantías que la propia Constitución les otorgue siendo la primera de ellas la de ser juzgado por un Juez o tribunal imparcial y predeterminado por la Ley y la segunda el derecho de ser juzgado a través de un proceso preestablecido o, lo que es lo mismo, el derecho de legalidad procesal, el cual es un derecho procesal con todas las garantías.

4.3.1.- VIOLACION AL ARTICULO 1° CONSTITUCIONAL

Tomando en consideración que el artículo en cuestión es una garantía individual, se advierte que no debe ser violado por las autoridades judiciales de nuestro país, dado que como se ha planteado en temas anteriores, aquellas deben respetar los derechos del hombre, debido a que son de

gran importancia para que exista el bien común y como consecuencia la armonía social en nuestro país.

Atento a lo anterior, si un servidor público, en éste caso el que se encarga de la administración de la justicia viola este precepto, no esta cumpliendo con su responsabilidad tal y como lo señala la ley.

Así las cosas, este artículo de igualdad no se debe violar bajo ninguna circunstancia, señalando en forma expresa y tajante que las garantías consagradas en la Constitución no puedan restringirse ni suspenderse, con la salvedades establecidas en la misma.

Finalmente, lo que se concluye de todo lo mencionado, es que la violación a este precepto Constitucional se da cuando el juzgador es demasiado subjetivo en sus determinaciones, con lo cual, comete un grave error ya que su papel debe ser la exacta aplicación de la ley.

4.3.2. - VIOLACION A LA FRACCION I, DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL.

Como se desprende del contenido de la fracción I, del artículo 20 de la constitución, la misma debe ser aplicada a cualquier persona que se encuentre dentro de un juicio del orden criminal, sin que se tome en cuenta su sexo, nacionalidad, religión, etc. , ya que cualquier indiciado o procesado tiene derecho a solicitar su libertad provisional durante la averiguación previa o el proceso, siempre y cuando la ley contemple que el delito que cometió el sujeto activo, no sea de los previstos como graves en la ley penal correspondiente, aunado a que debe cumplir también con los requisitos que se le pidan para gozar de ese beneficio.

Por otra parte, se tiene que, un juzgador está obligado a respetar esta garantía individual establecida en la Ley Suprema de nuestro país, toda vez que esta fracción y artículo en estudio, no distingue la nacionalidad de las personas para su aplicación.

En consecuencia, si un juzgador no toma en consideración lo que marca este precepto constitucional, con respecto a un extranjero que se encuentra en nuestro territorio nacional, a todas luces estamos frente a una violación a la garantía de seguridad jurídica, con lo cual se transgreden los derechos del ser humano en cuestión, mismos que hemos estudiado a lo largo de la presente investigación, particularmente al extranjero que se encuentra a disposición de un juez penal.

4.4.- ANALISIS DEL DERECHO DEL EXTRANJERO A LA LIBERTAD PROVISIONAL

Tomando en consideración lo investigado en el presente tema, se puede ver que el derecho a la libertad provisional se encuentra en el artículo 20 Constitucional fracción I en relación con el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, tal y como se transcribió anteriormente.

De lo que se desprende que si bien es cierto que únicamente el artículo 20 Constitucional fracción I, obliga al Juez y no al Ministerio Público Federal a otorgar la libertad provisional al inculpado, también lo es que la ley ordinario objetiva obliga al órgano investigador federal a otorgar el beneficio aludido, con lo cual también el representante social no debe negar tal beneficio que ordena la Ley Suprema. Ello en virtud de lo que señala la fracción X último párrafo del artículo antes citado.

Asimismo, en el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales se legitima y garantiza a toda persona que es privada de su libertad dentro

de la etapa de investigación por el Ministerio Público a ser puesto en libertad siempre y cuando cubra los requisitos que esta ley establece.

