



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES "ACATLAN"

INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 319. ULTIMO
PARRAFO. DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES
PARA EL ESTADO DE MEXICO. AL CONDICIONAR LA
LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION EXIGIENDO QUE
LA REPARACION DEL DAÑO SEA EXHIBIDA EN EFECTIVO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
GUEVARA GARCIA FRANCISCO JAVIER

ASESOR: LIC. JOSE DIBRAY GARCIA CABRERA



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



MARZO DE 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por haberme dado la vida, capacidad y fuerza para salir adelante en todas las situaciones buenas y no tan buenas que me ha puesto la vida.

A mi Madre, Yolanda García, a mi padre Antonio Guevara (+), por haberme inculcado todos los valores morales y brindado su apoyo incondicional, así como su tiempo y atención, para que lograra ser lo que el día de hoy soy.

A mi hermano José Guevara, por compartir conmigo las situaciones difíciles que hemos afrontado y darme su silencioso, pero fortaleciente aliento.

A mis Abuelos José y Amalia, Margarita y Tomás, por consentir y de vez en cuando llamar la atención del adolescente rebelde que un día fui.

A todos mis tíos, en especial a: Luis Guevara, Arturo Pérez, Moisés Pérez Víctor Manuel Rivera, Mario Vega (+), por su gran apoyo en todos los sentidos.

A toda mi familia en general, y en especial a Vega Márquez, Guevara Cedillo y Ávila Muñoz.

A mis maestros, que además de compartir su sabiduría, me dieron la oportunidad de desarrollarme profesionalmente y la oportunidad de tener más responsabilidad dentro de la administración pública: Lic. Carolina Solano, Lic. Jorge Luis Portillo, Lic. Edgar Barcenás (+), Lic. José Castillo, Dr. Agustín Herrera, a ustedes, Gracias por creer en mí.

A mis amigos, muy en especial a Edgar Barcenás (+) (A mi manera), Alex, Héctor, Michael, Beto López, Beto Martínez, Toño Medina, Marco, Tavo, Rosendo, Edgar Mercado, Angélica Orozco, Fer Orozco, Fer Contreras, Claus, Laura, Arturo, Osvaldo, Oscar Bonilla, Lic. Lilián, Lic. Normita, Lic. Díaz Barreiro, Lic. Lot Álvarez, Magda, Wences, Isa, Cris Pérez, Alhelí Pérez, Agus, Edgar Juárez, Oscar Colín, a todos gracias por todo su apoyo y por brindarme su amistad.

A Erika, gracias por tu apoyo amor.

A mi asesor, Lic. José Dibray García Cabrera, por su apoyo para la elaboración del presente trabajo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

I. EL INCIDENTE DE LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN EN MATERIA PENAL.1

1.1. DEFINICIÓN DE INCIDENTE.....	2
1.1.1. Concepto.....	2
1.1.2. Antecedentes	4
1.1.3. Clasificación.....	6
1.2. LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.....	11
1.2.1. Definición de caución.....	11
1.2.2. Concepto de libertad bajo caución.....	12
1.2.3. Momento procedimental en que procede.....	15
1.2.4. Sujetos facultados para solicitarla.....	21
1.2.5. Forma de solicitarla.....	21
1.2.6. Elementos que deben tomarse en cuenta para concederla.....	22
1.2.7. Obligaciones que contrae el procesado.....	25
1.2.8. Causas de revocación.....	26
1.3. FORMAS EN LAS QUE PUEDE SER OTORGADA LA GARANTÍA PROVISIONAL.....	29
1.3.1. Fianza.....	30
1.3.2. Prenda.....	31
1.3.3. Hipoteca.....	34
1.3.4. Depósito en efectivo.....	34
1.3.5. Fideicomiso.....	35

II. ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL. GARANTÍAS DEL PROCESADO DURANTE EL PROCEDIMIENTO PENAL.....38

2.1. Concepto de procesado.....	39
2.2. Concepto de garantía.....	41
2.3. La libertad como garantía individual.....	42
2.4. Artículo 20 constitucional.....	58
2.5. Extensión y limitaciones del artículo 20 constitucional.....	65

III. LA REPARACIÓN DEL DAÑO.....	68
3.1. Concepto de reparación del daño.....	69
3.2. Antecedentes de la reparación del daño.....	71
3.3. La reparación del daño en materia civil y penal.....	76
3.3.1. La reparación del daño en materia civil.....	76
3.3.2. La reparación del daño en materia penal.....	89
IV. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 319, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO.....	100
4.1. Jerarquía Normativa en México.....	101
4.2. Análisis.....	106
a) Exposición de motivos del artículo 20 constitucional.	
b) Exposición de motivos del artículo 319 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México.	
4.3. Jurisprudencia.....	116
4.4. El Amparo Indirecto como medio de defensa para impugnar la determinación del juez que restringe la forma de garantizar la reparación del daño.....	123
CONCLUSIONES.....	128
BIBLIOGRAFÍA.....	131

INTRODUCCIÓN

La libertad constituye uno de los derechos fundamentales del hombre, consagrado en la parte dogmática de la Constitución, la cual comprende diversos ámbitos: de tránsito, de asociación, de expresión, corporal, entre otras, implicando ésta última la de desplazarse físicamente a cualquier lugar para realizar los fines que cada individuo se propone, con base a los medios elegidos para ello.

Dicha libertad no es absoluta, ya que puede restringirse de ella, temporalmente a quine comete un delito y es sujeto a un proceso. Sin Embargo, puesto que los bienes jurídicos que se lesionan con la comisión de un delito varían en su importancia, es por lo que la Constitución Federal en su artículo 20, apartado A, fracción I, determina como garantía de todo inculpado la de poder obtener su libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se trate de un delito no grave y se garantice la reparación del daño, derecho que se otorga en virtud de una política criminológica, con la que se trata de impedir que personas que cometen un delito de menor gravedad, de acuerdo a la legislación competente, queden sujetas a una prisión preventiva mientras dura el proceso, sino por el contrario, que éstas gocen de libertad mientras se desarrolla la secuela procesal que culmine con la sentencia penal.

La caución, para efectos de la obtención de la libertad provisional por parte del inculpado, implica garantizar el cumplimiento de las obligaciones que pudieran derivarse de declararlo culpable del delito que se le imputa, frente a las víctimas y ofendidos por el delito, así como al Estado. Ahora Bien, el propio texto constitucional señala que el monto y la forma de la caución deben ser asequibles al inculpado, lo cual significa que esté a su alcance y puesto que de entre las formas de garantizar dicha caución se encuentran el depósito de dinero, la fianza, la hipoteca, la prenda y el fideicomiso, el inculpado esta facultado para elegir de entre ellas la que más le convenga, pues la *ratio legis* de tal garantía

individual es facilitar la obtención de la libertad provisional bajo caución y no la de obstaculizarla.

Sin embargo, el artículo 319, último párrafo, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México se aparta totalmente de lo ordenado por el artículo 20 constitucional, ya que señala como uno de los requisitos para que el inculpaado obtenga su libertad provisional bajo caución que garantice la reparación del daño mediante depósito en efectivo, no pudiéndolo hacer de ninguna otra manera, lo cual viola lo ordenado por el mandato constitucional y que afecta al inculpaado, ya que si este no cauciona en tal forma, no podrá obtener su libertad, con lo que la pretendida asequibilidad que consagra el artículo 20 de la Carta Magna resulta inaplicable en los procedimientos penales ventilados en el Estado de México.

En este contexto y tomando en cuenta la jerarquía normativa de la Constitución Federal que se desprende de lo previsto en el artículo 133 de la misma, es que el objeto central de la presente investigación radica en demostrar la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 319, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en virtud de contravenir lo ordenado por la fracción I, apartado A, del artículo 20 de la Carta Magna, proponiendo se reforme dicho párrafo a efecto de que la reparación del daño a cargo del inculpaado pueda garantizarse en cualquiera de las formas previstas por la Ley, como son: el depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso, según resulte más asequible para el inculpaado.

Para la consecución de tal propósito, el presente trabajo está estructurado en la siguiente forma:

El Capítulo I, esta dedicado al estudio del incidente de libertad provisional bajo caución, contemplando tres cuestiones principales: lo relativo a lo que es un incidente *in genere*; lo que es la libertad provisional bajo caución, los requisitos

para su procedencia, el momento procesal para solicitarla y quienes están facultados para solicitarla; así como la forma de garantizar la misma, aspecto que es de suma importancia para sustentar la hipótesis y objetivo del presente trabajo.

En el Capítulo II, nos abocamos al análisis del artículo 20 constitucional, fracción I, en virtud de constituir el sustento jurídico de la libertad provisional bajo caución, el cual adquiere el carácter de garantía individual, por ubicarse en la parte dogmática de la Constitución y que constituye un derecho público subjetivo del inculpado que lo faculta para solicitar su libertad provisional cuando reúna los requisitos previstos en dicho numeral. Previo a ello, se explica lo que es una garantía individual, tanto desde una perspectiva *iusnaturalista*, como normativa.

Por otro lado, en el Capítulo III, examinaremos lo que es la reparación del daño en los ámbitos penal y civil: desde la primer preselectiva, como una garantía de las víctimas y ofendidos por el delito consagrada igualmente por el artículo 20 constitucional, que debe ser garantizada por el inculpado para poder obtener su libertad provisional bajo caución; y desde la segunda óptica como un derecho de las víctimas por la comisión de un hecho ilícito nacido del incumplimiento de una obligación contractual o extracontractual, que les causa un daño o perjuicio material o moral a una persona y que debe ser resarcido por el que la cometió, en las diversas fonemas que prevé el Código Civil.

Por último, el Capítulo IV, lo consagramos al análisis de los artículos 319, último párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, y 20, fracción I, de la Carta Magna, no sólo basándonos en la exposición de motivos en que se inspiraron los legisladores para redactarlos en los términos que se encuentran, sino a la luz de lo que LA DOCTRINA Y LA PROPIA constitución establecen en cuanto a la jerarquía de las normas, que nos permiten contar con los elementos de juicio para determinar si es constitucional o inconstitucional el

precepto señalado en primer término y en su caso, para sustentar una propuesta al respecto.

I. EL INCIDENTE DE LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN EN MATERIA PENAL.

A través del procedimiento penal se persiguen tres finalidades fundamentales, que el juez debe declarar en la sentencia que dicte resolviendo la controversia penal, a saber:

- Si la conducta constituye o no delito;
- Si la persona procesada es responsable penalmente o no;
- La aplicación de las penas o medidas de seguridad correspondientes.

Para que el órgano jurisdiccional pueda dictar sentencia, es menester que se sigan una serie de pasos debidamente concatenados, observando las formalidades esenciales, que comprenden desde la Averiguación Previa, la Instrucción y el Juicio.

Ahora bien, en el desarrollo de la secuela procedimental, pueden surgir diversas cuestiones, distintas a la principal que se está juzgando, las cuales es preciso resolver, antes de dictar sentencia el juzgador, que reciben el nombre de incidentes, siendo precisamente uno de los que regula el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México el *Incidente de Libertad Provisional bajo Caución*, el cual es objeto de estudio en el presente apartado

En aras de entenderlo cabalmente, es preciso conocer ciertos aspectos en relación al incidente *in genere*, como es su concepto, su referencia histórica, la forma de substanciarlos y sus clases.

1.1. DEFINICIÓN DE INCIDENTE.

1.1.1. CONCEPTO.

En el proceso penal, igual que sucede con los procesos civiles, laborales, mercantiles, etcétera, se busca la aplicación de la norma abstracta por parte del órgano jurisdiccional al caso concreto, para resolverlo, para lo cual se observan las formalidades esenciales del procedimiento, que comprenden actos que deben realizar tanto las partes, como el juzgador, los cuales están regulados por la ley procedimental. Sin embargo, como ya se mencionó, en la secuela procedimental, pueden surgir cuestiones litigiosas distintas de la principal, que en algunos casos ameritará su resolución antes de continuar con el procedimiento y en otras no será necesario. Con esta breve referencia nos abocaremos a profundizar más en el tema.

Etimológicamente, la acepción *incidente* “proviene del latín *incidere*, que significa sobrevenir, interrumpir, producirse”.¹ De esto se infiere que el incidente no surge a la par del procedimiento, sino que acontece con posterioridad.

Doctrinalmente, José Becerra Bautista dice que los incidentes “son pequeños juicios que tienden a resolver controversias de carácter objetivo que tienen relación inmediata y directa con el asunto principal”.² Esta definición nos permite entender que en el incidente también se ventila una controversia entre las partes que debe ser resuelta por el juzgador, la cual está vinculada directamente con la *litis* principal. En el caso del tema que nos ocupa, la controversia principal radica en que el juez resuelva si hay delito, si el procesado es delincuente y la

¹ BECERRA BAUTISTA, José, El Proceso Civil en México, 16ª ed., Porrúa, México, 1999, p. 277.

² *Ibidem*.

sanción a aplicar, en tanto que la cuestión incidental que puede surgir es precisamente la relativa al otorgamiento de la libertad provisional bajo caución al inculcado, mientras se sigue el proceso. En suma, el proceso es el continente y el incidente parte del contenido.

Andrés de la Oliva Santos comenta que “Incidente es el procedimiento o conjunto de actos necesarios para sustanciar un cuestión incidental, esto es, aquella que, relacionada con el objeto del proceso, se suscita sobre asuntos conexos con dicho objeto o sobre la concurrencia de presupuesto del proceso o de sus actos”.³ La noción de procedimiento a que alude este tratadista es importante destacar, porque el incidente también se consta de una serie de actos unidos y concatenados, revestidos de la formalidad legal.

Manuel Rivera Silva esgrime una serie de ideas que forman la esencia del incidente:

“I. La cuestión planteada en el incidente tiene relación con el negocio principal, pero esta relación es de carácter accesorio.

“II. La secuela del incidente no tiene acomodo necesario en algunas etapas del procedimiento. En otras palabras, hemos fijado que el procedimiento se informa con una serie de actos que se van solicitando unos a otros; el incidente no es un eslabón de esta serie de actos que integran el trámite normal, es un pequeño procedimiento metido en el procedimiento grande.

“III. El incidente, en cuanto algo especial, tiene un procedimiento distinto al del juicio principal”.⁴

³ OLIVA SANTOS, Andrés de la, Vid. “Incidentes”, Diccionario Jurídico Espasa, Espasa, Madrid, 1999, p. 512.

⁴ RIVERA SILVA, Manuel, El Procedimiento Penal, 15ª ed., Porrúa, México, 1997, p. 353.

Con apoyo en las anteriores definiciones, podemos concluir que el incidente es una cuestión litigiosa que surge durante la secuela procedimental, en forma accesoria a la controversia de fondo, la cual tiene una substanciación particular. En tanto que el incidente penal es aquél conflicto que se presenta en el procedimiento penal, distinto a la materia principal que se debate y que se rige por las normas establecidas por el propio Código de Procedimientos Penales.

1.1.2. ANTECEDENTES.

Para entender la forma en que actualmente están reguladas las figuras o instituciones jurídicas, es preciso conocer su referencia histórica, a efecto de saber cuándo, cómo y por qué surgen, a la vez de ir valorando su evolución. En el caso del incidente, se trata de una cuestión que en el caso del Derecho Romano, al cual nos referimos porque es la base del Derecho moderno, no se conocieron las sentencias interlocutorias (las cuales resuelven los incidentes), sino las *interlocutiones*, “que eran determinaciones que se pronunciaban en el curso del proceso y en contra de las cuales no cabía el recurso de apelación, para evitar dilaciones (...) Se distinguían de las *sententiae*, que eran las resoluciones que ponían fin al juicio”.⁵

Las sentencias interlocutorias se crearon en el proceso romano-canónico, que las distinguió de las sentencias definitivas. “Aquéllas resolvían cuestiones interlocutorias y éstas la cuestión principal (...). Otra diferencia entre ambas era que las primeras no causaban autoridad de cosa juzgada como las segundas...”.⁶

⁵ BECERRA BAUTISTA, José, Op. Cit., p. 279.

⁶ *Ibidem*.

En el caso de nuestro país, en el Código de Procedimientos Penales de 1880 no se regula ningún concepto ni clasificación de los incidentes, sino tan sólo el señalamiento de aspectos generales, de los cuales no se infiere la existencia de una idea clara sobre ellos.

En el Código de Procedimientos Penales de 1894, aún cuando todavía no se precisaba la esencia de los incidentes, se incluyó una enumeración de los mismos, en forma casuística, esto es, planteando casos particulares, la cual fue errónea, puesto que se incluyeron entre otros: “el incidente para declarar extinguida la acción penal por muerte del acusado, caducidad, amnistía, perdón, y consentimiento del ofendido; incidentes de libertad por haberse comprobado una “excluyente del delito”, incidente sobre la retención, etc.”.⁷

Los anteriores casos nos dan a entender que los redactores del Código Penal adjetivo de 1894 no tenían la menor idea de lo que era un incidente, ya que lo confundían con las cuestiones de fondo que se ventilaban en el proceso penal. Por ejemplo, la muerte del acusado acontecida en el proceso penal da pauta a que el juez resuelva extinguida la acción penal, en virtud de no existir el inculpado al que se le imputaba el hecho delictivo y al que de haberse comprobado su culpabilidad se le impondrían la pena o medida de seguridad correspondiente. De tal suerte, la pretensión punitiva del Estado ya no existe, teniéndose que sobreseer el proceso, pero esto no lo puede decretar el órgano jurisdiccional en un incidente, porque se insiste en que no es una cuestión accesoria, sino la controversia principal que se extinguirá.

⁷ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimiento Penales, 15ª ed., Porrúa, México, 1995, p. 665.

En el Código de Organización, de Competencia y de Procedimiento en material penal, de 1929, se incluyen en su articulado los incidentes, aunque adoleciendo de los mismos defectos que el anterior, al igual que del casuismo.

En el caso del Código de Procedimientos para el Estado de México en vigor, publicado en la Gaceta de Gobierno del Estado de México, el 20 de marzo de 2000, en su Título Noveno “Incidentes”, Capítulo I, regula los Incidentes de Libertad, que son: el de libertad provisional bajo caución, es el que nos interesa; la libertad provisional bajo protesta y la libertad por desvanecimiento de datos. En tanto que en su Capítulo II “Incidentes Diversos”, contempla la substanciación de las cuestiones y conflictos de competencia.

En dicho ordenamiento existe una regulación adecuada y extensa de las cuestiones incidentes, sin incurrir en yerros ni casuismos, concordando con los postulados doctrinales acerca de lo que son y el fin que se persigue con los incidentes, tal como lo explicaremos más adelante.

1.1.3. CLASIFICACIÓN.

Los incidentes de libertad previstos en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México son:

- Libertad provisional bajo caución, la cual no lo estudiaremos en este apartado, puesto que lo será en los siguientes puntos de este Capítulo.
- Libertad provisional bajo protesta, y
- Libertad por desvanecimiento de datos.

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO PROTESTA.

Esta libertad, también llamada *potestatoria*, “es un derecho otorgado (por las leyes adjetivas) al procesado, acusado o sentenciado por una conducta o hecho, cuya sanción es muy leve, para que, mediante una garantía de carácter moral obtenga su libertad provisional”.⁸

La libertad provisional bajo protesta se justifica por una política criminológica de impedir que personas que han cometido delitos que lesionan bienes jurídicos de menor importancia y que no cuentan con recursos económicos para otorgar una caución, sean privados provisionalmente de la libertad.

Como lo afirma Juan José González Bustamante, “evita la imposición de penas corporales de corta duración y la influencia maléfica que ejercen las prisiones en los delincuentes primarios y en los presuntos responsables de un delito, porque de esta manera se elimina, para los ocasionales, la promiscuidad y el contagio morboso de las cárceles”.⁹ Habría que agregar que se evitaría aglomerar las cárceles, que de por sí son insuficientes para albergar a tanta población delincencial.

Los requisitos para su procedencia están previstos por el artículo 341 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, que enseguida analizamos:

I. Que la sanción privativa de libertad que deba imponerse no exceda de un año de prisión. Por lo mínimo de la pena, se desprende que éstos delitos

⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit., p. 687.

⁹ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Principios de Derecho Procesal Mexicano, 30ª ed., Porrúa, México, 1986, p. 314.

son de mínima peligrosidad por parte de quien los comete, así como la magnitud del bien jurídico lesionado, verbigracia: el delito de violación de correspondencia previsto en el artículo 197.

II. Que sea la primera vez que delinque. Esto significa que no haya sido sentenciado por cualquier otro delito, grave o no grave, sino que por ser la primera vez, se desprende que no es una persona de la que cabe esperar sea nocivo para sociedad otorgarle la libertad provisional.

III. Que éste tenga domicilio conocido en el lugar donde se sigue o deba seguirse el proceso, o dentro de la jurisdicción del tribunal respectivo. Este requisito, pensamos que se exige para que la autoridad ministerial o judicial pueda vigilarlo de mejor manera; para requerir su presencia cuantas veces lo juzgue conveniente el órgano jurisdiccional; y para que más difícilmente pueda evadir la acción de la justicia.

IV. Que la residencia del inculpado en dicho lugar sea de un año cuando menos. En torno a éste requisito, cabe hacer el mismo comentario que para el anterior.