Por otro lado, se puede observar que el alcance y contenido del artículo 20 constitucional, es general para todo habitante de nuestro país, ya que con el hecho de ubicarse dentro de nuestro máximo ordenamiento jurídico Mexicano constituye una garantía individual y Constitucional, por lo que conforme al artículo 1º de la Ley Suprema, es aplicable tanto a nacionales como a extranjeros.

Por otra parte, es de gran importancia mencionar que existe jurisprudencia en el sentido de que todo gobernado será puesto en libertad provisional, siempre y cuando el delito que se le impute no sea contemplado como grave por la ley.

Así las cosas, se advierte que la libertad debe estar bien definida ya que es bien jurídico y natural del hombre, por lo que se debe ser muy cuidadoso, ya que dejar al arbitrio de los servidores públicos lo relacionado a la misma puede ser contra producente para la administración de la justicia, porque pueden errar en la apreciación de las circunstancias del presunto responsable y determinar quizá por ignorancia o malevolencia en perjuicio de una persona que se encuentre inmerso en un proceso del orden criminal que no solo puede otorgar el beneficio de la libertad provisional, aún cuando cumpla con los requisitos exigidos por la ley.

Por otro lado, tenemos que el caso que nos ocupa y en atención a lo expuesto en líneas precedentes, consideramos que un extranjero tiene los mismos derechos que cualquier mexicano, tal y como lo establece el artículo 1º de nuestra Carta Magna, y como consecuencia de éste, tiene el derecho a obtener su libertad provisional a que alude el artículo 20

Constitucional, por lo cual si un juzgador viola los artículos antes señalados por una cuestión subjetiva o simplemente por capricho, esta cometiendo una gran injusticia, y no estaría desempeñando la función que le ha sido encomendado como tal; así es que si un extranjero que se encuentre en el país de turista o de forma transitoria se ve inmiscuido en juicio del orden criminal, tendrá ese beneficio que la constitución le otorga, sin importar que carezca de domicilio fijo en el territorio Nacional.

En cuanto, a la solicitud del Ministerio Público de que se le niegue la libertad provisional al extranjero por carecer de domicilio en el territorio nacional, porque estima que el sujeto puede evadir la justicia, resulta subjetivo, toda vez, que se estaría prejuzgando un hecho futuro inminentemente incierto de tal manera que no es apto el criterio del representante social, para poder pronunciarse sobre el beneficio, negando el mismo.

4.5.- RESTRICCIONES A LA LIBERTAD

Frente a esos derechos y obligaciones, el procesado es afectado en una cuestión de mayor trascendencia, restringiendo su libertad personal.

Las restricciones a la libertad, en esta materia obedecen, esencialmente a necesidades como las siguientes:

A) Necesidades procesales.- Atendiendo a la naturaleza de los fines del proceso penal y a las leyes que lo regulan, se impone la necesidad de restringir la libertad personal del procesado porque, de no ser así, sería imposible asegurar su presencia ante el órgano judicial, y por ende, la dinámica procesal se circunscribiría al momento en que es dictado el "auto de inicio, de radicación, o cabeza de proceso", ya que de la realidad se advierte que nadie se presentaría espontáneamente ante el juez para ser

procesado, dar lugar a permanecer detenido y en su caso a soportar las molestias naturales que generan los actos procesales, en forma principal el que se le prive de su libertad al probable responsable.

A no dudarlo, es indispensable adoptar medidas en relación con el sujeto, considerado probable autor de delitos. Su aseguramiento está encaminado a evitar intranquilidad social, venganzas, destrucción de vestigios dejados al ejecutarse la conducta o hecho delictuoso.

La presencia del procesado ante el juez, es fundamental o básica en un sistema acusatorio como el que priva en el medio mexicano, lo contrario equivaldría a que el agente del Ministerio Público ejercitase la acción penal y la secuela procesal no se realizara por la ausencia de aquél en contra de quien ejercitó, la acción penal llegando a extremos, por fortuna inaceptables, de que el proceso tuviera lugar a "espaldas" de una persona con derecho a disfrutar de las garantías del "debido proceso legal" que para esos fines fueron instituidas en los textos correspondientes de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

B) Carácter preventivo.- Las restricciones a la libertad personal, en el orden indicado cualquiera que sea el estado del procedimiento en que se ordenen, tienen un carácter preventivo y no, sancionador.

Con la prisión preventiva, se asegura la presencia del probable autor por el tiempo indispensable en que se lleve a cabo el proceso.

La vieja discusión doctrinaria, respecto a la procedencia o improcedencia de la prisión preventiva, está superada y es aceptada por la mayoría. Es un mal necesario para la realización de la propia justicia. No es una pena,

como argumentan los enemigos de la prisión preventiva, ya que se puede ver como una necesidad para que pueda darse un proceso válido.

Sería ideal que toda limitación a la libertad fuera consecuencia del hecho delictuoso y se hiciera efectiva por orden del juez en la sentencia; sin embargo, semejante pretensión, hasta el momento, sólo puede tener cabida en una sociedad de hombres y mujeres ideales, lo que dada la imperfección humana resulta imposible, ya que en todo caso un ser perfecto o ideal no incurriría en conductas antisociales.

Finalmente, en el Derecho Mexicano, desde un punto de vista genérico, la detención preventiva es un arresto provisional o anticipado para el logro de un fin específico. En sentido estricto, es una limitación a la libertad ordenada por un órgano judicial, con fundamento en el contenido del texto del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que una persona sea detenida y puesta a disposición de quien así lo ordenó, para facilitar el proceso o en su caso cumpla o se ajuste a la consecuencia de la conducta o hecho legalmente tipificado.

C) Carácter sancionador .- las medidas restrictivas a la libertad como sanción son: la pena privativa de la libertad y la prohibición de ir algún lugar determinado. Esta sanción, contiene el mismo tiempo medidas de carácter preventivo, porque la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él, es una prevención que supone como base, la reducción de revoltosos, agitadores, rebeldes, etc., a lugares donde no sean peligrosos y puedan ser vigilados.

En cuanto a la prohibición de ir a algún lugar determinado, tiene por objeto evitar que, el sancionado regrese a la región o comarca en que, por los antecedentes y, consecuencias de la conducta o hecho que realizó sea

una forma de provocación para quienes conserven rencor o puedan reavivar rencillas en su contra.

SITUACIONES EN LAS QUE PROCEDE

Atendiendo al texto del artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se lee: "Nadie puede ser molestado en su persona familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial exceptuando los casos de flagrante delito o de urgencia. Por lo tanto, la restricción de la libertad procede en los casos siguientes:

a) Orden judicial y casos de excepción.- Del precepto transcrito, se concluye: la libertad personal, únicamente, se puede restringir mediante orden de aprehensión, decretada por la autoridad judicial para privar de la libertad a una persona por un tiempo determinado.

La flagrancia y la urgencia, son excepciones al principio general, consistente en que toda orden de detención debe emanar de un mandato judicial; porque, atendiendo a lo establecido en la Constitución Política mencionada, la privación de la libertad, sólo es permisible cuando la decreta un juez, para lo cual habrá de fundarla en los requisitos señalados en la ley.

b) Flagrancia.- tradicionalmente, se ha dicho: existe flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento de estar cometiendo el delito; sin embargo, debido a la evolución natural del Derecho Penal, el legislador establece: no solamente debe entenderse por flagrancia el arrestar al

delincuente, en el momento mismo de estar cometiendo el delito, sino también, cuando "después de ejecutado el acto delictuoso, el inculpaado es materialmente perseguido" (art. 267, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal). Cuando existe flagrancia, la detención puede ser realizada por cualquiera, sea particular o "agentes de la autoridad", pero con la obligación de poner de inmediato, tanto al delincuente como a sus cómplices a disposición de la "autoridad inmediata."

c) Casos urgentes. - Estos, atento a lo dispuesto en el párrafo quinto, del artículo 16 constitucional, se actualizan cuando se trate de delito grave; haya riesgo fundado de sustracción de la justicia, y no pudiéndose acudir a la autoridad judicial por motivo de la hora, lugar o circunstancia, el agente del Ministerio Público podrá ordenar la detención del indiciado, fundando y motivando su proceder.