V. Que el inculpado tenga profesión, oficio, ocupación o modo honesto de vivir. A las autoridades no les interesa en que trabaje o se ocupe el inculpado, sino que no contravenga la ley o la moral, tal como lo exige el artículo 5° constitucional, el cual otorga a los gobernados la libertad de trabajo o profesión.

VI. Que a juicio de la autoridad que la conceda no haya temor de que el inculpado se substraiga a la acción de la justicia. Aún cuando la comprobación de este requisito queda a discreción del juez, debe basarse en

hechos objetivos, como puede serlo la conducta observada por el inculpado antes de cometer el delito.

Existe un caso en el cual se otorga la libertad provisional bajo protesta sin necesidad de cumplir los requisitos anteriores, previsto en el artículo 343, el cual operará cuando el inculpado cumpla la pena impuesta en primera instancia, aún cuando no haya adquirido la sentencia la calidad de cosa juzgada, acordándola de oficio el juez.

El auto por el que se conceda la libertad bajo protesta, surtirá sus efectos una vez que el inculpado proteste formalmente ante el juez, que se presentará cuando se le requiera.

Respecto a las obligaciones que contrae el beneficiado con esta medida, al igual que las causas en que es revocable, son similares a las previstas para la libertad provisional bajo caución, por lo que preferimos estudiarlas en ese apartado.

LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.

Ésta es, según el parecer de Guillermo Colín Sánchez, “una resolución judicial, a través de la cual el juez instructor basado en prueba indubitable, considera que se han desvirtuado los elementos fundamentales en que sustentó el auto de formal prisión o de sujeción a proceso y ordena la libertad del procesado...”¹⁰.

¹⁰ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit., p. 690.

Los casos de procedencia son dos, previstos en el artículo 345 del multicitado ordenamiento:

I. Cuando en cualquier estado de la instrucción y después de dictado el auto de formal prisión aparezcan plenamente desvanecidos los datos que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito. Luego entonces, se requiere que se haya ejercitado acción penal para que el inculpado solicite tal libertad, sustentada en el hecho de no existir pruebas para acreditar los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal del delito de que se trate.

II. Cuando en cualquier estado de la instrucción y sin que hubieren aparecido datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido plenamente los considerandos en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso para tener el inculpado como probable responsable. En este supuesto, la libertad tiene apoyo en el desvanecimiento de los datos para acreditar que el inculpado participó en el hecho delictivo y su probable culpabilidad.

Quienes pueden solicitar la libertad por desvanecimiento de datos son las partes en el proceso penal, esto es, el inculpado o el Ministerio Público. Después de hecha la petición, el juez las citará a una audiencia dentro de un término de 5 días a la cual el representante social debe asistir, debiendo resolver dentro de las 72 horas siguientes.

No basta que el Ministerio Público esté de acuerdo en la concesión de dicha libertad, pues requiere de la ratificación del Procurador General de Justicia o del Subprocurador que corresponda. No obstante que esto acontezca, el juez puede negar la libertad por desvanecimiento de datos.

La resolución que concede esta libertad tiene los mismos efectos del auto de libertad por falta de elementos para procesar, lo que significa que el Ministerio Público tiene el derecho de aportar nuevas pruebas o elementos en un plazo de 90 días y para solicitar nuevamente la aprehensión del inculcado, y la facultad del juez para dictar nuevo auto de formal prisión o de sujeción a proceso, si aparecen después datos que le sirvan de fundamento y siempre que no se varíen los hechos delictuosos que motivaron el procedimiento.

1.2. LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

El artículo 20 constitucional consagra diversas garantías en favor del procesado, una de las cuales es la obtención de su libertad provisional bajo caución, consagrada en el inciso A, fracción I, señalando aspectos generales, como por ejemplo; casos en que debe otorgarse y en los que debe negarse, al igual que el monto y la forma de caución, aspectos todos que la ley adjetiva se encarga de reglamentar de manera amplia, los que enseguida estudiamos.

1.2.1. DEFINICIÓN DE CAUCIÓN.

La caución, en opinión de Guillermo Colín Sánchez, “denota garantía (...) En los tribunales al emplear la palabra “caución”, se quiere significar que la garantía debe ser “dinero en efectivo”...”¹¹

Manuel Rivera Silva, refiriéndose al mismo concepto, comenta que “la caución es la que viene a garantizar la sujeción a un órgano jurisdiccional. En términos sencillos, el dinero queda en lugar de la privación de la libertad”.¹²

¹¹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit., p. 669.

¹² RIVERA SILVA, Manuel, Op. Cit., p. 355.

Con base en las anteriores opiniones, podemos definir a la caución como una garantía, una salvaguarda, un compromiso, siendo erróneo que se le pretenda utilizar como sinónimo de fianza, puesto que, como lo explicaremos posteriormente, aquél es un género, mientras que ésta es una de sus formas o especies.

1.2.2. CONCEPTO DE LIBERTAD BAJO CAUCIÓN.

Uno de los derechos fundamentales del hombre es la libertad, que a decir de Juan Jacobo Rousseau “es el derecho máspreciado y hermoso que tiene el hombre, sin el cual no podría considerársele como tal...”¹³.

Alberto del Castillo del Valle, por su parte, expresa: “El hombre es por naturaleza un ser libre, y por su inteligencia debe ser en todo momento *el ente más libre que exista*. No es factible pensar en un ser humano que no tenga capacidad de decisión, que no tenga una voluntad propia por medio de la cual elija sus fines y los medios para lograr tales fines. No se puede hablar de hombre en toda la extensión de la palabra cuando un ser no tiene ni siquiera la facultad de actuar y desarrollar la actividad que desee, que no sea capaz de pensar y creer en lo que quiera, que no haya podido imponerse un fin determinado”.¹⁴

De la anterior opinión, inferimos que la libertad del hombre conlleva el libre arbitrio que tiene para decidir cuáles son los fines y objetivos que persigue en la vida, para aspirar a su felicidad y bienestar, al igual que los medios para su consecución; esto es, tiene el poder de decidir y de actuar. Sin embargo, tal libertad del hombre no es absoluta pues no vive solo, sino formando parte de una sociedad, y por lo mismo el Estado la limita en beneficio de los intereses de la

¹³ ROUSSEAU, Juan Jacobo, El Contrato Social, 3ª ed., Editores Unidos Mexicanos, México, 1984, p. 6.

¹⁴ CASTILLO DEL VALLE, Alberto del, La Defensa Jurídica de la Constitución en México, Ed. Trillas, México, 1993, p. 62.

colectividad, dado que de no hacerse así la sociedad sería un caos, ya que cada quien haría lo que quisiera, sin importar los daños que pudiera ocasionar a terceros.

Las restricciones a la libertad deben ser determinadas por la ley, tener como objetivo la defensa de los intereses sociales y particulares y no ser decretadas caprichosamente por los gobernantes, ya que en tal supuesto las restricciones a la libertad serían arbitrarias y afectarían injustificadamente los derechos fundamentales e inherentes al hombre.

Por eso, para el Dr. Ignacio Burgoa la libertad humana consiste en “realizar trascendentalmente los fines que él mismo se forja por conducto de los medios idóneos que su arbitrio le sugiere, que es en lo que estriba su actuación externa, la cual solo debe tener las restricciones que establezca la ley en aras de un interés social o estatal o de un interés legítimo privado ajeno”.¹⁵

La libertad como derecho del hombre está sustentada en cuestiones puramente deontológicas o filosóficas, las cuales defienden la idea de que el hombre goza de libertad por su propia esencia y no por una concesión de los gobernantes o de los sistemas normativos y por lo mismo está presente como una potestad inherente al hombre de la cual no puede ser despojado, ya que se le impediría que cumpliera con los fines que justifican su ser.

Dicha libertad es de diversos tipos: de pensamiento, de expresión, etcétera, pero la que nos interesa es la libertad corporal, es decir, la de no estar prisionero, sin poder desplazarse físicamente, salvo cuando lo determine la autoridad judicial, mediante sentencia que imponga la pena de privación de la

¹⁵ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, 29ª ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1997, p. 307.

libertad, o cuando la decreta preventivamente, a efecto de que no se sustraiga de la acción de la justicia el probable responsable del delito.

Por otro lado, el Código Penal sustantivo tipifica diversos delitos, algunos de los cuales tienen prevista una pena de prisión. Sin embargo, aún en tales casos, se distinguen entre delitos graves cuya comisión conlleva un mayor peligro para la sociedad, por dañar bienes jurídicos de mayor valía, y aquellos que lesionen intereses individuales y colectivos de menor importancia. Partiendo de tal premisa, y puesto que la libertad corporal constituye un derecho fundamental de los gobernados, los legisladores consideran que la misma únicamente debe ser restringida al inculpado, tratándose de delitos graves, deteniéndolo preventivamente en los reclusorios, en tanto se ventila el proceso penal. Pero respecto de los delitos no graves, debe permitírsele al inculpado gozar de su libertad otorgando la caución, en alguna de las formas que establece la ley, en tanto se tramita el proceso penal, a fin de evitar se sustraiga a la acción de la justicia y hacerlo comparecer cuantas veces sea necesario.

Atento a lo anterior, Guillermo Colín Sánchez define a la libertad bajo caución como “el derecho otorgado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a toda persona sujeta a un procedimiento penal, para que, previa satisfacción de los requisitos especificados en la ley, pueda obtener el goce de su libertad”.¹⁶

En mi opinión, defino a la libertad bajo caución como el derecho constitucional que pueden hacer valer los probables responsables de un delito no grave, a efecto de que, mediante el otorgamiento de una garantía, puedan disfrutar de su libertad en tanto se ventila la secuela procedimental y se resuelve si es culpable o no del delito que se le imputa.

¹⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit., p. 669.

1.2.3. MOMENTO PROCEDIMENTAL EN QUE PROCEDE.

El artículo 319, párrafo primero del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México establece: *“Desde el momento en que quede a disposición del órgano jurisdiccional, todo inculcado tendrá derecho a ser puesto en libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite...”*.

1. Para entender el texto transcrito, conviene realizar ciertos comentarios previos. En principio, cabe decir que por mandato del artículo 21 constitucional, el Ministerio Público tiene que abocarse a investigar los delitos a partir del momento en que se cumpla con el requisito de procedibilidad, consistente en la querrela o la denuncia de un hecho presumiblemente delictivo, a cuyo efecto practicará las diligencias necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado, como base del ejercicio de la acción penal.

Una vez que el Ministerio Público ha concluido su función investigadora, tiene que adoptar diversas resoluciones que pongan fin a la misma, las cuales pueden ser de dos tipos, dependiendo si se han acreditado o no el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado:

1. No ejercicio de la acción penal.
2. Consignación o ejercicio de la acción penal;

1. No ejercicio de la acción penal.

En esta modalidad de resolución se pueden dar a su vez otras dos: la reserva y el archivo.

a) *Reserva*. A esta determinación se le conoce igualmente como suspensión administrativa, la cual se sustenta en los siguientes supuestos:

- Que los hechos objeto de la averiguación, aún cuando resulten delictuosos, la prueba (confirmación) de los mismos se encuentra condicionada. Es decir, que resulte factible que con posterioridad se pueda demostrar el hecho, ya que de momento existe una imposibilidad transitoria para el desahogo de pruebas.
- Que aún cuando se haya comprobado que los hechos son delictuosos, se ignora quien o quienes son los autores de los mismos y por ende, no se sabe contra quien se va a ejercitar la acción penal.
- Que se descubra que se ha omitido alguna condición de procedibilidad. Esto puede ocurrir cuando se trate de un delito que no se persiga de oficio y no haya existido la formulación de la querrela respectiva.

Así, la resolución de reserva deja abierta la posibilidad de que posteriormente se ejercite la acción penal, en cuanto aparezcan los datos que sean necesarios; o sea, se suspende temporalmente.

b) *Archivo*. Esta resolución, también conocida en la doctrina como sobreseimiento administrativo, se basa en tres hipótesis, a saber:

- Que del resultado de la averiguación previa se concluya que los actos u omisiones no son considerados delictivos, pudiendo tratarse de una simple infracción administrativa o que la conducta sea lícita.

- Que del resultado de la investigación se desprenda que aunque los datos encontrados si pueden ser considerados delictivos, la comprobación de los mismos resulte totalmente imposible.
- Que aún cuando esté plenamente comprobada la responsabilidad del indiciado, la misma se haya extinguido, por prescripción, por perdón de la parte ofendida, o algunas de las causas de exclusión de la acción penal previstas por el Código Penal.

“El efecto principal que produce la resolución de archivo o sobreseimiento administrativo consiste en que se extingue el derecho del actor penal para promover y ejercitar la acción procesal penal, que tenga como supuesto a los hechos de esa averiguación. De aquí que se equipare en sus efectos a la resolución de archivo, con una sentencia absolutoria”.¹⁷

2. Ejercicio de la acción penal (consignación).

Si como resultado de las investigaciones llevadas a cabo por el Ministerio Público durante la Averiguación Previa, concluye que existen datos suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, ejercitará la acción penal ante los tribunales, es decir, consignará la indagatoria.

El artículo 121 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México dispone: *“El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se justifique la existencia de los elementos objetivos del tipo; así como los normativos y los subjetivos, cuando aparezcan descritos en éste. La probable responsabilidad del inculpado, se tendría por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se pruebe directa o indirectamente su participación dolosa*

¹⁷ SILVA SILVA, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, Harla, México, 1990, p. 256.

o culposa y no exista acreditada en su favor alguna otra causa de exclusión del delito. Respecto de los tipos que se señalan podrán acreditarse los elementos objetivos que se refieren en la forma que se indica”.

Analizando este precepto, tenemos que el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acrediten los:

1) *Elementos objetivos.* Se refieren a la descripción de la conducta antijurídica desde el punto de vista externo. Esto es, se identifican con la manifestación de la voluntad en el mundo físico, requerido por el tipo penal. Asimismo, de modo transitivo se hace mención de la persona o cosa donde recae la conducta por ejemplo: La persona privada de la vida en el homicidio y la cosa sustraída en el robo entre otros.

2) *Elementos normativos.* Son aquellos que por ser determinados, requieren de una valoración previa. En este caso, el juez debe exponer en sus sentencias las evaluaciones que existen en la sociedad, y con base en los mismos, un hecho aparentemente lícito puede pasar a ser un hecho ilícito; asimismo, puede ocurrir lo contrario.

3) *Elementos subjetivos.* Van a atender a la intención o a circunstancias que se dan en el mundo interno, en la psique del autor, referentes a estados anímicos en orden a lo injusto. Pueden radicar en el conocimiento que tiene el autor de la realización de indeterminado estado de las cosas; otras veces, estará en un determinado deseo, ánimo o intención del agente en la realización de la conducta típica.

Mientras que la probable responsabilidad se acreditará cuando se pruebe que el inculpado actuó con dolo (querer y conocer el resultado penalmente tipificado) o

culpa (con imprudencia, negligencia o falta de pericia. Pero además, que no exista en su favor alguna de las causas de exclusión del delito previstas en el artículo 15 del Código Penal para el Estado de México, que constituyen propiamente los aspectos negativos del delito, a saber: ausencia de conducta; atipicidad; causas de justificación; causas de inimputabilidad; causas de inculpabilidad y excusas absolutorias.

Una vez que el Ministerio ha ejercitado la acción penal ante los tribunales, deja de ser órgano investigador, pasando a ser órgano acusador. Al darse esto, se inicia la segunda etapa del procedimiento penal, en la cual se prepara la materia sobre la cual versará el proceso penal, iniciando con el auto de radicación que dicta el juez una vez que el Ministerio Público ha hecho la consignación de la Averiguación Previa (con o sin detenido) y finaliza con el auto de término constitucional de 72 horas (o su duplicación para el caso de que así lo solicite el inculpado) con el que se determina la situación jurídica del inculpado.

Como resultado del ejercicio de la acción penal a cargo del Ministerio Público, el juez tiene la obligación de resolver sobre la petición que éste le hace. En tal sentido, inmediatamente que recibe la consignación dicta un auto de radicación, también llamado auto de cabeza de proceso, que es la primera resolución emitida por el juez, entablándose la relación procesal entre el Ministerio Público como órgano acusador, el inculpado como sujeto a quien se le imputa un hecho delictivo y el juez encargado de conocer y resolver la cuestión litigiosa planteada.¹⁸

Los efectos del auto de radicación, a decir de Jorge Alberto Silva Silva son:

¹⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit., p. 360.

- a) Prevenir la competencia a favor del juez ante el cual se promueve la acción penal.
- b) Dar inicio a la actividad judicial, por tratarse del primer acto del juez para resolver la cuestión litigiosa planteada.
- c) El reconocimiento de parte al Ministerio Público en el proceso penal.
- d) Impedir la prosecución de un proceso por la llamada *actio calumniae*, hasta que el proceso concluya.¹⁹

Aparte de los efectos anteriores, el auto de radicación acarrea otros, que varían dependiendo si la consignación es con o sin detenido.

1. *Consignación sin detenido.* En esta hipótesis, el auto de radicación provoca que el juez examine si la consignación ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 16 constitucional: acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado. En caso de ser así y se trata de un delito que amerita pena privativa de libertad, girará la orden de aprehensión en contra del probable responsable; y si únicamente al delito corresponde pena alternativa se libraré la orden de comparecencia.

2. *Consignación con detenido.* En este caso el juez determinará si la detención es legal por satisfacerse los requisitos establecidos por el artículo 16 constitucional, en cuyo caso ratificará la misma y comenzará a correr el plazo de setenta y dos horas a que alude el artículo 19 constitucional, o su duplicación en los casos en que lo solicite el inculcado, practicándose las diligencias necesarias que de acuerdo con el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México se requieren para resolver la situación jurídica del inculcado.

¹⁹ SILVA SILVA, Jorge Alberto, Op. cit., pp. 295-296.

De no satisfacerse los requisitos del artículo 16 de la Carta Magna, el juez procederá a dejar en inmediata libertad al detenido con las reservas de ley.

Por tanto, podemos concluir que el auto de radicación adquiere una importancia capital en razón de constituir el primer paso procesal para determinar el inicio del proceso penal y dar pauta a la autoridad a resolver la situación jurídica de quienes son puestos a su disposición.

Después de lo dicho, estamos en posibilidad de afirmar que el momento procedimental a partir del cual el inculcado puede solicitar la libertad provisional bajo caución es desde el momento en que sea puesto a disposición del juez, ya sea en el momento en que se dicte el auto de radicación por tratarse de una consignación con detenido, o cuando formule su declaración preparatoria después de haber sido aprehendido, o incluso en cualquier momento del proceso en que lo solicite.

1.2.4. SUJETOS FACULTADOS PARA SOLICITARLA.

Las personas que pueden solicitar la libertad provisional bajo caución son el inculcado, ya sea por él mismo, o por conducto de su abogado defensor. Sin embargo, ni en la Constitución ni en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México existe limitación alguna para que la solicite cualquier otra persona, por lo que cualquier oposición al respecto por parte del juzgador es contrario al espíritu de la Ley Fundamental.

1.2.5. FORMA DE SOLICITARLA.

Ni la Constitución, ni el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México exigen una formalidad para solicitar la libertad provisional

bajo caución, por lo que el inculpado o su defensor pueden solicitarla de manera oral (verbigracia: cuando rinda su declaración preparatoria) o escrita, mediante una promoción. En todo caso, tal pedimento debe hacerse en forma clara, señalándose la naturaleza de la garantía que se vaya a otorgar: depósito en efectivo, fianza prenda, hipoteca o fideicomiso.

1.2.6. ELEMENTOS QUE DEBEN TOMARSE EN CUENTA PARA CONCEDERLA.

El artículo 39 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México prevé los requisitos que debe satisfacer el inculpado para que se le otorgue la libertad provisional bajo caución, los que enseguida se analizan:

- I. *Que garantice el monto estimado de la reparación del daño. Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, se observarán las disposiciones del Código Penal.* El Capítulo III de la presente investigación lo dedicaremos al estudio de la reparación del daño. Por el momento baste decir que constituye una de las sanciones que impone el juez al responsable de un delito, en favor del ofendido o víctima del mismo. Su importancia radica en tratar de resarcir, en alguna medida, los daños o menoscabos ocasionados a la persona que resiente, en forma directa o indirecta, la lesión a los bienes jurídicos tutelados por la norma penal.

Guillermo Colín Sánchez la define como “un derecho subjetivo del ofendido y la víctima del delito, para ser resarcidos de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal”.²⁰

²⁰ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit., p. 723.

De tal guisa, si el procesado aspira a obtener la libertad provisional bajo caución, debe garantizar el monto estimado de la reparación del daño, el cual comprende, *grosso modo*, el resarcimiento de los daños materiales y morales y el perjuicio causado a la víctima u ofendidos por el delito.

En el caso de lesiones y homicidio, cuando se carezcan de pruebas concretas para valorar el daño causado, los jueces tomarán como base el doble de la tabulación de indemnizaciones que establece la Ley Federal del Trabajo y el salario mínimo más alto del país; y si estos delitos se cometen por la conducción de vehículos de transporte público, el monto de la reparación del daño será por el triple.

II. Que garantice las sanciones pecuniarias, fijándose al efecto el medio aritmético que le corresponda al delito. La sanción pecuniaria es la multa señalada para cada delito, la cual se tomará en cuenta en una mitad para los efectos señalados.

III. Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo que la ley establece en razón del proceso. Dichas obligaciones son, por ejemplo, la de presentarse ante el juez cuantas veces se lo requiera; informar todos los cambios de domicilio que haga, etcétera, los cuales estudiaremos más adelante.

IV. Que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves por la ley penal. Anteriormente se enumeraron los delitos graves, por lo que resulta innecesario volver a hacerlo. Lo que cabe aclarar es que, aún tratándose de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez puede negar la libertad provisional en dos supuestos:

- Cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave. En este caso, debe existir una sentencia ejecutoriada en que se le haya declarado culpable de tal ilícito penal.
- Cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez demostrativos de que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias o características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o la sociedad.

La garantía para cumplir con el requisito exigido en la fracción I será siempre mediante depósito en efectivo, mientras que las otras podrán ser además mediante fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.

El monto de la caución que garantice la libertad provisional del inculpado será fijada por el juez atendiendo a varios elementos determinados en el artículo 324 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, que son:

- I. *Los antecedentes del inculpado;*
- II. *La gravedad y circunstancias del delito imputado.*
- III. *La gravedad y circunstancias del delito imputado; el mayor o menor interés que pueda tener el inculpado en sustraerse a la acción de la justicia;*
- IV. *Sus condiciones económicas.*
- V. *La naturaleza de la garantía que se fije; y*
- VI. *La satisfacción previa de la garantía del monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que puedan imponerse.*

1.2.7. OBLIGACIONES QUE CONTRAE EL PROCESADO.

La libertad provisional bajo caución no puede concederla el juez sin condicionarla al cumplimiento de ciertos deberes a cargo del procesado, los cuales se le harán saber en la notificación del auto que le conceda la libertad, estando previstos en el artículo 333 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, a saber:

I. Presentarse ante él los días fijados que estime conveniente señalarle y cuantas veces sea citado o requerido para ello”.

II. Comunicar los cambios de domicilio que tuviere. Consideramos que el vocablo *domicilio* empleado en esta fracción debemos entenderlo no únicamente el hogar en donde vive con su familia el procesado, sino aquél lugar en el que efectivamente se encuentre, que puede ser su domicilio legal (en el que ejerce sus derechos y cumple con sus obligaciones), su centro de trabajo o el lugar convencional en que se encuentre.

III. No ausentarse del lugar sin su permiso, el que no se le podrá conceder por tiempo mayor de un mes. Esta fracción implica que el procesado no puede ausentarse del lugar de su residencia sin permiso del juez; dicho permiso no puede exceder de un mes, porque de exceder puede existir un peligro real que se esconda.

En resumidas cuentas, los requisitos anteriores están encaminados a evitar que el procesado se esconda, evadiendo la acción de la justicia.

1.2.8. CAUSAS DE REVOCACIÓN.

El artículo 334 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México contempla diversos supuestos en los cuales se revoca la libertad caucional concedida al procesado, a saber:

I. Cuando desobedezca sin justa causa y comprobada, las órdenes legítimas del órgano jurisdiccional del conocimiento, previa garantía de audiencia sobre ese particular. Esta causa de revocación implica tres aspectos: un desacatamiento, injustificado e indubitable; respecto de órdenes apegadas a la ley por parte del órgano jurisdiccional que conoce del proceso; y dar la oportunidad al procesado de ser oído para que manifieste lo que a su derecho convenga, con lo cual se cumple la garantía de audiencia prevista en el artículo 14 constitucional.

II. Cuando antes de que la causa en que se le concedió la libertad esté concluida por sentencia ejecutoria, cometa un nuevo delito que merezca pena privativa de libertad. La sentencia ejecutoria es aquella que ya no puede ser modificada en su sentido por ningún medio de impugnación ordinario o extraordinario. O como lo dice Fernando Arilla Bas, “existe la cosa juzgada cuando la sentencia causa ejecutoria, es decir, adquiere aptitud para ser ejecutada”.²¹ De acuerdo al artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, son irrevocables y causan sentencia:

I. Las sentencias pronunciadas en primera instancia cuando se hayan consentido expresamente o cuando concluido el término que la ley señala para interponer algún recurso, no se hubiere interpuesto, con excepción de los casos de revisión forzosa;

²¹ ARILLA BAS, Fernando, Op. Cit., p. 189.

- II. *Las sentencias contra las cuales no proceda recurso alguno; y*
- III. *Las sentencias que, habiendo sido impugnadas, haya desistimiento del recurso o se declare desierto el mismo.*

Luego entonces, incurrirá en esta causa de revocación de la libertad provisional el inculpado que cometa un delito que tenga prevista una pena de prisión, antes de que se dicte sentencia que haya causado estado en el proceso penal en que se le otorgó aquella.

III. Cuando amenazare al ofendido o a algún testigo de los que hayan depuesto o tengan que deponer en su causa, trate de sobornar a alguno de éstos, o cohechar a cualquier servidor público del órgano jurisdiccional o agente del Ministerio Público que intervengan en el caso. Este supuesto de revocación se regula en virtud de que se trata de impedir que el procesado:

- Intimide con causar daño en la persona o bienes del ofendido, es decir, de la que presumiblemente causó lesión a los bienes jurídicos tutelados por el orden penal, o a los testigos; o las trate de sobornar o corromper, con el fin de que declaren o atestigüen a favor de aquél.
- Intente cohechar al juez de la causa o al Ministerio Público que funge como órgano acusador. El cohecho es un delito previsto por el artículo 128 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México el cual establece que lo comete “*el particular que ofrezca, prometa o entregue dinero o cualquier dádiva, a algún servidor público para que realice u omita un acto, o actos lícitos o ilícitos relacionados con sus funciones*”.

IV. Cuando lo solicite el mismo inculcado y se presente al órgano jurisdiccional competente. En este caso es el consentimiento del procesado de que le sea revocada la libertad provisional, teniendo la obligación de presentarse ante el juzgador.

V. Cuando durante la instrucción aparezca que el delito o los delitos materia del auto de formal prisión son de los considerados como graves. La Instrucción es la fase del procedimiento penal, que comprende el término constitucional de 72 horas, en que se fija la materia del proceso, el procedimiento sumario u ordinario y la etapa probatoria. Los delitos graves son los previstos en el artículo 9 del Código Penal para el Estado de México,

VI. Cuando en el proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia. En este supuesto, se revoca la libertad provisional bajo caución puesto que, en la sentencia que causó estado se declaró inocente al procesado, se le tiene que devolver la caución dada, quedando en absoluta libertad; por el contrario, si la sentencia ejecutoriada declara la culpabilidad del procesado, se le privará de su libertad, para que purgue la pena en prisión.

VI. Cuando el inculcado no cumpla con una de las obligaciones a que se refiere el artículo 333 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México. Tomando en cuenta que la libertad provisional bajo caución está condicionada a que el procesado cumpla con los deberes que le impone el juez, a los cuales nos hemos referido, de no hacerlo, se entiende que se le revocará tal beneficio.

Quando sea un tercero el que haya garantizado la libertad del inculcado por medio de depósito en efectivo, de fianza o de hipoteca, aquella se

revocará en los casos previstos en el artículo 335 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, a saber:

- En los casos contemplados en el artículo 334 que ya se ha explicado;
- Cuando el tercero pida que se le releve de tal obligación y presente al inculpado;
- Cuando se demuestre la insolvencia del fiador. El fiador es la persona que cumple una obligación por cuenta de otro, para el caso que éste no lo haga. Por lo que cuando carece de bienes para responder por las obligaciones contraídas, debe revocarse la libertad provisional, puesto que no se encuentran garantizadas las mismas.

Uno de los efectos de la revocación de la libertad bajo caución será ordenar el juez la reaprehensión del inculpado y salvo los casos previstos en las fracciones IV, V y VI del artículo 334 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, la garantía relativa a la reparación del daño se hará efectiva a favor de la víctima o del ofendido; las cauciones que garanticen las sanciones pecuniarias y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del proceso se harán efectivas a favor de la procuración y administración de justicia.

1.3. FORMAS EN LAS QUE PUEDE SER OTORGADA LA GARANTÍA PROVISIONAL.

Son varias las formas en que el inculpado puede otorgar garantía para obtener su libertad provisional; de ahí el que hayamos dicho que la caución es un género y las especies son las que a continuación se explican, las cuales tienen como característica común ser contratos a través de los cuales se garantiza el

cumplimiento de obligaciones, que en el caso que nos ocupa son para garantizar la reparación del daño e impedir que se sustraiga a la acción de la justicia.

1.3.1. FIANZA.

Según el artículo 328 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, si se ofrece fianza personal por cantidad menor del equivalente a 25 días el salario mínimo general vigente en la zona, será responsabilidad del juez apreciar la solvencia o idoneidad del fiador, para que la garantía no resulta ficticia. Y cuando exceda de dicho monto, se regirá por lo que disponga el Código Civil para el Estado de México con la salvedad de que, tratándose de instituciones de crédito, no será necesario que éstos tengan bienes raíces inscritos en el Registro Público de la Propiedad (artículo 329).

Consideramos anacrónico el primer precepto, pues resulta absurdo pensar que una fianza de mil pesos será suficiente para que el procesado garantice la reparación del daño, la sanción pecuniaria y las obligaciones que le impone el juez. Consecuentemente, debiera reformarse tal precepto en el sentido que todas las fianzas que se otorguen deberán tramitarse en la forma prevista por el Código Civil para el Estado de México.

Los bienes inmuebles de los fiadores deben tener por lo menos, un valor de tres veces mayor al monto de la caución fijada, para evitar que la misma sea insuficiente para garantizar todas las obligaciones a cargo del procesado.

El fiador, salvo que sea una institución de fianzas legalmente constituida, declarará ante el tribunal, bajo protesta de decir verdad, si ha otorgado con anterioridad otra fianza, y en su caso, la cuantía y circunstancias de la misma, a efecto de tomarla en cuenta al calificar su solvencia. Asimismo, se le

hará saber que las órdenes para que comparezca el procesado se entenderán con el fiador. Si no puede presentarlo, el órgano jurisdiccional podrá otorgarle un plazo hasta de treinta días naturales, sin perjuicio de librar la orden de aprehensión si lo considera pertinente. Transcurrido dicho término sin obtener la comparecencia del inculpado, se ordenará su reaprehensión y se hará efectiva la garantía.

1.3.2. PRENDA.

Bernardo Pérez Fernández señala que la prenda “es un contrato por virtud del cual se constituye un derecho real sobre un bien mueble enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago”.²²

El artículo 2708 del Código Civil para Estado de México define a la prenda como “*un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago*”.

Discerniendo la definición legal, colegimos lo siguiente:

1) Es un *derecho real*, esto es, “un poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial, siendo este poder jurídico oponible a terceros”.²³

Tal *derecho real* conlleva los siguientes elementos:

²² PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos Civiles*, 6ª ed., Porrúa, México, 1999, p. 339.

²³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Sexto, Vol. II, 6ª ed., Porrúa, México, 1997, p. 90.

- La existencia de un poder jurídico de usar, disfrutar y disponer de la cosa; esto es, el acreedor prendario adquiere los derechos inherentes a un propietario sobre el bien garantizado.
- Existe una relación jurídica directa e inmediata entre el titular y la cosa.
- Es un derecho oponible a terceros. Como todo derecho real, la *prenda* es un derecho *erga omnes*, esto es, se hace valer contra cualquier persona, a diferencia, por ejemplo, del derecho personal, que nada más es con relación al deudor.

2) La prenda se constituye sobre un *bien mueble enajenable*. Un *bien*, desde el punto de vista jurídico, es “todo aquello que puede ser objeto de apropiación”.²⁴ En tanto que un *bien mueble* es, en términos generales, aquellos objetos que “pueden trasladarse de un lugar a otro, ya sea por sí mismos, como los animales, semovientes, o por efecto de una fuerza exterior”.²⁵

Ahora bien, para que tales bienes muebles puedan darse en prenda, es menester que puedan ser objeto de apropiación, lo cual acontece con todas las cosas que no están excluidas del comercio, las que por su naturaleza son aquellas que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.

3) La finalidad de la prenda es garantizar el cumplimiento de una obligación. Esto es, de las relaciones jurídicas entabladas entre las personas, surgen derechos y deberes recíprocos; en el caso de éstos últimos se da lo que se conoce como *obligación* que, a decir de Carlos Sepúlveda Sandoval, es la

²⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Tercero, 8ª ed., Porrúa, México, 1995, p. 269.

²⁵ *Ibidem*.

"situación jurídica de sujeción o sometimiento por el cual una persona, denominada deudor, se encuentra constreñida o compelida a ejecutar en favor de otra, denominada acreedor, una prestación o una abstención de carácter patrimonial".²⁶

Consecuentemente, cuando las partes convienen en constituir una prenda sobre determinado objeto, que quede en posesión acreedor prendario, lo hacen con el fin de que la parte deudora cumpla, en tiempo y forma, con la prestación a su cargo de dar, hacer o no hacer, a favor del acreedor. Resulta indiscutible que con el cúmulo de relaciones económicas que actualmente se realizan la *prenda* constituye un instrumento valioso que otorga una mayor certeza jurídica a todos los que intervienen en las actividades comerciales.

4) Otorga un derecho de *preferencia* consistente en que "el acreedor prendario tiene preferencia frente a cualquier otro acreedor, para que se le pague con el producto de la venta de la cosa dada en prenda".²⁷ Sin duda, esta potestad establecida a favor del acreedor prendario garantiza de mejor manera los intereses del acreedor prendario.

Puesto que el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México no establece ninguna regla cuando la prenda es la forma de garantizar la libertad provisional bajo caución, consideramos que deben aplicarse las disposiciones del Código Civil para el Estado de México.

²⁶ SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos, De los derechos personales, de crédito u obligaciones, Porrúa, México, 1996, p. 31.

²⁷ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Op. Cit.*, p. 339.

1.3.3. HIPOTECA.

La hipoteca es, según el artículo 2745 del Código Civil para el Estado de México, *“un derecho real constituido sobre bienes que no se entregan al acreedor y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley”*.

Las características esenciales de la hipoteca son, en general, las mismas que las de la prenda, excepto por algunas diferencias básicas como son:

- Recae sobre bienes inmuebles que no se entregan al acreedor, sino que lo facultan para cobrar su crédito de la venta de los mismos.
- Otorga un derecho de preferencia en el cobro, previsto por el propio Código Civil.

Para efectos de garantía para la libertad provisional, el inmueble hipotecado no deberá reportar gravamen alguno, esto es, *“ninguna carga, impuesto, servidumbre y obligación que pese sobre dicho objeto”*,²⁸ de veinte años a la fecha y su valor catastral deberá ser cuando menos, de tres veces el monto de la suma fijada como caución, debiendo estar al corriente en el pago de sus contribuciones.

1.3.4. DEPÓSITO EN EFECTIVO.

Esta es una de las formas más empleadas para otorgar caución, consistente en la entrega de dinero en efectivo que hace el inculpaado o un tercero al Ministerio Público (en la Averiguación Previa) o al órgano jurisdiccional (en el

²⁸ Cfr. *Diccionario Jurídico Espasa*, Op. Cit., p. 460.

proceso), tomándose razón de ella en autos, mandándose depositar en el lugar que determine el Procurador General de Justicia del Estado de México o el Consejo de la Judicatura del Tribunal Superior de Justicia, dependiendo si se está en la fase indagatoria o en el proceso penal.

En la práctica, el depósito de dinero tiene una ventaja, referida a que si al inculcado se le absuelve en la sentencia ejecutoriada del delito por el cual se le procesó, el Ministerio Público o el juez tienen la obligación de ordenar se les reembolse la suma íntegra, a diferencia, por ejemplo, de la fianza, en la cual el fiado tiene que pagar el costo de la póliza de fianza.

1.3.5. FIDEICOMISO.

La ley de Títulos y Operaciones de Crédito al definir en su artículo 346 lo que es el *fideicomiso*, estableciendo que: “*En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria*”.

Para el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez el *fideicomiso* “es un negocio jurídico indirecto y fiduciario en virtud del cual la institución fiduciaria adquiere la propiedad de ciertos bienes que le transmite el fideicomitente, con obligación de dedicarlos a un fin convenido”.²⁹

Con las definiciones anteriores basta para comprender que el fideicomiso es un contrato mercantil (porque el Código de Comercio la regula como una operación de crédito), por el cual el fideicomitente encarga a una

²⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, Derecho Mercantil, Tomo II, 23ª ed., Porrúa, México, 1998, p. 112.

institución fiduciaria la realización de un fin determinado, a cuyo efecto le da en propiedad ciertos bienes.

Las principales características del fideicomiso, son, a decir de Carlos Dávalos, las siguientes:

- “Afectación de parte de un patrimonio a la realización de un fin.
- Fin que deberá ser lícito (sic) y en todo caso determinado.
- Realización del fin no queda a cargo de aquél que se desprendió de ciertos bienes, sino a cargo de una institución fiduciaria exclusivamente.
- Realización de tal fin podrá o no tener un destinatario específico, el cual en la materia se denomina fideicomisario”.³⁰

En torno a la forma en que funciona el fideicomiso, explicamos la mecánica en los términos siguientes:

1. El fideicomitente se desprende de una parte de su patrimonio, destinándolo a un fin determinado, que debe ser lícito y físicamente posible.

2. Dicho patrimonio (puede comprender todos los derechos y bienes del fideicomitente, salvo los personales), desprendido del fideicomitente, se transmite en propiedad a la institución fiduciaria, que de acuerdo a la Ley de Instituciones de Crédito únicamente puede ser una institución bancaria, a efecto de que ésta se encargue de cumplir el fin del fideicomiso.

³⁰ Ibidem, p. 426.

3. La fiduciaria no sólo es titular del patrimonio transmitido por el fideicomitente, sino de los derechos y obligaciones necesarios para cumplir el fin del fideicomiso.

4. Por lo general, la persona que se beneficia por la realización del fin del fideicomiso es el fideicomisario, el cual puede ser indeterminado al momento de constituirse aquél. Dicha persona puede exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento del fin del fideicomiso, por ser la beneficiaria.

5. Una vez que se ha cumplido el fin del fideicomiso, las cosas vuelven al estado que tenían antes de constituirse el fideicomiso, salvo que fuera de transmisión de la propiedad.

El fideicomiso, aún cuando únicamente el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México lo señala, mas no lo regula en forma amplia, hemos de decir que su funcionamiento consistiría en que el procesado o un tercero (fideicomitente) le darían ciertos bienes a una institución de crédito (fiduciaria) para que ésta cumpliera un fin concreto, que sería otorgar la caución en favor de las víctimas u ofendidos por el delito (fideicomisarios).

Hay que reconocer que en la práctica muy difícilmente los procesados recurren a esta vía para otorgar caución, pues presenta diversas dificultades, no sólo en cuanto a tiempo, sino también al costo.

II. ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL. GARANTÍAS DEL PROCESADO DURANTE EL PROCEDIMIENTO PENAL.

El hecho de que a una persona se le considere como probable responsable de una conducta tipificada por la ley penal como delito no implica que su procesamiento o juzgamiento para demostrar su culpabilidad o inocencia deba hacerse violando sus derechos constitucionales; por el contrario, para garantizar que la sentencia que en su momento dicte el juez será conforme a la letra de la ley y de la justicia, es por lo que nuestra Carta Magna, en su artículo 20 constitucional, inciso A, contempla un conjunto de garantías de los inculcados o procesados en todo el procedimiento penal, no únicamente en el proceso propiamente dicho, sino desde la Averiguación Previa, por las cuales se trata de que se cumpla el principio "*ser oído y vencido en juicio*".

De tal guisa, al encontrarse el artículo 20 en la parte dogmática de la Constitución, que consagra las garantías individuales, es que se trata de una garantía de seguridad jurídica para el inculcado la cual debe ser respetada por la autoridad investigadora y jurisdiccional, *so pena*, para el caso de no hacerlo, de violar aquella y ser impugnada mediante el Juicio de Amparo.

Así, el artículo 20 constitucional constituye una muestra clara de que en los gobiernos republicanos y democráticos como el nuestro, en donde existe un Estado de Derecho, que implica que tanto gobernantes y gobernados tienen que actuar dentro del marco de la ley; en el que el Estado reconoce y protege los derechos fundamentales del hombre, como la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad, y que las propias autoridades deben respetarlas; las personas sujetas a un procedimiento penal son tuteladas por el orden constitucional, a efecto de no sufrir arbitrariedades.

En este marco, lo que justifica el desarrollo del presente capítulo es ubicar los derechos de los procesados penalmente en la Constitución, con el objeto de entender que se trata de una garantía individual de seguridad, con todo lo que ello implica.

2.1 CONCEPTO DE PROCESADO.

En la comisión de un hecho delictivo concurren dos sujetos diametralmente opuestos, no sólo respecto a su situación jurídica, sino a la forma en que lo afecta el hecho delictivo:

- a) *Activo*, también conocido como "ofensor" o "agente", que es aquella persona que lo comete o participa en su ejecución;³¹ y
- b) *Pasivo*, que a decir de Eduardo López Betancourt, se divide en dos tipos: la víctima, que "es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro",³² y el ofendido, que es "quien resiente directamente la realización del delito".³³

Tratándose del sujeto activo, al que únicamente nos interesa referirnos, legal y doctrinalmente recibe diversas denominaciones, dependiendo de la fase del procedimiento penal de que se trate, pues el que a una persona se le impute un delito no significa que desde un principio, necesariamente deba considerársele culpable. Por ello, aunque no sólo pretendemos definir lo que es *procesado*, conviene apuntar que el *indiciado* es la persona a la cual se le imputa un hecho delictivo en la denuncia o querrela presentada, respecto de la cual sólo existen

³¹ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, Derecho Penal Mexicano. Parte General, 18ª ed., Porrúa, México, 1995, p. 263.

³² LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Delitos en Particular, Tomo II, 3ª ed., Porrúa, México, 1997, p. 258.

³³ *Idem*.

algunos datos remotos que lo hacen presumir responsable de cometer un delito; *inculpado* es la persona contra la cual el Ministerio Público ejercita la acción penal por considerar que existen datos para acreditar su probable responsabilidad en los hechos delictuosos y comprobar el cuerpo del delito; *formalmente preso* a quien el juez ha dictado un auto de término constitucional en tal sentido; *sentenciado*, la persona a la cual ya se le ha dictado una resolución definitiva, resolviendo en definitiva sobre la *litis*, sea en sentido condenatorio o absolutorio; y *reo* quien se encuentra purgando una condena.

En el caso del *procesado*, Guillermo Colín Sánchez afirma que “concluido el período de averiguación previa, si se ejercita la acción penal, dictado el auto de radicación, adquiere el nombre de procesado”.³⁴ No compartimos el punto de vista de este autor, porque ello equivaldría a considerar que el proceso penal inicia desde el momento en el cual el inculpado queda a disposición del juzgador, lo cual es falso, pues precisamente el término de 72 horas (o su duplicación) con que cuenta el juez para resolver la situación jurídica del indiciado, la Constitución lo prevé para que éste confirme lo resuelto por el Ministerio Público en el pliego de consignación, de lo cual se desprende que hasta en tanto no se agota dicho término, no existe la certeza de que se vaya a iniciar a dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y por consiguiente, se inicie el proceso penal propiamente dicho. Por tales argumentaciones no somos partícipes de la opinión de este prestigiado jurista.

En mi opinión, el *procesado* es la persona a la cual se le sigue un proceso penal por el delito o delitos que aparecen en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, en virtud de existir elementos que hacen presumir, fundadamente su responsabilidad penal por su comisión. En nuestra definición

³⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit., p. 225.

estamos haciendo mención del momento del procedimiento penal en el cual se le reputa como tal y las razones de ello.

2.2. CONCEPTO DE GARANTÍA.

Etimológicamente, el vocablo *garantía* “proviene del término anglosajón “warranty” o “warantie”, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o 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”.³⁵

Gramaticalmente, la acepción *garantía* quiere decir, según Ramón García Pelayo y Gross: “responsabilidad asumida por un contratante. Fianza, Prenda. Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad. Derechos que garantiza la Constitución a los individuos de un Estado...”.³⁶ También en esta definición se destaca el sentido de aseguramiento y protección de la garantía.

El concepto *garantía*, jurídicamente hablando, surge en el Derecho privado teniendo el sentido de salvaguardar o garantizar. En el Derecho público, la acepción *garantía* y el verbo *garantizar* son creaciones institucionales del pueblo francés, merced al movimiento revolucionario de 1789, gestado para derrocar al gobierno tiránico, el cual sirvió de inspiración a los países del orbe para incluirlas en su sistema jurídico en el siglo XIX.

³⁵ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 29ª ed., Porrúa, México, 1997, p. 161

³⁶ GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón, Op. Cit., p. 495.

En opinión del Dr. Ignacio Burgoa, el concepto *garantía* en Derecho público significa “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 pre-establecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional”.³⁷

En mi opinión, el concepto de *garantía*, trasladándolo al campo jurídico, denota los mecanismos para salvaguardar o proteger algo, que puede ser la Constitución, los deberes que impone la ley o las relaciones establecidas entre los particulares. A título de ejemplo, diré que la forma de garantizar la protección de los derechos públicos subjetivos es a través del Juicio de Amparo, el cual anula cualquier acto de autoridad que los afecta en contravención de la Constitución o de cualquier ley.

2.3. LA LIBERTAD COMO GARANTÍA INDIVIDUAL.

Para el adecuado estudio del presente tema, consideramos prudente hacer algunas reflexiones en torno a lo que son las garantías individuales *in genere* y la función que cumplen frente a los actos de poder, para luego explicar lo que conlleva la libertad como tal.

En la doctrina no existe una aceptación total respecto a la denominación de garantía individual, ya que algunos autores como Felipe Tena Ramírez estiman que es más apropiado llamarlos *derechos individuales*, argumentando que una cosa son los derechos de que gozan los individuos y otra

³⁷ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Op. Cit., p. 162.

la garantía de los mismos, que reside en el Juicio de Amparo.³⁸ Otros tratadistas como Luis Moral Padilla se refiere a los derechos subjetivos públicos, incluyendo en estos tanto a las garantías individuales, como a las garantías sociales.³⁹ Por su parte, Jorge Sayeg Helú piensa que debe sustituirse la expresión *garantías individuales* por la de *garantías constitucionales*, puesto que en la parte dogmática de la Constitución se ubican no sólo derechos individuales, sino también algunos de carácter social.⁴⁰

Por nuestra parte, somos de la opinión que lo más importante no es la denominación que se otorgue a las garantías individuales, sino la trascendente finalidad que persiguen como freno a la arbitrariedad con que se ha conducido el Estado. Mediante el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales del gobernado, oponibles a la autoridad, se garantiza un verdadero Estado de Derecho. Así también, nos inclinamos por el empleo de la expresión *derechos del gobernado*, ya que compartimos el punto de vista de quienes piensan que la palabra *garantía* implica una salvaguarda o protección de algo, en este caso de los derechos del gobernado, que en nuestro sistema jurídico se realiza a través de la institución del Juicio de Amparo; por lo tanto, es distinto al derecho protegido.

Asimismo, estimamos impropio hablar de *individuales*, dado que se estaría tomando en cuenta únicamente a las personas físicas, excluyendo a las personas morales (jurídico-colectivas) quienes por el hecho de estar sometidas al Estado también cuentan con protección jurídica. Por lo tanto, al emplearse la expresión *derechos del gobernado* estaríamos abarcando a las personas físicas y

³⁸ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 30ª ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1995, p. 21.

³⁹ MORAL PADILLA, Luis, *Notas de Derecho Constitucional y Administrativo*, 1ª ed., Ed. McGraw Hill, México, 1997, p. 80.

⁴⁰ SAYEG HELÚ, Jorge, *Instituciones de Derecho Constitucional Mexicano*, 1ª ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1987, p. 140.

morales, sujetas al régimen jurídico, las cuales cuentan con derechos que deben respetar el Estado; no obstante estas consideraciones y solo para efectos de la presente investigación, juzgamos más práctico emplear la denominación de *garantías individuales* utilizada por nuestra Ley Fundamental.

Dicho lo anterior, a continuación exponemos y comentamos algunos conceptos importantes vertidos por connotados juristas en relación a la definición de *garantías individuales*.

En primer término, Luis Moral Padilla concibe a las garantías individuales “... como el conjunto de normas jurídicas que impone deberes y a la vez otorga facultades a todo individuo, y que el Estado concede como garantía mínima para frenar el abuso del poder estatal; o como el conjunto de derechos fundamentales que tiene el individuo por el solo hecho de ser humano, y que le sirven para hacerlos valer frente al Estado, frenando con ellos el abuso del poder estatal”.⁴¹

Resulta interesante la opinión de este tratadista, ya que debe recordarse que las garantías individuales no implican únicamente el otorgamiento y protección de derechos mínimos del gobernado, sino también de las correspondientes obligaciones. Además, el objeto de las garantías individuales podemos verlo desde una doble perspectiva: por una parte, como una barrera oponible por los gobernados al poder estatal y así evitar actos arbitrarios e ilegales, que afecten su esfera jurídica; y por otra, como una serie de derechos mínimos del gobernado frente al Estado, quien tiene la obligación de respetarlos y no vulnerarlos, *so pena* de tornar ilegal su proceder.

⁴¹ MORAL PADILLA, Luis, Op. cit., p. 79.

Ignacio Burgoa define a las garantías individuales como la “consagración jurídico-positiva de esos elementos (derechos del hombre), en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo”.⁴²

De la opinión del citado jurista, colegimos que mientras no sean reconocidos los derechos fundamentales del hombre por la Constitución, el Estado no tiene obligación de respetarlos, ni los gobernados de reclamar su violación. Y en esto radica precisamente la gran diferencia entre la libertad vista como un derecho humano y como una garantía individual, ya que desde la primer perspectiva carece de importancia que el Estado haga tal reconocimiento para que la libertad exista como atributo inherente al ser humano, siendo que desde la segunda se hace menester que el orden estatal la consagre como tal.

Alberto del Castillo del Valle opina que las garantías del gobernado son “... el medio jurídico de aseguramiento o de salvaguarda del ejercicio de los derechos reconocidos al gobernado en la Constitución y de los cuales es el titular frente al poder público, quien tiene obligación de respetar el libre ejercicio de los mismos”.⁴³

Para este autor las garantías del gobernado no son los derechos del hombre previstos en la Carta Magna y oponibles al poder público, sino el "medio" a través del cual pueden asegurarse o garantizarse los mismos, en cuyo caso se trata del juicio de amparo previsto por los artículos 103 y 107 constitucionales.

⁴² BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, Op. cit., p. 187.

⁴³ CASTILLO DEL VALLE, Alberto del, Op. cit., p. 68.

Tomando en cuenta las opiniones esgrimidas por los citados juristas podemos definir a las *garantías individuales* como un conjunto de derechos fundamentales de los gobernados oponibles al Estado, quien tiene la obligación de respetarlos y hacerlos respetar; con esto se logra frenar la actuación arbitraria e ilegal de los órganos estatales.

Una vez que hemos definido lo que son las garantías individuales, nos corresponde explicar su importancia frente a los actos de poder. Para tal efecto, debemos partir de la base que las relaciones entre gobernantes y gobernados se dan dentro de una organización jurídica y política de la sociedad denominada Estado, la cual surge por una ficción legal, por voluntad del pueblo, como un medio para la consecución de sus fines que como colectividad se traza.

El Estado se convierte así en un depositario de la soberanía, la cual reside esencial y originariamente en el pueblo, de conformidad con lo ordenado por el artículo 39 de la Constitución; sin embargo, aunque aquella implica una autoridad suprema, es decir, que no existe un poder superior al Estado, hemos de decir que ello no significa que éste actúe con toda impunidad, cometiendo arbitrariedades. Por el contrario, en los tiempos modernos es dable afirmar la existencia de un Estado de Derecho, caracterizado por la sumisión que tanto gobernantes como gobernados tienen frente a la ley, ya que como lo apunta Luis Recasens, es "característico del derecho el constituir una ordenación regular, estable (en tanto que no sea suprimida), inviolable, que mientras rige, ata por igual al súbdito y al poder. Cuando sucede así, se dice que se vive bajo un estado de derecho".⁴⁴

⁴⁴ RECASENS SICHES, Luis, Introducción al Estudio del Derecho, 1ª ed., Porrúa, México, 1979, p. 109.

Es decir, el Estado de Derecho representa la organización social y política de una comunidad en que impera la voluntad de la ley (no de los hombres), y a la cual tienen que ceñir su conducta tanto gobernantes como gobernados.

Por tanto, en un Estado de Derecho como el nuestro, los órganos del Estado tienen que actuar en el marco de la legalidad, de acuerdo a las atribuciones y facultades establecidas en la ley, sin contravenirlas, ni ir más allá, so pena de tornar ilegal y arbitraria su actuación.

Ahora bien, siendo las garantías individuales los derechos públicos subjetivos de los gobernados, reconocidos por el Estado, resulta que todos los órganos estatales tienen la obligación de respetarlos y hacerlos respetar contra todo acto que los viole. Es decir, las garantías individuales constituyen un freno a la actuación del Estado, la cual no puede pasarlos por alto, porque se tornaría arbitraria e ilegal su actuación.

Como lo comenta el Dr. Ignacio Burgoa, "son los derechos públicos individuales los factores o elementos en que se concreta la autolimitación popular, al reputarlos como diques u obstáculos a la actuación arbitraria e ilegal de los órganos autoritarios, por conducto de los cuales se desempeña la soberanía del pueblo..."⁴⁵

Consecuentemente, frente a los derechos consagrados por las garantías individuales a favor del gobernado, está el correlativo deber del Estado de salvaguardarlos. Empero, cómo esperar que la autoridad estatal actúe siempre en el marco de la legalidad y que respete siempre las garantías individuales es una

⁴⁵ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Op. Cit., p. 160.

utopía, es por la que la propia Constitución contempla el instrumento de que gozan los gobernados para hacer que se les respeten y se proteja el orden constitucional, siendo precisamente el Juicio de Amparo, el cual explicaremos más adelante.

Una vez que hemos esgrimido las anteriores consideraciones, procedemos a explicar lo que es la libertad desde dos perspectivas fundamentales: como derecho humano y como garantía individual, siendo éste último aspecto el que más nos interesa.

Etimológicamente el vocablo *libertad* "proviene del latín *libertas-atris*, que indica la condición del hombre no sujeto a esclavitud".⁴⁶

a) La libertad como derecho humano.

Mucho se ha sostenido dentro de la doctrina jurídica que el hombre posee por el solo hecho de su nacimiento y como un atributo inmanente a su ser una serie de derechos fundamentales, cuya existencia no depende del reconocimiento que de ellos haga el Estado a través de sus ordenamientos legales, puesto que son anteriores al origen mismo de este. Tales derechos fundamentales son: la vida, la igualdad, la seguridad, la justicia y, el más importante y que constituye la base de nuestro tema objeto de estudio, la libertad.

La postura mencionada en el párrafo anterior ha sido defendida por la corriente filosófica conocida como *ius naturalismo* o de los derechos naturales, la cual gira en torno a la idea de que "... el hombre tiene por su sola calidad humana y antes de toda sociedad, un cúmulo de derechos naturales independientes del

⁴⁶ ADAME GODDARD, Jorge, "Libertad", Vid. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo III: I-O, 10ª ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1997, p. 1987.

fenómeno social y anteriores a él”.⁴⁷ Por ello Rodrigo Borja expresa que “... la legitimidad de los derechos individuales no radica en que éstos hayan sido reconocidos por el Estado, sino que, al contrario, el Estado tiene legitimidad en cuanto a expresión y garantía de tales derechos”.⁴⁸

La libertad, como derecho del hombre, ha sido estudiada por diversos autores desde tiempo atrás. Para Juan Jacobo Rousseau la libertad es el derecho máspreciado y hermoso que tiene el hombre, sin el cual no podría considerársele como tal; argumenta Rousseau que “... renunciar a su libertad es renunciar a su condición de hombre... Semejante renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre; despojarse de la libertad es despojarse de moralidad”.⁴⁹

Respecto a lo que implica la libertad Alberto del Castillo del Valle vierte un comentario interesante:

“El hombre es por naturaleza un ser libre, y por su inteligencia debe ser en todo momento *el ente más libre que exista*. No es factible pensar en un ser humano que no tenga capacidad de decisión, que no tenga una voluntad propia por medio de la cual elija sus fines y los medios para lograr tales fines. No se puede hablar de hombre en toda la extensión de la palabra cuando un ser no tiene ni siquiera la facultad de actuar y desarrollar la actividad que desee, que no sea capaz de pensar y creer en lo que quiera, que no haya podido imponerse un fin determinado”.⁵⁰

⁴⁷ BORJA, Rodrigo, Derecho Político y Constitucional, 2ª ed., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 334.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ ROUSSEAU, Juan Jacobo, El Contrato Social, 3ª ed., Editores Unidos Mexicanos, México, 1984, p. 6.

⁵⁰ CASTILLO DEL VALLE, Alberto del, La Defensa Jurídica de la Constitución en México, Ed. Trillas, México, 1993, p. 62.

De la anterior opinión, inferimos que la libertad del hombre conlleva el libre arbitrio que tiene para decidir cuáles son los fines y objetivos que persigue en la vida, para aspirar a su felicidad y bienestar, al igual que los medios para su consecución; esto es, tiene el poder de decidir y de actuar. Sin embargo, tal libertad del hombre no es absoluta pues no vive solo, sino formando parte de una sociedad, y por lo mismo el Estado la limita en beneficio de los intereses de la colectividad, ya que de no hacerse así la sociedad sería un caos, pues cada quien haría lo que quisiera, sin importar los daños que pudiera ocasionar a terceros.

Las restricciones a la libertad deben ser determinadas por la ley, tener como objetivo la defensa de los intereses sociales y particulares y no ser decretadas caprichosamente por los gobernantes, ya que en tal supuesto las restricciones a la libertad serían arbitrarias y afectarían injustificadamente los derechos fundamentales e inherentes al hombre. Por eso, para Ignacio Burgoa la libertad humana consiste en “realizar trascendentalmente los fines que él mismo se forja por conducto de los medios idóneos que su arbitrio le sugiere, que es en lo que estriba su actuación externa, la cual solo debe tener las restricciones que establezca la ley en aras de un interés social o estatal o de un interés legítimo privado ajeno”.⁵¹

La libertad como derecho del hombre está sustentada en cuestiones puramente deontológicas o filosóficas, las cuales defienden la idea de que el hombre goza de libertad por su propia esencia y no por una concesión de los gobernantes o de los sistemas normativos y por lo mismo está presente como una potestad inherente al hombre de la cual no puede ser despojado, ya que se le impediría que cumpliera con los fines que justifican su ser.

⁵¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, 29ª ed., Porrúa, México, 1997, p. 307.

Ahora bien, pese a que la libertad es un derecho humano, en algunas etapas de la historia, particularmente cuando proliferaron los gobiernos tiránicos y absolutistas, se desconoció la libertad del hombre, ya que se le consideraba como esclavo y este no tenía derecho a conducirse de acuerdo a lo que pensaba o sentía. Posteriormente, la libertad como derecho humano adquiere un verdadero significado a partir de que el Estado le otorga la calidad de garantía individual.

b) La libertad como garantía individual.

Hemos dicho que el hombre, por su propia naturaleza, tiene como uno de sus derechos fundamentales la libertad, de la cual no puede ser despojado por el Estado, situación que ha sido pugnada por corrientes filosóficas y deontológicas como el *ius naturalismo*. Sin embargo, para que el hombre realmente ejercite su derecho de libertad no basta con que se afirme que es algo inherente a él, sino que es preciso que exista un reconocimiento y tutela expresa del derecho de libertad, lo cual únicamente puede acontecer cuando el Estado eleva la libertad del hombre al rango de garantía individual. Así, el derecho del hombre a la libertad adquiere el carácter de garantía individual cuando el Estado, a través de sus normas constitucionales, reconoce y tutela el mencionado derecho.

Podemos afirmar que gracias a la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* y a la implantación de verdaderos Estados de Derecho es cuando se reconoce y respeta la esfera libertaria del individuo, a partir de este momento puede afirmarse que surge la garantía individual de libertad, la cual trae consigo un derecho y una obligación correlativa. “Un derecho para el gobernado como potestad o facultad para reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto, la observancia del poder libertario individual (...) Una obligación para la entidad

política y sus órganos autoritarios, consistente en acatar, pasiva o activamente, ese respeto”.⁵²

De aquí tenemos que las garantías de libertad a decir de Luis Moral Padilla “... son las facultades mínimas que tiene el individuo para hacer u omitir lícitamente algo que no está prohibido ni ordenado por la ley”.⁵³ De este punto de vista, inferimos el principio de que todo hombre es libre para hacer todo aquello que no está prohibido por la norma. En tal sentido, no puede hablarse de gobiernos democráticos o que el poder emana del pueblo cuando el Estado no concede al gobernado las garantías de libertad.

Dentro de nuestro sistema constitucional, la libertad como garantía individual es un género que abarca varias especies de libertades, que podemos agruparlas en varias clases a saber:

- Libertades de la persona humana, que a su vez se dividen en:
físicas y espirituales;
- Libertades de la persona cívica; y
- Libertades de la persona social.⁵⁴

a) Las libertades de la persona humana.

En el aspecto físico son: libertad de planeación familiar (art. 4); de trabajo (art. 5); nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino es por resolución judicial (art. 5); nulidad de los pactos contra la dignidad humana (art.

⁵² CASTILLO DEL VALLE, Alberto del, Op. cit., p. 310.

⁵³ MORAL PADILLA Luis, Op. cit., p. 80.

⁵⁴ CARPIZO, Jorge y MADRAZO, Jorge, Derecho Constitucional, 1ª ed., Ed. UNAM, México, 1990, p. 19.

5); posesión de armas en el domicilio, y su portación en los supuestos que fije la ley (art. 10); libertad de tránsito dentro y fuera del país (art. 11); abolición de la pena de muerte, salvo en los casos expresamente señalados en la Constitución (art. 22).

En el aspecto espiritual tenemos: libertad de pensamiento (art. 6); derecho a la información (art. 6); libertad de imprenta (art. 7); libertad de conciencia (art. 24); libertad de cultos (art. 24); libertad de intimidad, que comprende dos aspectos: inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio (art. 16).

b) Las libertades de la persona cívica.