A lo mencionado, conviene agregar que, el legislador, tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (art. 16), como en los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (arts. 266 y 268), autoriza al agente del Ministerio Público y al personal de la Policía judicial, en casos de notoria urgencia, cuando no haya en el lugar autoridad judicial, proceder a la detención de "los responsables".

De acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, existirá riesgo fundado, en atención a las circunstancias personales del inculpaado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse, al ser aprehendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho o en general o cualquier indicio que haga presumir fundadamente que pueda sustraerse a la acción de la justicia.

El Ministerio Público ordenará la detención en caso urgente, pero deberá hacerlo por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos establecidos en renglones anteriores; únicamente el Agente del Ministerio Público puede proceder de esa manera cuando el individuo esté en presencia de él, en los demás casos las detenciones serán ejecutadas por los agentes de la policía, mismos que pondrán sin dilación alguna al detenido a disposición del Agente del Ministerio Público más próximo.

Los delitos que se consideran graves, son los siguientes: Homicidio por culpa grave; terrorismo; sabotaje; evasión de presos; ataques a las vías de comunicación, previstos en los artículos 168 y 170; corrupción de menores; trata de personas, previsto en el artículo 205, Segundo párrafo, explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal; violación; asalto; homicidio; secuestro; 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 372, 377, 381 Fracciones VIII, IX y X, y 381 Bis; robo previsto en el artículo 371, Párrafo último; extorsión, previsto en el artículo 390; y despojo, previsto en el artículo 395, último Párrafo; además, el delito de tortura previsto en los artículos 31 y 51 de la Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura.

d) Arraigo.- Los Códigos de Procedimientos Penales, Federal, y del Distrito Federal, incluyen, como restricción a la libertad del probable autor del delito, el arraigo, mismo que ha sido tradicionalmente, una institución operante en el Derecho Procesal Civil, en donde es considerado como una medida de carácter precautorio, para aquellos casos en que el actor tiene el temor fundado de que el demandado, o quien lo pueda ser, se oculte o se sustraiga del lugar en que se esté llevando el proceso, sin antes haber dejado un representante legítimo con facultades y medios suficientes para responder de los resultados del procedimiento de que se trate.

En el campo del Derecho de procedimientos penales, en los Códigos de la materia, Federal, y del Distrito Federal, se expresa: "Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerá el agente Ministerio Público y sus auxiliares . El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de averiguación de que se trate, no pudiendo exceder de treinta días, prorrogables por igual término a petición del Ministerio Público. El juez resolverá escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo." (arts. 133 bis, y 270 bis, correspondientes).

De estos preceptos, se colige: el arraigo, es una especie de medida cautelar personal que puede tener lugar en la averiguación previa, para que el Procurador de justicia o el agente del Ministerio Público realice alguna de sus funciones con la amplitud que ameriten, sin hacer objeto al indiciado de detenciones ilegales; y, además, con la seguridad de que éste no evadirá la acción de la justicia; el arraigo también podrá darse durante el proceso: "Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia..." Ante esta hipótesis, el agente del Ministerio Público puede solicitarle al juez, fundada y motivadamente, o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste, con las características y por el tiempo que el juez señale, sin que, en ningún caso, pueda exceder del máximo señalado en los artículos, 133bis y 270 bis, de los Códigos de Procedimientos Penales, Federal, y del Distrito Federal; o bien, tratándose de la averiguación previa o en el proceso, por el término Constitucional en que este último deba resolverse.

La inclusión del arraigo, en el procedimiento penal, acusa una buena intención; no obstante, aun con los requisitos y lapsos que para el mismo se señalan, no deja de ser violatorio del artículo 11, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, por introducir una limitación a la libertad que dicho precepto prohíbe en términos generales y que, sólo permite a las autoridades expresamente señaladas y en términos muy precisos.

La libertad, concretamente, de tránsito, sólo puede limitarse: "en los casos de responsabilidad criminal o civil", y tanto en la averiguación previa, como en el proceso, no existe aún, jurídicamente hablando, ninguna "responsabilidad", como base de sustentación de semejante medida.

A mayor abundamiento, atento a lo previsto en el artículo 19 de la Constitución Política citada; "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 en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado..."

De acuerdo a lo indicado, es indudable que lo establecido en los artículos 133 bis y 207 bis, de los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y del Distrito Federal es contrario a lo ordenado en el artículo 19, de la Constitución citada.

Además de la inconstitucionalidad señalada, si el arraigo simple y sencillamente se traduce en no alejarse de la población o del lugar en el que el juez tiene competencia para actuar y resolver, eso no significa que

se deba menoscabar la libertad de ninguna persona (dentro de la jurisdicción territorial del juez) para entrar o salir del domicilio e ir al lugar que el arraigado considere conveniente, sin perjuicio, dado el caso, de sujetarlo a vigilancia.

En todo estado de Derecho, la autoridad del rango que sea debe ineludiblemente acatar lo ordenado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los ordenamientos jurídicos que no la contraríen.

Es pertinente aclarar: si bien, a menudo, ante los requerimientos de la problemática actual se promueven constantes reformas; sin embargo, no se puede dejar de advertir que quiénes legislaron en el orden respectivo, tal vez se inspiraron en sistemas distintos al mexicano y sin considerar la realidad mexicana en torno a la averiguación del delito y en relación con el aseguramiento del probable autor, cuestiones éstas que no se resuelven con medidas aisladas, y hasta incongruentes con lo dispuesto en normas jurídicas fundamentales.

OTRAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD POR OTROS MOTIVOS

a) Presentación forzosa.- A la libertad, se le imponen algunas otras restricciones, por necesidades también de orden procedimental, por ejemplo, cuando se desobedece un citatorio para la práctica de alguna diligencia en la que es necesaria la presencia del procesado, a quien se hace presentar por medio de la fuerza pública", generalmente por agentes de la Policía judicial.

Es medida de carácter disciplinario impuesta por el juez para hacer cumplir sus determinaciones.

b) Arresto- El arresto, se traduce en restringir la libertad por un tiempo, específicamente determinado por el legislador. Es menos riguroso que la captura o aprehensión, porque tiene un carácter perentorio, no siempre emana de la autoridad judicial, y la fuente que lo genera es una infracción de carácter administrativo, o bien, en el proceso una medida de apremio.

4.6.- PROPUESTAS PARA SOLUCIONAR EL PROBLEMA

Como lo hemos visto a lo largo de la presente investigación, es de gran importancia el tema en cuestión, ya que para la sociedad es importante que con el pasar del tiempo haya leyes que castiguen a los delincuentes, pero que tampoco sean violatorias a los derechos del hombre, toda vez que si se aplican de igual forma a todas las personas que están ubicadas dentro de juicio penal no importando las condiciones del delito, también sería injusto, por lo cual, se debe decir, que la justicia tiene que cumplir su fin que lo es, el equilibrio, mismo que es la base en la que la sociedad se apoya para que siempre haya una armonía dentro de la misma, en consecuencia, impere el estado de derecho por el que siempre se ha luchado, es por ello, que en base en toda la investigación, proponemos:

A).- Que se aplique la ley con total apego, sin distinción de persona alguna, de tal manera que ninguna autoridad por el simple hecho de serlo, arbitrariamente aplique la ley que más le parezca, muchas veces sin respetar las garantías individuales que se consagran en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que van dirigidas a todas las personas que se encuentran en la nación, ya que en caso de que cualquier autoridad hiciera lo que su capricho le dictará se haría acreedor a una sanción de tipo penal o administrativa o ambas, ello debido a que se actualizaría en un momento dado el delito de abuso de autoridad, dado

que la conducta de ese juzgador se sobrepasaría a sus atribuciones como tal.