Estas “consisten en la posibilidad que tiene el ciudadano no sólo de intervenir en la vida política del país en el momento de las elecciones, sino después, de una manera orgánica y constante, sin tener que recurrir a protestas violentas o movimientos armados”.⁵⁵

Como garantías de libertad de la persona cívica podemos citar: reunión con fines políticos (art. 9); manifestaciones públicas para presentar a la autoridad una petición o una protesta (art. 9) y prohibición de extradición de reos políticos (art. 15).

c) Libertades de la persona social.

⁵⁵ GONZÁLEZ URIBE, Héctor, Estudios Político-Constitucionales, 2ª ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1990, p. 186.

Las cuales permiten que los individuos, como miembros pertenecientes a un conglomerado social, pueden agruparse o asociarse con otros individuos, con el objeto de manifestar sus ideas y peticiones (art. 9).

Ahora bien, cabe hacer el siguiente cuestionamiento: ¿cuál es lo trascendente de que el orden constitucional consagre a la libertad como una garantía individual? En primer lugar, que se trate de un derecho público subjetivo de los gobernados, correlativo a la obligación de las autoridades estatales de respetarlo. Y en segundo lugar, su tutela para el caso de que sean violadas, a través del Juicio de Amparo, por lo que conviene hacer algunos comentarios en torno a éste.

Juventino V. Castro dice que “el amparo es un proceso concentrado, de anulación (de naturaleza constitucional) promovido por vía de acción, reclamándose actos de autoridad, y que tiene como finalidad el proteger exclusivamente a los quejosos contra la expedición o aplicación de leyes violatorias de las garantías expresamente reconocidas en la Constitución: contra los actos conculcatorios de dichas garantías, contra la inexacta y definitiva atribución de la ley al caso concreto, o contra las invasiones recíprocas de las soberanías ya federal, ya estatales, que agraven directamente a los quejosos, produciendo la sentencia que conceda la protección el efecto de restituir las cosas al estado que tenían antes de efectuarse la violación reclamada (si el acto es de carácter positivo), o el de obligar a la autoridad a que respete la garantía violada, cumpliendo con lo que ella exige (si es de carácter negativo)”.⁵⁶

Discerniendo el contenido de la definición citada, encontramos las siguientes particularidades del juicio de amparo:

⁵⁶ CASTRO, Juventino V., *Garantías y Amparo*, 9ª ed., Porrúa, México, 1996, p. 299.

1. Es un juicio de anulación, puesto que su objeto consiste en nulificar o invalidar actos de autoridades que se contraponen a lo constitucionalmente dispuesto.

2. Se promueve por vía de acción, es decir, los titulares de las garantías constitucionales que se les han violado, interponen una acción ante el órgano jurisdiccional competente, iniciando una controversia respecto de los actos de esa autoridad supuestamente violatorios de sus derechos públicos subjetivos, y el objeto del proceso que así se inicia consistirá precisamente en estimar o desestimar lo planteado por el actor.

3. Procede contra todo acto de autoridad, quedando excluido contra actos de particulares.

4. Tiene como finalidad restituir al particular en el goce de la garantía violada, restaurando el orden constitucional.

Para Ignacio Burgoa, “el amparo es una institución procesal que tiene por objeto proteger al gobernado contra cualquier acto de autoridad que, en detrimento de sus derechos viole la constitución... (es) una institución jurídica directa de la constitución e indirecta y extraordinaria de la legislación secundaria (control constitucional y legal) que se traduce en un procedimiento autónomo de carácter contencioso (control jurisdiccional en vía de acción) y que tiene por objeto invalidar, en relación con el gobernado en particular y a instancia de éste, cualquier acto de autoridad (lato sensu) inconstitucional o ilegal que lo agravie”.⁵⁷

⁵⁷ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Op. Cit., pp. 176-177.

Entre las características que este autor encuentra en el juicio de garantías, tenemos:

a) El amparo se sustancia en un procedimiento jurisdiccional o contencioso, incoado por el gobernado particular y específico que se siente agraviado por cualquier acto de autoridad que origine la contravención a alguna garantía constitucional o la transgresión a la esfera de competencia entre la Federación y los Estados.

b) La acción de amparo se dirige contra el órgano estatal al que se atribuya el acto infractor (autoridad responsable), que funge como parte demandada.

c) La sentencia que recae al juicio de amparo, al otorgar la protección en favor del gobernado, invalida el acto violatorio.

d) El juicio de amparo persigue dos objetivos medulares y concomitantes: uno de índole particular, consistente en proteger al gobernado contra cualquier acto de autoridad violatorio de la Constitución; y otro de naturaleza pública y social, debido a que tiende a hacer efectivo el imperio de la Constitución y de la ley frente a cualquier órgano estatal, para que así se protejan los intereses colectivos, pues sin el respeto al orden legal, no puede tener lugar un Estado de derecho.

e) El sujeto legitimado para hacer valer el juicio de amparo es cualquier gobernado que se sienta vulnerado en su esfera jurídica por un acto de autoridad violatorio de garantías individuales y del orden constitucional en general. Debe aclararse que dentro de la acepción "gobernado" quedan

comprendidos la persona física o “individuo”, las personas morales de derecho privado, de derecho social, los organismos descentralizados, empresas de participación estatal y excepcionalmente a las mismas personas jurídicas oficiales.⁵⁸ Por ello, el juicio de garantías ha dejado de ser una institución exclusivamente individualista para convertirse actualmente en un proceso de tutela de toda persona que se encuentre en la situación de gobernado, sin importar su ámbito social, político y económico en que se haya creado y se desenvuelva.

f) El amparo es un proceso o juicio unitario (aunque se desenvuelve en dos procedimientos de los que después trataremos: el indirecto o bi-instancial y el directo o uni-instancial), puesto que “procede contra cualquier acto de autoridad en sentido lato que agravie al gobernado y que tutela la Constitución”.⁵⁹

g) Conocen de él los órganos judiciales federales del Estado, o sea, los tribunales de la Federación.

h) Las sentencias que en él se dictan se limitan a proteger al gobernado contra el acto stricto sensu o la ley inconstitucionales, teniendo eficacia en el caso concreto de que se trate (principio de relatividad).

Así las cosas, tomando como referencia los conceptos doctrinales expuestos acerca del Juicio de Amparo, concluimos que se trata de un instrumento de defensa de los derechos públicos subjetivos y de la Constitución,

que procede contra las leyes o actos de autoridad conculcatorios de las garantías individuales o que impliquen una invasión en la esfera de la soberanía de la Federación en la Local, cuyo efecto consiste en restituir al quejoso en el goce de

⁵⁸ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Op. Cit., pp. 174-175.

⁵⁹ Ibidem.

la garantía violada, retrotrayendo las cosas al estado que guardaban hasta antes de cometida la violación.

2.4. ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL.

El artículo 20 Constitucional, en su Apartado “A”, consagra una serie de garantías de que goza el inculpado, no sólo en el proceso penal, sino incluso algunas de ellas desde la fase de averiguación previa. A continuación analizamos cada una de las fracciones de que se compone tal precepto.

Fracción I.

Consagra la libertad provisional bajo caución, la cual se explicó a detalle en el Capítulo I de esta investigación, por lo que para evitar repeticiones innecesarias, se tienen por reproducidas las consideraciones respectivas como si a la letra se insertaran. Si acaso acotaremos que esta garantía la puede hacer valer el indiciado desde la Averiguación Previa.

Fracción II.

Establece la garantía de no poder obligarse al inculpado a declarar si así no lo desea, quedando condicionada la validez de la confesión rendida por éste, a que sea emitida ante el Ministerio Público o juez, y en presencia siempre de su defensor; de igual manera se prohíbe la tortura, incomunicación o intimidación. Con ello se busca combatir la práctica cotidiana de obtener confesiones por la fuerza, valiéndose la Policía Judicial o cualquier otra autoridad de medios ilegales con tal de provocar una declaración del inculpado contrario a sus intereses.

Fracción III.

Consagra la garantía de rendir el inculpado su declaración preparatoria, de cuyo texto, desprendemos las siguientes características:

a) *Forma.* Debe ser hecha en audiencia pública.

b) *Tiempo.* Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a que se ponga al inculpado a disposición del juez. En este sentido, adquiere trascendencia que se especifique con toda exactitud el día y la hora en que se dicte el auto de radicación.

c) *Nombre del acusador.* Puesto que el Ministerio Público, en su carácter de órgano facultado por la Constitución para el ejercicio monopólico de la acción penal ante los tribunales, pudiera pensarse que su titular es quien acusa al inculpado. No obstante, la doctrina se inclina por otorgar tal carácter a la persona que hace del conocimiento de la autoridad investigadora la comisión del delito, durante la fase de averiguación previa, o sea, el denunciante o querellante.

d) *Naturaleza de la acusación.* Este elemento se refiere a la obligación del juez de informar al inculpado del delito que se le imputa, así como los hechos en que se funda, a efecto de que éste no quede en un estado de indefensión.

e) *Causa de la acusación.* La que se refiere a los datos por los cuales se considera que el inculpado es probable responsable del delito por el que se le acusa. Por ejemplo, las declaraciones de testigos que presenciaron el momento en que el inculpado cometió el delito; el peritaje en el que se determina que sus huellas dactilares encontradas en el arma utilizada corresponden a la del acusado.

f) *Contestar el cargo.* Consistente en permitirle al inculpado declarar con relación a los hechos que se le imputan, lo cual debe quedar debidamente asentado, con lo que se satisface el requisito de ser oído en juicio, respetando así la garantía de audiencia prevista en el artículo 14 constitucional.

Fracción IV.

Establece la garantía del inculpado para ser careado con quien lo acusa, con el fin de que el inculpado pueda desvirtuar el dicho de los acusadores, hacer las objeciones pertinentes, provocar que caiga en contradicciones los acusadores; en fin, replicar lo dicho por los que deponen en su contra. Tal garantía no tiene cabida en la hipótesis prevista en la fracción V del Apartado B del propio artículo 20 constitucional, cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, en los delitos de violación o secuestro, lo cual se justifica por el golpe psicológico que representaría para ellos el enfrentarse con quienes les han causado un daño físico y emocional irreparable.

Fracción V.

Contempla el derecho del inculpado a ofrecer pruebas que demuestren su inocencia, otorgándosele el tiempo que sea necesario y auxiliándosele para lograr la comparecencia de sus testigos. Es decir, uno de los aspectos en que se desarrolla la garantía de audiencia es otorgándole al inculpado la posibilidad de que, desde la indagatoria y durante el proceso penal puede ofrecer los medios de prueba idóneos para demostrar su inocencia, verbigracia: testimonial, pericial, confesional, documental y todos aquellos medios de prueba regulados por el Código de Procedimientos Penales y los que no sean contrarios a la ley o a las buenas costumbres.

Marco Antonio Díaz de León considera que el testigo es un "tercero extraño a juicio que comparece al proceso para dar a conocer al juez sus experiencias sensoriales extrajudiciales relacionadas con los hechos del debate".⁶⁰

Juan José González Bustamante afirma que el testigo "es toda persona física que tiene conocimiento por medio de la percepción de los sentidos, de hechos o circunstancias relacionados con una conducta delictiva".⁶¹

Con base en las anteriores definiciones, concluimos que testigo es la persona física que ha percibido por medio de los sentidos los hechos delictivos, pudiendo referirlos por medio de palabras, escritos o signos, haciéndolo saber a la autoridad investigadora del delito (durante la fase de la Averiguación Previa) o al juez (en el proceso penal), aportándole datos para esclarecer los hechos delictuosos.

De nuestra definición, desprendemos las siguientes características del testigo:

- Es una persona física; por lo cual no pueden ser testigos las personas jurídico-colectivas.
- Le constan los hechos delictivos en forma directa, a través de sus sentidos, por lo cual no pueden considerarse como testigos a quienes les constan los hechos por otra persona.
- Son personas distintas a las partes en el proceso penal.

⁶⁰ DIAZ DE LEON, Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal y Términos Usuales en el Proceso Penal, Tomo II, 3ª ed., Porrúa, México, 1997, p. 2152.

⁶¹ GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José, Principios de Derecho Procesal Penal, Porrúa, México, 1985, p. 36.



Falta página

N° 62

Fracción VIII.

Consigna la garantía de tiempo en cuanto a ser juzgado el inculpado, al señalar que será en menos de cuatro meses tratándose de delitos cuya pena sea menos de dos años de prisión y antes de un año, si excede de dicho término, salvo que solicite mayor plazo para su defensa. Con esto se pretende que los procesos y la consecuente prisión preventiva no se prolonguen en demasía, en perjuicio del inculpado.

Sin embargo, por la carga de trabajo de los juzgados existentes, así como de la carencia de los que son necesarios para impartir justicia pronta y expedita es por lo que no se cumple con lo ordenado por la Ley Fundamental, excediéndose con mucho los términos señalados para ser juzgados los procesados.

Fracción IX.

Esta garantía consagra el derecho de defensa, que “es la función encaminada a destruir las pruebas de cargo existentes, de tal manera que la resolución judicial que se pronuncie, se traduzca en una exculpación o, al menos, en una mejoría de la situación jurídico-procesal que guarda el inculpado”,⁶³ la cual se ejerce a través de persona de abogado o persona de confianza. Si no quiere o no puede el inculpado nombrar defensor, el juez tiene la obligación de designarle uno de oficio.

Sin embargo, la realidad también demuestra que los defensores de oficio no cumplen cabalmente con la función social que se les encomienda, pues al no estar motivados por el cobro de honorarios por parte de la persona que

⁶³ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Op. cit., p. 140.

supuestamente defienden, en la mayoría de los casos, actúan sin el profesionalismo ni la sensibilidad que se requiere, obrando tal omisión en perjuicio de los intereses del procesado.

Fracción X.

Esta fracción establece varias garantías penales, a saber:

a) La prisión o detención del inculcado no puede prolongarse por falta de pago de honorarios a defensores, prestación de dinero, responsabilidad civil o causa semejante. La razón de esto estriba en que en muchas ocasiones, los defensores particulares abandonan el patrocinio de su cliente por falta de pago en sus honorarios, afectando los intereses de los inculcados, al no poder ofrecer pruebas o alegar en su favor.

c) No puede prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fija la ley al delito que motive el proceso, que es precisamente el correspondiente a la pena máxima asignada a aquél. Esto se hace para proteger al inculcado contra posibles tardanzas en cuanto a ser juzgado, impidiendo con ello que por causas ajenas al procesado, éste se vea recluso con exceso de tiempo.

Ciertamente en la práctica, por la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales, es casi imposible que se cumpla con esta garantía del procesado, por lo que sería conveniente que se crearan nuevos juzgados para evitar los rezagos en las causas penales.

Cabe acotar que la prisión preventiva no prejuzga sobre la culpabilidad del procesado, sino que es una medida que toman los jueces para impedir que los

declarados formalmente presos se sustraigan a la acción de la justicia, que pudiera dificultar su reaprehensión.

c) En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención. Es decir, si la averiguación previa fue con detenido, a partir del momento en que haya sido puesto a disposición del Ministerio Público en la Averiguación Previa debe computarse el tiempo de detención; y si fue detenido después de ejercitada la acción penal, a partir del momento en que sea puesto a disposición del juez.

2.5. EXTENSIÓN Y LIMITACIONES DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL.

Hasta antes de que se reformara el artículo 20 constitucional el 21 de septiembre del 2000 por la cual se adicionó un Apartado "B", dicho precepto tenía el defecto de que únicamente se limitaba a proteger al inculcado, olvidándose de la víctima u ofendido por el delito. Merced a ella, actualmente se tutela tanto al sujeto activo como al pasivo del delito, dándose una igualdad entre ellos que en cierta manera constituye un contrapeso y un límite a las pretensiones de uno y otro. Por ello, enseguida explicamos los diversos derechos de que gozan las víctimas u ofendidos por la comisión del ilícito penal. Previo a ello, conviene

Dejar en claro que la víctima del delito es la persona que sufre en forma directa la lesión al bien jurídico tutelado por la norma penal, en tanto que el ofendido es quien resiente en forma indirecta los efectos de dicha lesión. Por ejemplo, en el delito de homicidio la víctima es la persona a la cual se priva de la vida, mientras que el ofendido son sus familiares y en su caso esposa e hijos.

Fracción I.

La primer garantía para la víctima y el ofendido radica en recibir asesoría jurídica, esto es, que a través de las autoridades competentes (verbigracia: el Ministerio Público, la Comisión de Derechos Humanos), hagan de su conocimiento las instancias legales a que pueden acudir a efecto de que se inicie el procedimiento penal a través del cual se posibilite la aplicación de la norma penal al caso concreto para que se imponga la sanción penal al culpable de la comisión del delito. Dicha asesoría puede consistir, por ejemplo, en informarle de que modo puede presentar su denuncia o querrela y los términos en que debe formularla.

Igualmente, debe ser informado de los derechos que en su favor consagra la Constitución.

Asimismo, tiene derecho a ser informado del desarrollo del procedimiento, de tal forma que sepa de los avances en la investigación y prosecución del mismo, interviniendo en las diligencias y dándosele la ingerencia que en derecho corresponde, como puede ser el indicársele cuando debe ofrecer pruebas para coadyuvar con el ministerio público

Es importante acotar que el artículo 21, de la Constitución Federal, establece como una garantía individual la de impugnar las resoluciones de no ejercicio y desistimiento de la acción penal por parte de l Ministerio Público, lo cual favorece los intereses de las víctimas u ofendidos del delito, ya que se evitará la práctica de este órgano, en que muchas veces por corrupción o incompetencia, de manera indebida y contrariando las normas conducentes, se abstendían de ejercitar acción penal aún cuando existían datos para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado; o igualmente, renunciaban a

perseguir la pretensión punitiva cuando era improcedente, sin que pudiera evitarse. Actualmente, aún cuando no existe un recurso o procedimiento a través del cual impugnar tales resoluciones, como se trata de la violación de una garantía individual, procede el Juicio de Amparo. Y precisamente esta cuestión forma parte de la asesoría a que tienen derecho la víctima y los ofendidos.

Fracción II.

Coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le reciban los datos o pruebas con que cuente desde la Averiguación Previa y durante el proceso, así como al desahogo de los elementos correspondientes. Si bien dicho órgano es el único facultado para investigar y perseguir los delitos, ejerciendo un monopolio al respecto, los ofendidos y las víctimas del delito pueden cooperar con el Ministerio Público, aportando pruebas o informes que ayuden al esclarecimiento de los hechos delictivos.

Fracción III

Recibir, desde que se cometa el delito, atención médica y psicológica de urgencia. Existen delitos que por su propia naturaleza, es decir, por el bien jurídico que lesiona, implican la afectación física y mental de las víctimas y ofendidos, como puede ser: el secuestro, la violación, el abuso sexual, etc., los cuales ameritan terapia psicológica o asistencia médica, a fin de prevenir posteriores trastornos.

Fracción IV.

Que se le repare el daño. Omitimos abordar este tópico en virtud de que será objeto de estudio en el capítulo tercero de la presente investigación.

Fracción V.

A no ser careados las víctimas o los ofendidos del delito con el inculpado, cuando sean menores de edad, respecto de los delitos de secuestro y violación. Sobre el particular ya hicimos algunos comentarios, por lo que para evitar repeticiones innecesarias ya no se hace mayor explicación.

Fracción VI.

Solicitar las medidas y providencias que sean menester y que establezca la ley para la seguridad y auxilio de los inculcados y víctimas del delito. Con esta garantía se asegura que éstos no sufran alguna lesión en su esfera jurídica o bienes con motivo del procedimiento penal iniciado en contra del probable responsable.

III. LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

Independientemente de que la lesión a los bienes jurídicos que sufren las víctimas u ofendidos por la comisión de un delito no pueden serles reparados de ninguna manera, como por ejemplo en el homicidio, ya que es imposible revivir a quien se le priva de la vida, el Código Penal estatal establece la obligación para los penalmente responsables de resarcir, los daños morales y materiales causados a aquellos, con lo que se trata de aminorar el dolor y pérdida que sufren aquellos.

Correlativa a tal obligación reparadora de los reos, está el derecho de las víctimas y ofendidos a exigirla, con fundamento en el artículo 20 constitucional, inciso B, fracción IV, de lo cual se infiere que es una garantía

individual que debe ser respetada por la autoridad estatal, que en el ámbito penal recae en el Ministerio Público en su carácter de representante de la sociedad, estableciendo al respecto el citado precepto: *“En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria”*.

Sin embargo, no únicamente en materia penal existe la obligación de reparar el daño, pues en materia civil, a los que cometen un hecho ilícito, ya sea por violar una obligación de carácter contractual o extracontractual, tienen que repararlo, para el caso de que no pueda exigirse su cumplimiento, lo cual implica resarcir los daños materiales y morales causados, al igual que los perjuicios.

En este contexto, el objeto del presente Capítulo radica en analizar en qué consiste la reparación del daño en dos ámbitos jurídicos en que se debaten cuestiones diametralmente opuestas como son el civil y el penal, a efecto de encontrar sus semejanzas y diferencias; las personas en quienes recae tal obligación; los supuestos en los cuales proceden, etc.

3.1. CONCEPTO DE REPARACIÓN DEL DAÑO.

La mayoría de los juristas penales no establecen un concepto de reparación del daño. Un caso excepcional es Guillermo Colín Sánchez, quien comenta que “es un derecho subjetivo del ofendido y la víctima del delito, para ser resarcidos de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal”.⁶⁴

⁶⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit., p. 723.

De la definición planteada, se desprenden los siguientes elementos, que a continuación explicamos:

a) La existencia de un derecho subjetivo. “Porque es la voluntad individual el factor esencial para hacer efectiva la reparación, misma que contrasta con la pretensión punitiva estatal, de naturaleza pública, y por ende, obligatoria...”.⁶⁵ Y además, porque se trata de una garantía individual prevista en el artículo 20 de la Ley Fundamental, de un derecho público subjetivo, de una potestad tutelada por el orden supremo.

b) A favor de la víctima u ofendido. Como oportunamente señalamos, éstos no tienen el mismo significado jurídico, pues la víctima es quien sufre una lesión directa en el bien jurídico tutelado, a consecuencia del delito, verbigracia: en la violación es la persona que es violada. Mientras que el ofendido es la persona que resiente en forma indirecta la lesión al bien jurídico tutelado por la norma penal, como por ejemplo, en un homicidio, son los deudos del difunto. Acerca de los sujetos que tienen derecho a exigir la reparación del daño, ahondaremos más adelante.

Ahora bien, como no siempre puede apersonarse y solicitar el ofendido el resarcimiento de daños y perjuicios provenientes de la comisión del ilícito penal; verbigracia, en el delito de homicidio, caso en que la víctima es privado de la vida. Por tal razón, el legislador otorga tal derecho a los ofendidos, como pueden serlo sus herederos, llámense esposa, hijos y otros más.

⁶⁵ Idem.

c) Tiene por objeto el resarcimiento del daño. “Es la restitución de la cosa sustraída por el autor del delito, la indemnización del daño material o la reparación del daño moral...”⁶⁶ La noción de daño debemos entenderla en un sentido lato, esto es, comprendiendo tanto los daños y perjuicios materiales, y morales, lo cual analizaremos con posterioridad en el presente trabajo.

Consideramos que la reparación del daño puede apreciarse desde una doble perspectiva: por un lado, como una pena pecuniaria que el juzgador tiene la obligación de imponer a los sujetos que, previo seguimiento de un proceso penal, se les ha juzgado y sentenciado culpables del o de los delitos por los cuales se les instruyó aquél. Y por el otro, como un derecho inalienable de la víctima u ofendido del delito, para ser resarcidos de los perjuicios que les ocasiona éste.

En suma, podemos decir que la reparación del daño es una sanción aplicable al penalmente responsable de un delito, en favor de la víctima u ofendido por el delito, mediante la cual se pretende aliviar las afectaciones físicas, morales y materiales causadas por el hecho ilícito.

3.2. ANTECEDENTES DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

En éste apartado solamente aludiremos a los antecedentes de la reparación del daño en México, a partir de la expedición del primer Código Penal de 1871, a cuyo efecto diremos que el mismo tuvo influencia de las Ordenanzas francesas de 1870, en que se distinguió claramente la acción penal, de naturaleza pública, de la acción civil privada, relativa a la reparación del daño,⁶⁷ de lo cual se desprende que la figura que nos ocupa no tenía lugar ni era exigible en el ámbito penal, sino que se tenía que hacer en la vía civil.

⁶⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit., p. 723.

⁶⁷ *Ibidem*.

En la exposición de motivos del Código Penal de 1871, su creador Martínez de Castro expuso en torno al tema que nos ocupa: “La reparación de los daños y perjuicios no sólo era de estricta justicia sino hasta de conveniencia pública, pues contribuye la represión de los delitos, ya porque así su propio interés estimulará eficazmente a los ofendidos a denunciar los delitos y a coadyuvar a la persecución de los delincuentes ya porque el mal no reparado es un verdadero triunfo para el que lo causó; tan cierto es esto, que bien puede atribuirse en mucha parte la impunidad de que han gozado algunos criminales, a que no teniendo bienes conocidos no se podía hacer efectiva la responsabilidad civil que había contraído pues faltando a los perjudicados el aliciente de la reparación era natural que se retrajeran de hacer acusación alguna y de dar pasos judiciales que les hicieran perder su tiempo inútilmente.”⁶⁸

Las consideraciones de Martínez de Castro eran importantes, pues dejaban entrever la justificación y necesidad de regular en el Código punitivo de la reparación del daño, pues efectivamente, aparte de la pena privativa de libertad que llegue a imponerse a los delincuentes, no podía olvidarse a los ofendidos o víctimas del delito, quienes son inocentes de cualquier lesión cometida en sus bienes jurídicos tutelados.

Nuestro primer Código Penal, que data del año 1871, en sus artículos 313 y 367 estableció la independencia de la responsabilidad penal con respecto de la civil, otorgando la acción de reparación al particular ofendido, como cualquier otra acción civil, teniendo las características de ser renunciable, transigible y compensable, por lo cual el delito pasaba a formar parte de las fuentes de derechos y obligaciones civiles.

⁶⁸, CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas, Op. Cit., p. 890.

Tiempo después, nuestro Código Penal de 1929 prescribía lo siguiente en torno a la reparación del daño:

- a) Formaba parte de toda sanción proveniente de delito (art. 291).
- b) Los perjuicios podían ser materiales o no materiales (art. 301).
- c) El Ministerio Público tenía la obligación de exigir de oficio dicha reparación, aunque si bien dio acción principal a los herederos del ofendido y a éste para exigir dicha reparación, cesando la intervención de aquél, con lo cual quedó en manos de los particulares el ejercicio de la acción pública (artículos 319 y 320).
- d) Estableció una tabla de indemnizaciones, la cual tuvo el desacierto de inspirarse en ordenamientos del siglo pasado, como lo eran el Fuero Juzgo y la Ley de las XII Tablas.⁶⁹

Nuestro actual Código Penal Federal estatuye que la naturaleza jurídica de la reparación del daño proveniente de un delito adquiere el carácter de pena pública, cuando corresponde al delincuente; y de responsabilidad civil cuando es exigible a terceros (artículo 34). Tal sentido de la ley le han valido a los legisladores severas críticas por parte de los doctrinarios, habida cuenta de no haber distinguido la distinta naturaleza de una sanción civil a una penal.

Sin embargo, existen algunos juristas que tratan de explicar la intención del legislador, destacando la opinión de Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, quien expresan que con ello se “trató de obviar las espinosas dificultades resultantes de elevar a pena pública, derivada de un delito, la reparación, pues si

⁶⁹ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas, Op. Cit., Cfr. p. 890.

es tal pena sólo podrá imponerse a las personas de los infractores, nunca a terceros, dado el principio de la personalidad de la pena...”.⁷⁰

En los términos en que se encuentra regulada la reparación del daño, se da lugar a las siguientes situaciones:

Cuando la reparación del daño corresponde al delincuente, tiene como naturaleza el ser una pena pública, siendo exigible por el Ministerio Público y formando parte del objeto principal del proceso. Sobre el particular, Guillermo Colín Sánchez se pronuncia en desacuerdo con esto, por dos razones:

1. Porque analizando la norma a contrario sensu, cabría la posibilidad de que hubiera penas privadas, lo cual no corresponde a la naturaleza del delito; y
2. Porque el ser pena pública implicaría que únicamente fuera exigible al delincuente y no a terceros.⁷¹

Por otra parte, resulta plausible que se determine que el Ministerio Público es quien tenga la obligación de exigir en el proceso la reparación del daño, pues anteriormente muchas de las víctimas u ofendidos del delito no la obtenían, ya sea por ignorancia o carencia de recursos, abandonando el ejercicio de las mismas o no pudiendo intentarlas.

Lo que resulta inadecuado es que se haya dejado únicamente en manos del Ministerio Público la exigencia de la reparación del daño, pues como sabemos, en la práctica con frecuencia ocurre que algunos servidores que ejercen

⁷⁰ Loc. cit.

⁷¹ Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit., p. 834.

tal función no cumplen debidamente con su cometido, perjudicando los intereses del ofendido o los de sus derechohabientes, a quienes sólo la ley atribuye el carácter de coadyuvantes de aquél, aportando las pruebas y datos que tengan para acreditar su procedencia y monto (artículo 34 del Código Penal).

Lo más risible es que el párrafo segundo del artículo 34 del Código Penal determina: “El incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, será sancionado con multa de treinta a cuarenta días de salario mínimo”. O sea que si el Ministerio Público comete la grave omisión de no exigir en juicio la reparación del daño a favor del ofendido o de sus derechohabientes, sólo amerita para dicho servidor público una mínima sanción, que en nada alivia el perjuicio causado a éstos con motivo de la comisión del ilícito penal.

Ante tales circunstancias, una posible solución a lo anterior la plantea el maestro Ernesto Gutiérrez y González, la cual compartimos plenamente, y que expresa de éste modo:

“Debe crearse un sistema mixto, en el cual se determine que si la víctima o su familia no ejercitan la acción de reparación del daño, lo hará de oficio el Ministerio Público, y de esa forma, los que por su disposición y cultura lo puedan ejercitar, lo harán por si, sin estar sujetos a lo que desee el Representante Social, y los que por su situación especial no la puedan ejercitar, lo hará por ellos la autoridad pública”.⁷²

⁷² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Op. Cit., p. 534.

b) Cuando la reparación del daño es exigible a terceros, tiene el carácter de responsabilidad civil, representando un objeto accesorio del proceso, tramitándose en forma de incidente, previa solicitud del ofendido ante el juez instructor, y hasta antes de que se haya concluido la instrucción, en los términos previstos por los artículos 532 al 540 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 480 al 493 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En caso de no hacerse así, la reparación del daño sólo podrá ser exigible en la vía civil, de acuerdo a la normatividad establecida por el Código de Procedimientos Civiles.

Recapitulando: Cuando la reparación del daño es exigible al delincuente, su naturaleza jurídica es de pena pública; y si es exigible a terceros, es de responsabilidad civil, proveniente de un hecho ilícito.

3.3. LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIAS CIVIL Y PENAL.

3.3.1. LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA CIVIL.

En el ámbito civil, al igual que en el penal, existen conductas ilícitas de las cuales surgen consecuencias jurídicas, tanto para el que las comete, como para quien resiente los efectos de ella, al respecto, el Código Civil contempla al hecho ilícito como fuente de las obligaciones, cuyo artículo 1910 prescribe:

"El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".⁷³

Para tener una clara idea acerca de lo que implica el hecho ilícito, es conveniente definirlo, a cuyo efecto Ernesto Gutiérrez y González expresa que es "toda conducta humana culpable, por intención o negligencia, que pugna con un deber jurídico estricto sensu, con una manifestación unilateral de voluntad o con lo acordado por las partes en un convenio".⁷⁴

De su definición, Gutiérrez y González infiere tres tipos de hecho ilícito:

- a) La conducta humana, culpable, por intención o negligencia, que pugna con lo que determina un deber jurídico en estricto sentido, plasmado en una ley de orden público o sancionado como buena costumbre.
- b) La conducta humana, culpable, por intención o negligencia, que pugna con una declaración unilateral de voluntad.
- c) La conducta humana, culpable, por intención o negligencia, que pugna con lo acordado por las partes en un convenio.⁷⁵

Los elementos del hecho ilícito son los siguientes: antijuricidad, culpa y daño. A continuación procedemos a explicar en que consisten:

⁷³ Ibid, p. 342.

⁷⁴ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Op. cit., p. 541.

⁷⁵ Ibid, pp. 541-542.

a) Antijuricidad

Esta consiste en “toda conducta o hecho que viola lo establecido por las normas del derecho”.⁷⁶ Existen diversos tipos de antijuricidad que en seguida explicamos:

1.- Por violación de norma expresa o de principio implícito.- En el primer caso, la antijuricidad derivará de la contravención de una disposición prevista específicamente en un ordenamiento legal; en tanto que la segunda dimanará de la oposición del comportamiento a la ratio legis de las leyes, es decir, a los principios y valores sobre los que se sustentan.

2.- Por acción y por omisión.- El primer supuesto consiste en que la antijuricidad se da en virtud de una conducta positiva o de acción por parte de quién causa el daño; mientras que la antijuricidad por omisión se da precisamente por un comportamiento negativo de quién esta obligado por la norma a actuar para cumplir con la obligación a su cargo.

3.- Por quebrantamiento de la norma civil o por ilícito penal.- La contravención de las normas civiles provoca un ilícito civil, que faculta a la víctima, entre otras cosas, para demandar el pago de daños y perjuicios. Frente a ella existe la violación de las normas penales, generador de un ilícito penal llamado delito, que trae aparejada sanciones penales, no sólo de naturaleza corporal, sino también pecuniaria, dentro de la cual queda englobada precisamente la reparación del daño en favor de la víctima u ofendido, ya sea el caso, a solicitud del Ministerio Público en la causa penal.

⁷⁶ BEJARANO SANCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 4ª ed., Oxford, México, 1999, p. 173.

4.- Por transgresión de una norma jurídica general o de una disposición particular.- En el primer caso nos encontramos en presencia de las leyes, cuyos preceptos son de observancia obligatoria para toda la colectividad; a diferencia del segundo supuesto referido a las normas previstas en un contrato, que únicamente deben ser cumplidas por las partes que intervienen en dicho acto jurídico. Consecuentemente, la antijuridicidad se presentará por no acatar las normas generales previstas en cualquier ordenamiento, en el primer caso, y por incumplir las comprendidas en cualquier tipo de contrato, en el segundo.

5.- Formal y material.- El primer tipo de antijuridicidad se presenta cuando existe una conducta atentatoria de lo dispuesto en la norma; mientras que el segundo se actualizará cuando se lesionen los valores intrínsecos o la *ratio legis* de las propias normas, aunque no necesariamente se viole, como sucede por ejemplo con el ejercicio abusivo de los derechos.

b) Culpa.

No basta que una conducta sea antijurídica para que se esté en presencia de un hecho ilícito, sino que es preciso “sea errónea, provenga de negligencia o falta de cuidado, es decir, que se trate de un proceder en falta, de un proceder culpable, o de una actitud malévola o intencional”⁷⁷, o sea, que sea con culpa.

De ello desprendemos la existencia de dos clases de conducta culpable:

⁷⁷ Ibid, p. 186.

1.- Culpa.- Se incurre en ella cuando se realiza un hecho o se incurre en una omisión, sin ánimo de dañar; y sin embargo, por la imprevisión, negligencia, falta de reflexión o de cuidado, el daño se produce.

2.- Dolo.- Se incurre en el cuando al realizar un hecho ilícito, se verifica con conocimiento pleno de que esa conducta es punible por el derecho, y sin embargo se lleva adelante con el ánimo de causar el daño.

c) Daño.

Como último elemento del hecho ilícito tenemos la producción de un daño causado a la víctima, porque no basta la existencia de una conducta antijurídica y culpable para generar obligaciones, sino que se requiere afectar la esfera de una persona, por la producción de aquél..

Debemos aclarar que la noción de daño es genérica, puesto que de acuerdo a nuestra legislación civil comprende al daño y al perjuicio.

De acuerdo al artículo 2108 del Código: *"Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación"*.⁷⁸

Luego, tomando en cuenta que el patrimonio es el "conjunto de bienes, derechos y obligaciones apreciables en dinero",⁷⁹ inferimos que el daño se actualiza cuando disminuye o sufre afectación el patrimonio de una persona, en razón del incumplimiento de la obligación por parte del sujeto obligado.

⁷⁸ Ibid, p. 373.

⁷⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo III, 8ª ed., Porrúa, México, 1995, p. 24.

Respecto al perjuicio, debemos decir que, atento a lo ordenado por el artículo 2109 del Código Civil, es: *"la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación"*.⁸⁰

En este caso, el perjuicio conlleva que, la persona que es víctima de un hecho ilícito, como lo es el incumplimiento de su necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer, deje de tener una ganancia legítima que le correspondería de haber cumplido la otra parte su obligación.

Ahora bien, la persona que es víctima de un daño, tiene derecho a que se le resarza, señalando al respecto al artículo 2110 del Código Civil: *"Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse"*. De este precepto inferimos que para que las víctimas de un hecho ilícito tengan derecho a que se le reparen los daños y perjuicios causados, se hacen necesarios los siguientes requisitos:

a) Que el daño sea consecuencia inmediata y directa del hecho ilícito.

Es decir, los daños y perjuicios deben ser producidos por el obrar ilícito y culpable de alguien, pero no si se generan por otras causas concomitantes. Ilustrando esto, pongamos por ejemplo, que una persona dispara un arma de fuego contra otra, causándole lesiones; en tal caso, el daño es producido directa e inmediatamente por la conducta antijurídica y culpable de aquél. Pero si por ejemplo, acontece que una persona pide un préstamo a otra, obligándolo a pagar en determinada fecha y así no lo hace, y ésta no tiene dinero con qué pagar los gastos médicos de un pariente enfermo y éste muere, éste último resultado no puede serle achacado a quien no pagó el préstamo, porque si

⁸⁰ Código Civil Federal, Op. cit., p. 373.

bien éste realizó un hecho ilícito al incumplir con su obligación, el daño producido no fue consecuencia directa e inmediata de su conducta antijurídica y culpable.

b) Que el daño sea cierto.

Es decir, que se ha causado o que necesariamente deba causarse.

Por otra parte, la persona que comete un hecho ilícito incurre en responsabilidad civil, quedando obligada a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados a la víctima. Dicha responsabilidad civil se sustenta en el principio de que nadie tiene derecho a perjudicar a otro, y en que cada quien es responsable de sus propios actos; por ello, si con su conducta una persona lesiona un derecho ajeno, incurrirá en responsabilidad civil, con la consiguiente obligación de reparar los daños y perjuicios causados.

Ahora bien, para una mejor comprensión de este tópico, precisamos definir doctrinalmente lo que es la responsabilidad civil, al respecto, Sergio Azúa Reyes, comenta que es "la obligación a cargo de una persona de indemnizar a otra por los daños que le ha causado como consecuencia del incumplimiento de una obligación o por la realización de un siniestro que deriva de un riesgo creado".⁸¹

Por su parte, Manuel Bejarano Sánchez expresa que la responsabilidad civil "es la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro, por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo".⁸²

⁸¹ AZUA REYES, Sergio T., Op. cit., p. 185.

⁸² BEJARANO SANCHEZ, Manuel, Op. Cit., p. 206.

Doctrinalmente se afirma que existen dos clases de responsabilidad civil:

a) *La contractual*, que "es aquella que se origina en el incumplimiento de obligaciones asumidas contractualmente, bien sea omitiendo conductas o practicando actividades con violación de un pacto de no hacer, ya sea que estos deberes se hayan estipulado expresamente o que ante la falta de acuerdo de las partes, en ciertos aspectos la ley imponga determinadas obligaciones a su cargo, a título de cláusulas naturales".⁸³

Manuel Bejarano Sánchez considera que esta especie de responsabilidad "proviene de la transgresión de una cláusula particular, de una norma jurídica de observancia individual, de un contrato u otro acto jurídico de derecho privado".⁸⁴

b) *La extracontractual*, la cual tiene su origen también en el incumplimiento de una obligación, pero ésta no se ha estipulado en un contrato, ni la ley la impone a título de cláusula natural del mismo. "La responsabilidad civil extracontractual se origina en las otras formas de las obligaciones que establece la ley: el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, **los hechos ilícitos** y el riesgo creado".⁸⁵

Por su parte Manuel Bejarano Sánchez comenta que la responsabilidad extracontractual tiene lugar "cuando el carácter de la norma transgredida es una norma de observancia general".⁸⁶

⁸³ Ibid, p. 191.

⁸⁴ BEJARANO SANCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 3ª ed., Harla, México, 1990, p. 230.

⁸⁵ AZUA REYES, Sergio T., Op. cit., p. 193.

⁸⁶ BEJARANO SANCHEZ, Manuel, Op. cit., p. 231.

Empero, Ernesto Gutiérrez y González, difiere de tal punto de vista, al afirmar que siempre que se incumpla con una obligación asumida por virtud de una declaración unilateral de voluntad o de cualquier otra fuente de la obligación, que no sea un contrato, incurrirá en una responsabilidad extracontractual, puesto que acontece fuera de un contrato. Pero también si una persona no cumple con aquello a que se obligó por virtud de un contrato, incurre en responsabilidad extracontractual, más no contractual, ya que no forma parte del clausulado del contrato incumplir con el mismo, por lo que tal conducta queda fuera del mismo.⁸⁷

Recapitulando las ideas anteriores, tenemos dos posturas contradictorias en torno a la responsabilidad civil, pues mientras autores como Gutiérrez y González sostienen una teoría unitaria, en el entendido que cualquier conducta ilícita, culpable y que cause un daño generará siempre una responsabilidad civil extracontractual, sea que provenga del incumplimiento de una norma general, de una disposición contractual o de una declaración unilateral; existen otros como Bejarano Sánchez que afirman que la responsabilidad civil será de dos clases: contractual, cuando se incumpla un deber plasmado en un contrato; y extracontractual cuando se viole una norma de observancia general.

Por nuestra parte, en aras de asumir una postura que apoye el caso práctico a desarrollar, nos inclinamos en compartir la opinión del Maestro Gutiérrez y González, en el sentido que siempre que una persona incumpla con su obligación, con independencia de la fuente que la genera, producirá la responsabilidad civil extracontractual.

⁸⁷ *Ibid*, pp. 543-544.