B).- Que al momento de pedir que se garantice la reparación del daño por la comisión del delito, se le fije al extranjero que este sujeto a un juicio del orden criminal, una suma un poco más alta de lo normal, desde luego sin transgredir lo ordenado en el artículo 22 de Nuestra Carta Magna, para que con ello tampoco se violen sus garantías individuales.

C).- Que se tome como domicilio del extranjero sujeto a un proceso del orden criminal el de su embajada, partiendo del supuesto de que tal dependencia es una extensión territorial de su país de origen, y hasta en un momento dado que esta misma, responda por su connacional, respecto del citado juicio penal, haciendo la aclaración de que únicamente lo haga en el sentido de requerir al individuo para el caso de que se sustraiga de la acción de la justicia.

D).- Que cuando el Ministerio Público ejerza la facultad que le otorga la Constitución, para solicitar la negativa de la libertad provisional a un procesado, no se tome en consideración ÚNICAMENTE en este caso, que el procesado tenga un domicilio en el territorio nacional, puesto que se trata de un extranjero.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Las primeras penas y beneficios que se imponían y otorgaban a los reos, fueron de gran importancia debido a que se fueron perfeccionando con el paso del tiempo las penas que se aplicarían a los presuntos delincuentes.

SEGUNDA.- La Supremacía Constitucional es de gran importancia, debido a que mientras se aplique de manera eficaz tal y como lo ordena el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estado de Derecho seguirá imperando en la sociedad.

TERCERA.- El procedimiento penal a lo largo de la historia ha sido fundamental para el debido desarrollo de la vida del ser humano en sociedad, evitando con ello las injusticias, así como las formas en las cuales se castigaban los ilícitos que se cometían.

CUARTA.- Respecto al concepto de persona, tenemos diversos puntos de vista que dan los autores sin embargo el concepto más apropiado al tema que se desarrolló es aquel en que se describe como un ente jurídico que es capaz de adquirir derechos y obligaciones, mismos que son muy importantes para alcanzar el fin jurídico que es la convivencia en sociedad.

QUINTA.- La libertad provisional fue un paso muy importante que dio la justicia, debido a que si bien es cierto que los delitos graves merecen prisión preventiva, tal y como lo establece la ley, también lo es que los que no son graves para la sociedad, son susceptibles de alcanzar la citada libertad.

SEXTO.- La libertad es un derecho que no se debe vulnerar, por lo cual la ley debe ser aplicada de una forma exacta por el juzgador, para que con ello se respete el Estado de derecho en que vivimos y más aún las garantías individuales de cada ser humano que se encuentre en el territorio Nacional.

SEPTIMA.- Las garantías individuales deben ser inviolables por toda autoridad que debe aplicar una ley, sin que exista pretexto alguno y mucho menos de que se exceda en las facultades que la propia ley le otorgue para desempeñar el cargo.

OCTAVA.- Cuando las garantías individuales de una persona que se encuentre en nuestro territorio Nacional son violadas, el afectado puede ocurrir a un Tribunal Federal en demanda de amparo y Protección de la Justicia de la Unión, ello con la finalidad de que ordene a la autoridad que violó las garantías, le restituya al quejoso, el derecho que por ley le corresponda.

NOVENA.- Ahora bien, el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, advierte que todos lo que nos encontramos en el territorio nacional adquirimos los beneficios a que se refieren las garantías individuales previstas desde el citado artículo hasta el numeral 29 de la carta magna, por ende no existe ningún obstáculo para que se apliquen a una persona en específico.

DECIMA.- La igualdad ante la ley es de gran trascendencia jurídica, ya que es la forma en que se puede respetar los derechos de todo individuo, sin que se tome en cuenta, su posición social, económica, o su nacionalidad, entre otras.

DECIMA PRIMERA.- De acuerdo al artículo 1º en relación con la fracción I, del artículo 20 ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que toda persona tiene derecho a gozar de las garantías individuales, por lo tanto, no hay obstáculo para otorgar la libertad provisional a las personas que se encuentren dentro de un procedimiento penal, aclarando desde luego, que el delito que en su caso se cometa no se encuentre dentro de los previstos como graves por la ley.

DECIMA SEGUNDA.- Atento a que debe haber una igualdad al aplicar la ley, además de que se debe respetar la Supremacía Constitucional, se debe decir, que no es suficiente obstáculo para un extranjero el no tener un domicilio fijo en el territorio nacional para poder obtener su libertad provisional.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ARELLANO GARCIA Carlos, "Derecho Internacional Privado". Décimo segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 1998.
- 2.- ARELLANO GARCIA Carlos, "Setenta y Cinco Aniversario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". Editorial Porrúa. México. 1992.
- 3.- BAES MARTINEZ Roberto, "Compilación Procesal Penal". Segunda Edición. Editorial Sista. México. 1991.
- 4.- BURGOA Orihuela Ignacio, "Las Garantías Individuales". Vigésima Octava Edición. Editorial Porrúa. México 1996.
- 5.- CASTELLANOS Fernando, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Edición Vigésima segunda. Editorial Porrúa. México. 1989.
- 6.- COLIN SANCHEZ Guillermo, "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". Decimoséptima Edición. Editorial Porrúa. México. 1998.
- 7.- FENWIK Charles G. Derecho Internacional, Omeba, Buenos Aires, 1963, Traducción de María Eugenia I. De Fischman.
- 8.- GARCIA MAYNES Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho". Edición Cuadragésima segunda. Editorial Porrúa. México. 1996.
- 9.- GARCIA RAMIREZ Sergio, "Proceso Penal y Derechos Humanos". Editorial Porrúa. México 1992.
- 10.- GONZALEZ MENDEZ Alfredo Genis, "La libertad en el derecho procesal penal Federal Mexicano". Quinta edición. Editorial Porrúa. México. 1999.
- 11.- GUZMAN WOLFFER Ricardo, "Las Garantías Constitucionales y su Repercusión en el Proceso Penal Federal". Cuarta Edición. Editorial porrúa. México. 1999.
- 12.- HAMILTON, JAY, Madison, El Federalista, traducción de Gustavo R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, México, 1943.

- 13.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano. Tomo III, Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1984.
- 14.- JELINEK, Gorge, Teoría General del Estado, Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A.
- 15.- KELSEN Hans, Teoría pura del Derecho, traducción de Roberto J. Vernengo, Editorial Eudeba. UNAM, 1982. págs.232 y 326
- 16.- KOROVIN Y.A., Academia de ciencias de la URSS, versión Española de Juan Villalba. Segunda Edición, Editorial Grijalbo, S.A.. México, 1963.
- 17.- LOPEZ DE COGULLUDO Diego, Tres Siglos de la Denominación Española en Yucatán, Décimotercera Edición, Editorial Bosch, México 1998.
- 18.- MALO CAMACHO Gustavo, "Derecho Penal Mexicano". Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 1998.
- 19.- MONTIEL DUARTE. Isidro, Estudio Sobre Garantías Individuales, Segunda Edición , Editorial Porrúa, México, 1847.
- 20.- NIBOYET J.P., Principios de Derecho Internacional Privado, Cuarta Edición, Editora Nacional, S.A. México 1951.
- 21.- NORIEGA C. Alonso, La naturaleza de las Garantías Individuales en la Constitución de 1917. Edición 1967, UNAM- Coordinación Humanidades.
- 22.- ORELLANA WIARCO Octavio Alberto, Curso de Derecho Penal, Quinta Edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1985.
- 23.- ORUE y ARREGUI José Ramón, Manual de Derecho Internacional Privado, Tercera Edición, Instituto Editorial Reus, Madrid 1952,
- 24.- OVALLE FAVELA José, "Garantías Constitucionales del Proceso". Quinta Edición. Editorial Mc. Graw Hill. México. 1997.
- 25.- OVALLE FAVELA José, Proceso Penal y Derechos Humanos, Segunda Edición, editorial Porrúa, México 1992.
- 26.- PEREZ GLAS Juan de Dios, Derecho y Organización Social de los Mayas, Segunda Edición, editorial Trillas. México 1999.