Quien es víctima de un hecho ilícito derivado de la violación de un deber jurídico stricto sensu (Ley, principios generales de derecho o buenas costumbres), la víctima tiene los siguientes derechos:

- 1.- Pedir indemnización;
- 2.- Pago del daño y el perjuicio; y
- 3.- Exigir el cumplimiento forzado de la prestación de indemnizar;

Cuando se viola una disposición contractual, la víctima tiene los siguientes derechos:

- 1.- Exigir el cumplimiento del contrato cualquiera que sea éste;
- 2.- Decretar la rescisión del contrato, derecho que tiene lugar en cualquier contrato bilateral;
- 3.- Exigir el saneamiento para los casos de evicción y por vicios ocultos de la cosa;
- 4.- Oponer la excepción de *non adimpleti contractus* (Derecho de retención);
- 5.- Exigir la ejecución forzada de la prestación; y
- 6.- Exigir el pago del daño y el perjuicio.

Puesto que el estudio de la amplia gama de derechos que nacen del hecho ilícito subjetivo excedería con mucho el abordamiento de nuestro objeto de estudio e implicaría desviarnos de él, únicamente nos referiremos a la reparación de los daños y perjuicios, la cual encuentra sustento legal en lo dispuesto por el artículo 1915 y 1949 del Código Civil, en que se le faculta para elegir entre el restablecimiento de la situación anterior al momento en que se incumplió con la obligación (cuando ello sea posible) o al pago de los daños y perjuicios

Igualmente, el Código Civil al regular las "Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones", alude en su artículo 2104 a la responsabilidad civil, al señalar que "el que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios...".

Primeramente definiremos lo que es el daño y el perjuicio. Respecto al primero, de acuerdo al artículo 2108 del Código: "*Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación*".

Tomando en cuenta que el patrimonio es el "conjunto de bienes, derechos y obligaciones apreciables en dinero",⁸⁸ inferimos que el daño se actualiza cuando disminuye o sufre afectación el patrimonio de una persona, en razón del incumplimiento de la obligación por parte del sujeto obligado.

Mientras que el perjuicio, atento a lo ordenado por el artículo 2109 del Código Civil Federal, es: "*la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación*".

En este caso, el perjuicio conlleva que, la persona que es víctima de un hecho ilícito, como lo es el incumplimiento de su necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer, deje de tener una ganancia legítima que le correspondería de haber cumplido la otra parte su obligación.

⁸⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo III, 8ª ed., Porrúa, México, 1995, p. 24.

Para ilustrar de mejor modo el daño y el perjuicio, pongamos el siguiente ejemplo, que guarda relación con el caso práctico que desarrollaremos posteriormente:

Una empresa "X" contrata los servicios de la empresa transportista "Y", la cual se obliga a transportar, por determinado costo, una mercancía a otro país para entregarla a la empresa "Z", quien una vez que la reciba pagará a la empresa "X" el costo de las mismas; pero sucede que no realiza el viaje, sin causa que lo justifique. En tal supuesto, la empresa transportista ha realizado un hecho ilícito al incumplir su obligación, de lo cual se ha derivado el daño a la empresa "X", puesto que ésta sufrió un menoscabo en su patrimonio al haber erogado el costo del viaje; pero también un perjuicio, puesto que la empresa "X" dejará de percibir la ganancia lícita consistente en la cantidad que tendría que pagarle la empresa "Z" por el costo de las mercancías una vez que las hubiere recibido.

Un aspecto que debemos puntualizar es que "los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse". Dicho de otro modo, debe haber una relación de causa-efecto entre el hecho ilícito y el daño y perjuicio causados; esto es, lo inmediato implica que sea pronto o inminente, mientras que lo directo, que no existe alguna otra causa coetánea que provoque los daños y perjuicios.

Otra de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos es la reparación del daño moral, que es independiente de la correspondiente a los daños y perjuicios causados.

Según el artículo 1916 del Código Civil Federal: *"Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos,*

creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás".

Por tanto, el daño moral, a diferencia del daño y el perjuicio, no implica una afectación al patrimonio de la víctima, sino a ciertos aspectos subjetivos o internos de la persona, aunque irónicamente al culpable del daño moral tiene la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, independientemente de que se haya causado daño material, lo cual obedece posiblemente a que es difícil repararlo de otro modo.

Lo interesante del daño moral es que el artículo 1916 del multicitado ordenamiento tiene lugar tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, expresiones ambas que como explicamos anteriormente son erróneas, puesto que el incumplimiento de una obligación es una situación que no está prevista en el contrato, ya que nadie pacta algo con la finalidad de incumplirlo. En todo caso, lo adecuado sería que la norma civil determinara: la reparación del daño moral procederá por la comisión del hecho ilícito.

Una cuestión a destacar es que el pago del daño moral es independiente de que se hubiere acreditado o no la existencia de daños y perjuicios, tal como se desprende de la siguiente tesis aislada:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente. Semanario Judicial de la Federación

Epoca: 8A

Tomo: VI Segunda Parte-1

Página: 126

"DAÑO MORAL. SU PAGO ES INDEPENDIENTE DE QUE SE HUBIERA DEMOSTRADO O NO QUE SE CAUSARON DAÑOS Y PERJUICIOS. El texto del artículo 1916 del Código Civil es claro al establecer, en lo conducente, que: "Cuando un hecho u omisión ilícito produzcan daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual". De lo que se sigue que no es necesario demostrar previamente que se causaron daños y perjuicios para que pueda ser procedente el concepto de daño moral". (Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Precedentes: Amparo Directo 2318/90. Francisco Aranda Ruiz. 30 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Jesús Casarrubias Ortega).

3.3.2. LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA PENAL.

ASPECTOS QUE COMPRENDE.

La reparación del daño comprende, según el artículo 30 del Código Penal Federal, lo siguiente:

I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma;

II.- La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima. En los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y de violencia familiar, además se comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima, y

III.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.”

Del análisis del precepto citado deducimos que la reparación del daño está enfocada a dos aspectos: El material y el moral causados al ofendido o víctima del delito. Tal diferenciación obedece a la naturaleza del delito y daño causados. Resulta pertinente hacer mayores comentarios en torno a ello. En primer lugar, un primer aspecto que abarca la reparación del daño es el resarcimiento material. Esto sucede comúnmente con los delitos patrimoniales, verbigracia, el delito de robo, en donde el agente se apodera de una cosa ajena, mueble. En consecuencia, la reparación del daño está enfocada a la devolución de la misma. Pero puede suceder que el delincuente la haya vendido o destruido, no encontrándose ya en su poder. En tal supuesto, la Ley determina que el delincuente debe pagar el precio de aquella.

Una segunda hipótesis contempla la indemnización del daño material y moral; así como los tratamientos curativos a la víctima. En lo que respecta al daño moral, si bien el Código Penal no define lo que debemos entender por él, tomando en cuenta lo ya dicho con antelación al analizar la reparación del daño en materia civil, implica para el ofendido o víctima del delito, “un agravio, menoscabo o sufrimiento psíquico, que redundará también en molestias respecto a la dignidad, seguridad personal o a particulares sentimientos afectivos...” tal como sucede en los delitos de difamación, atentados al pudor, contagio venéreo y otros más.

El daño moral es personalísimo en virtud de que sólo el ofendido o víctima del delito son los únicos capaces de revelar la existencia y magnitud de la ofensa.

Un aspecto ampliamente debatido es que la reparación del daño moral está prevista, de alguna manera, para algunos delitos, como acontece con la publicación de la sentencia ordenada por el Juez; pero en la mayoría de los casos es valorada pecuniariamente, lo que nos lleva a preguntar hasta qué grado puede compensarse con dinero un daño de tal índole. Ciertamente es que esta fórmula de solución es adoptada por muchos sistemas penales, como el de Estados Unidos, debido posiblemente a la preponderancia que el factor económico adquiere en todos los ámbitos de la vida social de esa nación; pero en otros sistemas como el nuestro no es del todo aceptada. Antes bien, existe la creencia que el mejor resarcimiento que pueden obtener el ofendido o víctima del delito es que se haga justicia en el proceso respectivo, y se imponga la sanción que amerite el delincuente.

En lo tocante al pago de los tratamientos curativos que sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima del delito, son exigibles en aquellos delitos en los cuales se afecta la integridad física, mental o emocional de quien sufre la lesión a su bien jurídico tutelado, como acontece en el delito de lesiones, contagio venéreo, entre otros.

En el caso de la reparación de los perjuicios ocasionados, implica compensar o indemnizar al ofendido o víctima del delito del perjuicio que se les acarrió, como consecuencia de la perpetración del delito. Nuevamente aquí nos topamos con el inconveniente de que el Código Penal no establezca que debemos entender por perjuicio, lo que nos orilla a remitirnos a la definición propuesta por el Código Civil, en cuyo artículo 2109 alude a la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

Por tanto, el resarcimiento de los perjuicios ocasionados debemos interpretarlo en el sentido de compensar al ofendido o víctima del delito de la ganancia a que tenían derecho, la cual no pudieron obtener por la comisión del ilícito penal.

Complementando lo anterior, planteamos el siguiente ejemplo: Juan presta a Carlos la cantidad de \$100,000.00, obligándose a pagarlos en una fecha determinada. Llegado el mismo, Juan le liquida con un cheque, pero al irlo a cobrar Carlos al Banco le informan que no tiene fondos. En ésta caso se configura el delito de fraude por libramiento de cheque sin fondos; pero el perjuicio que se ocasiona a Carlos radica en que éste iba a depositar dicho dinero a su cuenta, que le redituara buenos intereses, lo cual no puede hacer, dejando de percibir una ganancia lícita.

SUJETOS OBLIGADOS.

Las personas que por ley tienen obligación de reparar el daño son: El delincuente, quien directamente responde del delito cometido; y los terceros, los cuales lo hacen por la persona que delinque, de acuerdo al artículo 32 del Código Penal son:

I.- Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad:

II.- Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;

III.- Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los

delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos;

IV.- Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio;

V.- Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan.

Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause, y

VI.- El Estado, solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquéllos fueren culposos.

Acerca de la responsabilidad de la reparación del daño a cargo de los terceros se ha puesto en entredicho si debieran estar obligados, siendo que no son quienes cometen el delito, debiendo recaer sólo contra éstos. En gran medida la confusión emerge por el hecho de que si la pena es pública, únicamente debiera afectar a la persona del delincuente y nunca a terceros, pues de lo contrario, sería aplicar una pena *trascendental*, prohibida por el artículo 23 Constitucional, respecto a la cual emite el siguiente comentario el brillante amparista Ignacio Burgoa:

“Una pena es *trascendental* cuando no sólo comprende o afecta al autor del hecho delictivo por ella sancionado, sino que su efecto sancionador se extiende a los familiares del delincuente que no participaron en la comisión del delito. En otros términos, la trascendencia de la pena se revela en la circunstancia

de que ésta impone directa o indirectamente también a personas inocentes, unidas comúnmente por relaciones de parentesco con el autor de un delito. La imposición trascendental de una pena pugna, pues, con el principio de la *personalidad de la sanción penal*, que consiste en que ésta sólo debe aplicarse al autor, cómplices y, en general, a los sujetos que de diversos modos y en diferente grado de participación haya ejecutado un hecho delictivo”.⁸⁹

La manera de solucionar tal disyuntiva radica en suprimir el carácter de pena pública a la reparación del daño cuando sea exigible al delincuente, para que, cuando llegado el caso de que no pueda ser exigible a éstos, sino a terceros, no se preste a interpretaciones erróneas, perjudiciales para los ofendidos y víctimas del delito.

Ahora que, razonamos acertado que la reparación del daño también sea exigible a terceros, pues en muchas ocasiones el delincuente no cuenta con los medios económicos para repararlo o recurre a triquiñuelas con tal de no hacerlo; y en tales circunstancias, los terceros deben cumplir. De no contemplarse así, a los ofendidos y víctimas del delito se les dejaría en total desamparo, pues no únicamente sufrirían los daños directos provenientes del delito, sino que tampoco se les resarcirían de alguna manera aquellos.

SUJETOS QUE TIENEN DERECHO.

Frente a las personas que tienen la obligación de reparar el daño proveniente del delito, se encuentran quienes tienen derecho a ella, las cuales están señaladas en el artículo 30 del Código Penal Federal, en el siguiente orden:

⁸⁹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Op. Cit., p. 663.

“Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1o. El ofendido; 2o. En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes, y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento.”

El orden contemplado por la ley para que las personas con derecho a la reparación del daño puedan tener acceso a ella y hacerla exigible, lo juzgamos acertado, habida cuenta que en primer término debe estar quien directamente resiente el daño al bien jurídico tutelado por la norma penal; y enseguida aquellas personas que, por la relación que guardan con el ofendido se ven afectadas en mayor medida por la comisión del ilícito penal.

No quisiera pasar por alto un comentario vertido por el maestro Guillermo Colín Sánchez en el sentido de que la ley no contempla la reparación del daño a favor de quien es sujeto de un proceso o sentencia injustos, debido a la ignorancia o mala fe de los órganos del Estado, como por ejemplo, el Ministerio Público o Juez, quienes inician una averiguación previa sin que estén reunidos los requisitos exigidos por la ley; o declaran culpable a quien no lo es.⁹⁰

Sin lugar a dudas, lo comentado por éste notable tratadista es una verdad indiscutible, puesto que la administración de justicia en nuestro país se ha convertido en un negocio al servicio del mejor postor, lo que aunado en muchas

⁹⁰ Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit., p. 726.

ocasiones al desconocimiento de la ley por parte de los servidores públicos, se traduce en daños ocasionados a los procesados. Por tanto, debiera contemplarse dicha reparación del daño a cargo del servidor público responsable y no del Estado, porque implicaría que los ciudadanos, como contribuyentes, pagáramos los errores cometidos por aquél.

TRAMITACION.

El procedimiento para hacer exigible la reparación del daño es incompleto, pues únicamente regula la correspondiente a un tercero como responsabilidad civil, pero sin dedicar un apartado especial cuando es exigible al delincuente como pena pública, lo que consideramos una grave omisión, pues va en detrimento de los intereses de los ofendidos y víctimas del delito, a quienes en lugar de facilitárseles el ejercicio de tal derecho, se ven ante la disyuntiva de no saber qué procedimiento seguir.

Antes de penetrar de lleno en la regulación del incidente de reparación del daño, es conveniente sentar algunas bases que deben ser observadas durante el mismo:

a) Es fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso.

b) El Ministerio Público tiene la obligación, en su calidad de representante social, de solicitar la condena a la reparación del daño, cuando así procede; y el juzgador a resolver lo procedente. Para el caso de que así no hagan, se harán acreedores a una multa de treinta a cincuenta días de salario mínimo (artículo 31 bis). Juzgamos que las sanciones a imponer a aquellos

debieran ser más graves, puesto la imposición de una multa mínima no tiene parangón con los daños que se ocasionan a los ofendidos y víctimas del delito.

c) Tiene preferencia la obligación de pago de la reparación del daño con relación a otras adquiridas con ulterioridad al delito, salvo las que versen sobre alimentos y relaciones laborales.

Ahora bien, conviene aclarar que la reparación del daño a cargo de terceros, se tramita en forma incidental, por lo cual conviene decir que etimológicamente, la palabra incidente "... proviene de incido incidents, cuyo significado es: acontecer, interrumpir, suspender, es decir, lo que sobreviene en el curso de un asunto".⁹¹

Doctrinalmente, Juan José González Bustamante señala que "Incidente, o incidencia es toda cuestión que surge en el curso del procedimiento y que tiene relación con otra que se considera principal".⁹²

En consecuencia, al incidente podemos definirlo como un procedimiento accesorio surgido de uno principal, en el cual se ventilan cuestiones que no son de fondo, pero que afectan el seguimiento de éste. En tal sentido, el incidente de reparación del daño requiere del inicio de un proceso penal, aunque debemos aclarar que aquél puede intentarse en cualquier fase del proceso, hasta antes de que se pronuncie sentencia definitiva en el procedimiento

⁹¹ Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit., p. 663.

⁹² GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Principios de Derecho Procesal Penal, Porrúa, México, 1990, p. 381.

penal, pues de no hacerse así, tendrá que exigirse mediante demanda interpuesta ante los tribunales civiles.

Después de los comentarios previos, procederemos a analizar la regulación del “Incidente para resolver sobre la reparación del daño exigible a terceras personas”, previsto en los artículos 394 al 398 del Código Punitivo Estatal.

El artículo 394 establece que el incidente debe promoverse ante el Juez o Tribunal que conozca de la acción penal, en cualquier estado del proceso, por la persona que tenga derecho a la reparación del daño, sea el propio ofendido o la víctima del delito, en contra de los terceros que determina la ley, y a los cuales nos referimos anteriormente. Concluido dicho término, debe ejercitarse en la vía civil correspondiente, de acuerdo a lo ordenado por el Código de Procedimientos Civiles sobre incidentes.

Si el incidente llega al estado de resolución antes de que concluya la instrucción, se suspenderá hasta que el proceso se declare visto para sentencia, debiendo ésta resolver sobre la acción penal y sobre la reparación del daño exigible a personas distintas del inculgado

Si el inculgado se halla prófugo, se suspenderá la tramitación del incidente, si se hubiera iniciado, dejando a salvo los derechos del interesado para que los ejercite en la vía civil.

Las providencias precautorias que pudiera intentar quien tenga derecho a la reparación del daño se normará por lo que dispone el Código de Procedimientos Civiles, sin perjuicio de las facultades que las leyes concedan al fisco para asegurar sus bienes.

Recapitulando: de lo dicho en el presente Capítulo resulta evidente que la reparación del daño es una figura creada para aquellas personas que se ven afectadas por la comisión de un hecho ilícito, sea penal o civil, para tratar de resarcirles, de alguna manera, las afecciones materiales e inmateriales causadas por el culpable de su comisión.

También es claro que aún cuando los ámbitos civil y penal tratan de cuestiones diversas, no es óbice para que existan algunas similitudes entre la reparación del daño en uno y otro ámbito, como se desprende de la situación de que las mismas surgen a consecuencia de un hecho ilícito, esto es, contrario a la ley, a la moral y a las buenas costumbres. O también por la finalidad que ambas persiguen, que es restitutoria. Inclusive, no debemos perder de vista que aún cuando el Código Penal regula la reparación del daño a cargo de terceros, y sin embargo, cuando corresponde al delincuente se regula por el Código Civil, lo que demuestra la relación que existe entre ambos ordenamientos respecto a la cuestión *in comento*.

IV. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 319, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

Después de que en los Capítulos precedentes hemos explicado las cuestiones teóricas y legales sobre las cuales se sustenta la presente investigación, ahora nos corresponde analizar el tópico central sobre la cual gira, consistente en el análisis del último párrafo del artículo 319 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México en vigor, a efecto de determinar si es inconstitucional o acorde a lo ordenado por el artículo 20 de la Carta Magna, la limitación que establece dicho precepto en cuanto a las formas de garantizar la reparación del daño.

Para tal fin, es menester conocer los motivos, causas y razonamientos que influyeron en el Poder Legislativo Federal y en el del Estado de México para determinar el sentido de la fracción I, del Apartado A, del artículo 20 constitucional y del artículo 319 del Código de Procedimientos Penales, respectivamente. Igualmente, debemos tener presente los criterios pronunciados por los Tribunales Federales, a través de tesis y jurisprudencias, respecto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de éste último precepto, los cuales, como veremos, aunque son pocos, sí ayudan a desentrañar tal interrogante.

Lo anterior, aunado a ciertos planteamientos teóricos referentes a la jerarquía normativa de las leyes en nuestro país, nos permitirá contar con los elementos de juicio necesarios para determinar si es constitucional o no el precepto indicado, proponiendo en su caso las soluciones jurídicas que se requieren, verbigracia: la modificación o derogación del artículo 319 del Código Adjetivo Punitivo.

4.1. JERARQUÍA NORMATIVA EN MÉXICO.

Para comprender la problemática toral que es objeto de la presente investigación, debemos explicar previamente cómo se desenvuelve la jerarquía de las normas en nuestro país, situación que será de mucha utilidad tomando en cuenta el carácter de Ley Suprema que tiene la Constitución y de ley secundaria el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

En principio, diremos que el connotado tratadista Hans Kelsen fue pionero en el análisis de la jerarquía de las normas, estableciendo su famosa pirámide kelseniana, estableciendo que la Constitución es la norma superior, esto es, la base de todo el orden normativo del Estado; posteriormente siguen las leyes federales; las sustantivas o de fondo; las adjetivas o procedimentales; los reglamentos y demás normas de menor jerarquía.⁹³

En el caso de nuestro país, la base constitucional que determina la jerarquía normativa se ubica en el artículo 133 de la Carta Magna, que textualmente señala:

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

⁹³ Cfr. KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, 2ª ed., UNAM, México, 1988, pp. 146 y ss.