27.-RODRIGUEZ, Ramón, Derecho Constitucional, Segunda Edición, UNAM, México 1978.

28.- SÁNCHEZ VIAMONTE Carlos, Constitucionalidad y Constitucionalismo, Enciclopedia Jurídica, Omeba, Driskill, S.A. Buenos Aires, 1979, T.III.

29.-SÁNCHEZ VIAMONTE . Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa. Edición de la facultad de derecho de México.

30.- TENA RAMÍREZ , Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, Decimosèptima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980, pàgs. 40-43

31.- TENA RAMIREZ, Felipe, Leves Fundamentales de México, Dècimatercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., , México, 1985.

32.- VERDROSS, Alfred, Derecho Internacional Público, traducción de Antonio Truyol y Serra. Editorial Aguilar, Madrid, 1957.

33.- VILLALOBOS Ignacio, "Derecho Penal Mexicano", Edición Dècimoquinta. Editorial Porrúa. México. 1999.

34.-V. GIMENO Sandra, "Los Procesos Penales". Tomo Uno. Primera Edición. Editorial Bosch. España. 2000.

35.- ZAMORA-PIERCE Jesús, "Garantías y Proceso Penal". Novena Edición. Editorial Porrúa. México 1998.

36.- ZARCO Francisco. Crónica del Congreso Extraordinario Constituyente, (1856-1857), México, Colegio de México. 1957,

37.- Diario de los Debates del Congreso Constituyente, reedición de los ejemplares del 1 al 81, que contiene las versiones taquigráficas de las sesiones del código electoral y ordinario, "Los Históricas Debates de la Constitución de 1916-1917, T.II, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión LII Legislatura.

38.- Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, T. LXI P.3760, Cursivas nuestras.

39.- Semanario judicial de la Federación, Quinta Época, TXXXVI, primera parte..

ECONOGRAFIA

- 1.- Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo P-Z, Segunda 2a edición, Editorial Porrúa, S.A. UNAM. México.
- 3.- Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, editorial Espasa-Clape, .S.A., 19a. Edición. Madrid. 1970.

LEGISLACION

- 1.- "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". Octava Edición. Editorial Puebla. México 2001.
- 2.- "Código Penal Federal". Edición Décimo quinta. Editorial porrúa. México. 2001.
- 3.- "Código Federal de Procedimientos Penales". Segunda Edición. Editorial Sista. México. 2001.
- 4.- "Código Penal para el Distrito Federal", Segunda Edición. Editorial Sista. México. 2001.
- 5.- "Ley de amparo", TRUEBA Urbina Carlos. Sextagésima Edición. Editorial Porrúa. México 2001.
- 7.- "Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación". TRUEBA Urbina Carlos. Sextagésima Edición. Editorial Porrúa. México 2001.
- 8.- DIAZ DE LEON Marco Antonio. "Código Federal de Procedimientos Penales". Edición Cuarta. Editorial Porrúa. México.1997.
- 9.- DIAZ DE LEON Marco Antonio. "Código Penal con Comentarios". Edición Segunda. Editorial Porrúa. México.1997.