Del análisis de este artículo inferimos que la Constitución es la Ley Fundamental del Estado Mexicano, no sólo porque se encarga de estructurar al mismo y de establecer los derechos fundamentales del hombre, sino porque "mantener tal supremacía su superioridad sobre las demás leyes, es sostener la vida misma del pueblo, su organización política y legal y el que pueda perdurar la nacionalidad en el tiempo y en el espacio".⁹⁴

"El poder constituyente - órgano creador -, una vez otorgada la Constitución desapareció y surgieron los que esa Ley Suprema establece: órganos creados. Por eso la Constitución es la base de nuestra organización política, jurídica y económica, y todas las leyes y actos que dicten las autoridades deben estar en consonancia con ella".⁹⁵

Por su parte, Carlos Arellano García estima que la relevancia del artículo 133 Constitucional reside en los siguientes puntos:

1. Establece la jerarquía que corresponde a las diversas normas del sistema jurídico mexicano.
2. Fija una subordinación de las leyes ordinarias federales a la Constitución.
3. Determina un mayor valor jerárquico de las normas federales constitucionales contenidas en los tratados internacionales y de las normas federales ordinarias frente a las normas jurídicas constitucionales o normas jurídicas ordinarias de los Estados de la República.

⁹⁴ RABASA, Emilio O. y CABALLERO, Gloria, Mexicano: ésta es tu Constitución, 9ª ed., Porrúa, México, 1999, p. 380.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 380-381.

4. Indica una supremacía de la norma jurídica interna constitucional contenida en algún Tratado Internacional.
5. Señala una mayor jerarquía de la norma jurídica internacional frente a las normas jurídicas constitucionales o secundarias de los Estados Unidos de la República.⁹⁶

En jerarquía menor a la Constitución se ubican, siguiendo el texto del artículo 133, las leyes federales y los tratados internacionales. Y aunque aparentemente gozan de la misma jerarquía estos ordenamientos, recientemente nuestros máximos Tribunales emitieron una jurisprudencia por la cual otorgan mayor jerarquía a los tratados internacionales, tal como se infiere de su texto legal que a continuación se transcribe:

**TRATADOS INTERNACIONALES, SE UBICAN
JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES
FEDERALES Y EN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE
LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.**

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la

⁹⁶ Cfr. ARELLANO GARCÍA, Carlos, Derecho Internacional Privado, 1ª ed., Porrúa, México, 1983, pp. 104-105

existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 Constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al Presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los tratados federales, se entienden reservadas a los Estados". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P.C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES, TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA"; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.⁹⁷

⁹⁷ Novena Época, Instancia: Pleno, Tomo X, noviembre de 1999, Tesis P. LXXVII/99, página 46. Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de

El citado criterio nos deja en claro que a partir de su pronunciamiento, los tratados internacionales guardan una jerarquía mayor que las leyes federales, en razón de que son acuerdos internacionales celebrados por el Estado mexicano a través del Presidente de la República, que obligan a todas las autoridades mexicanas, tanto locales como federales. Aún cuando en el citado criterio de los Tribunales Federales no se hace alusión alguna, resulta innegable que en los tiempos de *globalización* que vivimos, el Estado mexicano ha celebrado y seguirá firmando diversos tratados internacionales de diverso contenido: económico, social, ecológico, político; verbigracia: el Tratado de Libre Comercio con América del Norte, el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea, etcétera. Por tal motivo, se hace necesario, por razones políticas y diplomáticas, que los tratados internacionales tengan una jerarquía superior a la de las leyes federales, para que los demás Estados signatarios de los tratados tengan una plena seguridad de que el Estado mexicano cumplirá cabalmente con los compromisos internacionales adquiridos.

En jerarquía menor a los tratados internacionales y leyes federales se ubican las leyes expedidas por las entidades federativas que integran la federación, llámense códigos, leyes sustantivas y adjetivas, reglamentos, etcétera, los cuales no deben contravenir las disposiciones constitucionales, sino adecuarse a las directrices que en la Carta Magna existen. Resaltamos esta cuestión, puesto que, como lo explicaremos más adelante, el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México es de jerarquía menor al artículo 20 constitucional, lo cual nos abre el camino para poder determinar la constitucionalidad del artículo 319 del ordenamiento citado en primer término.

4.2. ANÁLISIS.

Ha llegado el momento de discernir el contenido del artículo 20 constitucional, fracción I y el artículo 319 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, a efecto de determinar si lo ordenado por el último párrafo de éste precepto es acorde o no a la Constitución, en el sentido de exigir que la única forma que tiene el inculpado de caucionar para obtener su libertad provisional, para efectos de la reparación del daño, es mediante depósito en efectivo, excluyendo cualquiera otra de las maneras previstas en la Carta Magna.

Para tal fin es menester ahondar en los motivos que impulsaron a los legisladores a regular el contenido de dichos preceptos en la forma en que actualmente están en vigor, pues las razones que se esgrimen en las iniciativas de ley o de reforma son producto de la realidad social que circunda.

a) EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL.

Independientemente de que en líneas anteriores hemos ponderado la importancia de la Constitución para el sistema jurídico nacional, conviene profundizar en tales reflexiones. Así, diremos que todas las sociedades han tenido necesidad de normar su conducta de acuerdo a una multiplicidad de cuerpos normativos de diversa jerarquía, impuestas a sus integrantes, unas veces en forma coactiva por órganos especializados, y otras, acatadas voluntariamente por los mismos. Lógicamente que existen diversos niveles de jerarquía de las normas, lo cual obedece a la importancia y papel que cada una de ellas tiene dentro del Estado. Precisamente, cuando estas normas rigen la vida del Estado, organizando sus poderes, delimitando sus funciones y estableciendo los derechos y garantías de los habitantes y del Estado, reciben el nombre de Constitución.

Ahora bien, la Constitución, concebida como el ordenamiento fundamental del Estado, no podemos ubicarla en aquellos regímenes monárquicos y despóticos en donde la voluntad del soberano era lo que prevalecía, sin sujetar su actuación a ninguna norma, sino con la decadencia de la autoridad del Imperio medieval, principalmente. Por ello se afirma que la formación del moderno régimen de la Constitución acontece en la Edad Media, puesto que durante el período que comprende la guerra de reconquista del territorio español contra los moros, las cartas, los fueros, etc., otorgados por los monarcas a regiones, ciudades y villas, crearon un sistema que se caracterizó por la vigencia uniforme de varios principios generales, como la igualdad ante la ley, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a ser juzgado por los jueces naturales, participación en la cosa pública y responsabilidad de los funcionarios. Intentos semejantes hubo en el resto de Europa.

Jellinek, al igual que muchos autores, coinciden en que el nacimiento de la Constitución se inicia en Inglaterra y se desarrolla en las colonias norteamericanas, que viven ya el principio de declaración de los derechos humanos.

Luego entonces, la Constitución se vincula a los Estados modernos, a la idea de un “Estado de Derecho” en que tanto gobernantes como gobernados tienen que sujetar su actuación al imperio de la ley; y desde esa perspectiva acontecimientos históricos universales como la Revolución Francesa o la Independencia de las Trece Colonias norteamericanas han contribuido grandemente al imperio de la Constitución, al comprender que sólo mediante la promulgación de una Ley Fundamental se puede aspirar a garantizar los derechos fundamentales del hombre y a organizar los poderes del Estado.

Filosóficamente, podemos decir que la Constitución refleja las ideas que acerca de los derechos del hombre, de la forma de gobierno y de la manera de organizar los poderes del Estado tiene la sociedad. Tan significativo cuerpo normativo es donde se condensan las aspiraciones sociales; donde se refleja la voluntad de colectividad, ya que sin duda es producto de la decisión de ésta de darse a sí mismo un instrumento garantizador del Estado de Derecho, de su libertad, de justicia y de protección de los valores fundamentales del hombre.

Como resultado de la supremacía de la Constitución dentro del sistema jurídico de un Estado, es que surgen ideas como el constitucionalismo, las cuales implican que todas las demás leyes sustantivas, adjetivas, reglamentarias, etc., tienen que ceñirse a los mandatos constitucionales, pues de lo contrario serán inconstitucionales, y por ende, carentes de validez. En otras palabras, constitucionalismo es sinónimo de preponderancia de la Ley Fundamental sobre cualquier otro cuerpo normativo. Por encima de la Constitución no hay nada.

La doctrina coincide en que una Constitución comprende dos partes esenciales: “Una, la denominada “dogmática” que contiene un sistema de limitaciones a la acción del poder público frente a los individuos o grupos sociales, son las llamadas garantías individuales y sociales. Otra, la “orgánica”, que se refiere a la creación y organización de los poderes públicos con sus correspondientes competencias; es la manera como se crean y organizan los órganos del Estado, y se asigna a cada uno de éstos sus atribuciones, a fin de que vivan y actúen siempre dentro de un régimen de derecho”.⁹⁸

En el caso del tema que nos ocupa, guarda interés únicamente la parte

⁹⁸ POLO BERNAL, Efraín, Manual de Derecho Constitucional, Porrúa, México, 1985, p. 144.

dogmática, puesto que el artículo 20 constitucional se ubica dentro de las llamadas garantías individuales, como un derecho público subjetivo, que en el caso de la fracción I del Apartado A, es a favor del inculpado, a efecto de posibilitarle la obtención de su libertad provisional bajo caución, a efecto de que no esté en prisión preventiva durante el tiempo que dure la secuela procesal. Ciertamente dicha fracción ha sufrido reformas, merced a la realidad social que se va transformando y que exige una armonía entre la necesidad de protección de los intereses de la sociedad y los del inculpado que no por el hecho de ser objeto de una acusación penal deja de tener la calidad de ser humano y de gobernado, al cual deben respetársele los derechos previstos en la Carta Magna.

Aún cuando el artículo 20 constitucional ha sufrido reformas, la que guarda interés para efectos de nuestra investigación, es a la Iniciativa de Decreto que reformó la fracción I del citado precepto, expedida por el entonces Presidente de la República Miguel de la Madrid Hurtado en septiembre de 1984, cuya exposición de motivos analizamos a continuación.

En primer término, destacó el Ejecutivo de la Unión lo siguiente. *“El artículo 20 constitucional establece importantes derechos públicos subjetivos del inculpado, que representan garantías esenciales para éste y aseguran la debida impartición de la justicia en materia penal”*.⁹⁹ Analizando el texto transcrito, cabe resaltar que dicha garantía individual no únicamente tiene como fin beneficiar al inculpado, sino garantizar que la administración e impartición de justicia en el ámbito penal se lleve a cabo con pleno apego a las disposiciones constitucionales y legales, respetando los derechos del acusado, de forma tal que si

⁹⁹ H. CÁMARA DE DIPUTADOS, Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones, Ediciones Porrúa Hermanos, México, 2000, p. 923.

de lo probado en la secuela procesal se acredita la responsabilidad penal del procesado, se le declare culpable e imponga la sanción correspondiente, acorde a las circunstancias personales del inculpado y de la perpetración del delito; pero en caso contrario, es decir, que no existan elementos para probar la culpabilidad del inculpado, se le absuelva. En ello radica precisamente la justicia en el ámbito penal.

Prosiguiendo con el estudio de la exposición de motivos, el Ejecutivo de la Unión señaló que la fracción I del artículo 20 de la Carta Magna es “...una institución con la que se procura armonizar, en forma equitativa, los intereses de la sociedad, los derechos del procesado, los intereses patrimoniales del ofendido y la buena marcha del procedimiento”. Luego entonces, la hipótesis contemplada en la fracción citada persigue cuatro objetivos fundamentales que no se contraponen, sino que tratan de armonizarse y que a continuación discernimos:

1. *El interés social.* El Derecho Punitivo tiene como uno de sus fines primordiales (además de sancionar al delincuente) proteger a la sociedad en los bienes jurídicos de mayor importancia (vida, libertad, patrimonio, etc.) que están amenazados por quienes cometen las conductas penalmente tipificadas; además de brindar a los gobernados una seguridad y estabilidad social que se pone en peligro por los delincuentes.

2. *Los derechos del procesado.* Sobre esta cuestión hemos venido ahondando, por lo que para evitar repeticiones innecesarias, omitiremos mayor comentario.

3. *El patrimonio del ofendido.* Puesto que la obtención de la libertad provisional bajo caución por parte del inculpado implica para éste destinar parte

de su patrimonio a tal objeto, ello no significa que deba afectarse considerablemente su economía; de ahí que en la actualidad, el artículo 20 constitucional, fracción I, determina que el monto de la caución debe ser asequible al procesado, es decir, que esté en posibilidad de garantizarla.

4. *La buena marcha del procedimiento.* Como lo señalamos oportunamente, en la administración e impartición de justicia penal debe hacerse con pleno respeto a las garantías constitucionales que establece en su favor.

Otra de las reformas sustanciales del precepto en estudio es la que tuvo lugar el catorce de enero de mil novecientos ochenta y cinco, se sustituyó el término “fianza” por el de “caución” bajo el argumento de que independientemente de las razones de técnica jurídica, el nuevo concepto abarcaba los diversos tipos que la legislación reconoce como garantía, a saber: depósito en efectivo, prenda, hipoteca, fianza o fideicomiso; en tanto que la noción “fianza” es una especie del género caución.

Actualmente, el artículo 20 constitucional, Inciso A, fracción I, en cuanto al tema de nuestra investigación, textualmente señala: “*El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado*”. Esto significa que la caución que determine el juez para garantizar la reparación del daño y las obligaciones a su cargo, debe quedar al alcance del inculpado, no sólo en cuanto a su monto (debe tomarse en consideración las posibilidades económicas del inculpado), sino también en relación a la forma. En cuanto a éste aspecto y partiendo de la base que el artículo 20 constitucional, Inciso A, es una garantía del procesado, aunado a la *ratio legis* en que se fundamenta tal derecho del inculpado, inferimos que al disponer el mencionado precepto que la forma de

la caución debe ser “asequible”, debe interpretarse en el sentido de otorgar las mayores facilidades para que el inculpado pueda obtener su libertad. Y puesto que el Código Federal de Procedimientos Penales determina que puede garantizarse la reparación del daño mediante depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca y fideicomiso, se concluye que cualquiera de las maneras que elija el inculpado es perfectamente válido y debe ser aceptada por el juzgador, ya que la Constitución no lo faculta para determinarla limitativamente, ni a su libre albedrío, siendo claro el texto legal, por lo cual resulta infundada y violatoria de la garantía del inculpado cualquier interpretación distinta a lo dicho.

Tal disposición la consideramos acertada tomando en cuenta que, independientemente de cualquier forma en que el inculpado caucione su libertad provisional, la misma tiene los mismos efectos que es: garantizar la reparación del daño, el pago de la multa y todas las obligaciones pecuniarias que pudieren derivarse para el caso de ser declarado penalmente responsable del delito que se le imputa.

Por otra parte, y en razón de que la Constitución es la Ley Suprema del Estado mexicano, queda claro que lo dispuesto por el artículo 20 constitucional deben acatarlo en todos sus términos tanto quienes crean las leyes, como quienes las aplican, a efecto de no contravenir el pacto federal, de conformidad con lo previsto en el artículo 133 constitucional.

De tal guisa, tanto las Constituciones de todos los estados, como las leyes sustantivas y adjetivas y demás ordenamientos, deben ceñirse al mandato constitucional, ya que más arriba de la Constitución Federal no existe ninguna ley, de lo cual se infiere que la forma de garantizar la reparación del daño por parte del inculpado es potestativa para éste y cualquier disposición legal en contrario es inconstitucional.

**b) EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL ARTÍCULO 319 DEL
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE
MÉXICO.**

Las iniciativas de ley presentadas por el Gobernador del Estado de México o por su legislatura local (Cámara de Diputados), deben tener una exposición de las razones, motivos o causas por las cuales se crea, reforma, adiciona o deroga la ley, o en el caso que nos ocupa, por qué se redacta en los términos en que aparece actualmente el artículo 319 del Código Punitivo del Estado. Lamentablemente, en la exposición de motivos no se contiene mayor comentario en torno a dicho precepto, sino en general a todo el Código, por lo cual no contamos con los elementos de juicio para hacer una valoración de la misma.

No obstante, y por tratarse el Código Punitivo, del Estado de México una ley adjetiva, al menos en teoría y en debido acatamiento al principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 133 de la Carta Magna, debiera entenderse en el sentido que la regulación de la forma y monto de la caución para garantizar la reparación del daño debe ser en los términos previstos en la fracción I, Inciso A, del artículo 20 de la Ley Fundamental. Sin embargo, como lo analizaremos a continuación, el artículo 319 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México contraviene tal garantía individual del inculpaado, por las razones que se exponen enseguida.

El artículo 319 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, textualmente dispone que todo inculpaado tiene derecho a ser puesto en libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite, a condición de que reúna una serie de requisitos a los cuales nos referimos con toda oportunidad, y que únicamente nos referiremos al contenido en su fracción I,

consistente en garantizar el monto estimado de la reparación del daño. Ahora bien, el problema surge por lo que ordena dicho precepto en su último párrafo en donde indica que la garantía a que se refiere la fracción I deberá ser siempre mediante depósito en efectivo. De esto, surgen varias interrogantes, a saber:

¿Existe algún fundamento legal para ello?

¿Hay alguna causa de interés social que lo justifique?

¿Es constitucional o inconstitucional el citado precepto?

Consideramos que no existe fundamento legal alguno para que los legisladores del Estado de México hayan redactado tal precepto en el sentido que actualmente existe, pues como lo hemos venido reiterando, la Constitución Federal es el ordenamiento de mayor importancia y jerarquía en nuestro país, el cual establece reglas generales a las cuales deben ceñirse los Estados miembros de la Unión, de conformidad con lo previsto en el artículo 133.

Sin embargo, en los términos en que está redactado el último párrafo del artículo 319 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, se viola el artículo 20 constitucional, Apartado A, fracción I, el cual determina que la forma de otorgar la caución debe ser asequible al inculpado, es decir, estar a su alcance y elegir la que más le convenga económicamente de entre las diversas formas que están contempladas en la ley (depósito en efectivo, prenda, hipoteca, fianza o fideicomiso), siendo que el multicitado artículo 319 señala que, para efectos de garantizar la reparación del daño únicamente puede hacerse en depósito en efectivo, excluyendo cualquiera de las otras formas de caucionar, que inclusive contempla dicho precepto para la reparación de otras cuestiones como son: garantizar la sanción pecuniaria y el cumplimiento de las obligaciones a su cargo que la ley establece en razón del proceso, en donde se autoriza que la

garantía podrá consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca y fideicomiso formalmente constituido.

Tal distinción que hace el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México en cuanto a la forma de garantizar no la entendemos, ni tampoco pensamos que tenga lógica alguna, pues si de lo que se trata es de garantizar, ni al Estado ni a la víctima le importan la forma en que lo haga, sino simplemente que se garantice. Y a quien sí le significa un perjuicio y dificulta la obtención de su libertad bajo caución es al inculcado, ya que si éste no cuenta con dinero en efectivo para garantizar la reparación del daño, simplemente no lo podrá hacer.

Ahora bien, consideramos que si un juez niega la libertad provisional del inculcado pretextando que éste no garantizó la reparación del daño en la forma prevista en el artículo 319, tal resolución es inconstitucional, puesto que se insiste en que el artículo 133 constitucional determina que la Carta Magna es la Ley Suprema de la Unión, por lo que, independientemente de lo que establezca en contrario el Código Punitivo Adjetivo del Estado de México, debe prevalecer lo ordenado por el artículo 20, Apartado A, fracción I. Así las cosas, el juzgador tiene la obligación de acatar preferentemente lo ordenado por la Ley Suprema.

En otro orden de ideas, estimamos que no existe un interés social o de la víctima que justifique la exigencia de garantizar la reparación del daño mediante efectivo, ya que se reitera que de lo que se trata es de asegurar el interés del Estado y de la víctima del delito; sin embargo, con el artículo 319 lo único que se logra en la práctica es obstaculizar la concesión de la libertad provisional bajo caución a favor del inculcado, pues no dudamos que existen procesados

tienen el poder económico para otorgar garantías en efectivo por la cantidad que les fijen los jueces; sin embargo, para el común de los que están procesados no cuentan con los recursos económicos para hacer depósito en dinero que garantice la reparación del daño.

Tal pareciera que únicamente pueden acceder a la libertad provisional bajo caución los ricos, tornando, en cierta manera, elitista la administración e impartición de justicia penal.

Con las argumentaciones referidas no pretendemos ubicarnos a favor del inculcado, pero sí en búsqueda de que impere la Constitución; de que se le respete un derecho público subjetivo consagrado en el artículo 20; de que existe un respeto al principio de supremacía constitucional, en términos de lo previsto por su artículo 133.

4.3. JURISPRUDENCIA.

Puesto que las normas jurídicas son una creación del hombre, el que por su propia naturaleza es imperfecto, es lo que hace que las leyes, en muchos de los casos sean imperfectas, lo cual queda evidenciado en la serie de lagunas y contradicciones que presenta y cuyo sentido es preciso aclarar, a efecto de encontrar su *ratio legis*, para una aplicación adecuada al caso concreto por parte de los órganos jurisdiccionales competentes.

En otras palabras, se requiere de una labor de hermenéutica jurídica por parte de los órganos competentes, que en el caso de nuestro sistema jurídico y de conformidad con el artículo 192 de la Ley de Amparo, corresponde a la

Suprema Corte de Justicia y a los Tribunales Colegiados de Circuito, quienes con base al análisis de las normas que sustentan criterios de gran ayuda en la comprensión de las mismas. Como resultado de dicha labor surge la jurisprudencia, como una fuente auxiliar del Derecho que se crea con base en la emisión de cinco sentencias en un solo sentido, sin ninguna en contra, emitidos por dichos tribunales, las cuales son obligatorias para los juzgadores.

Tratándose del tema que nos atañe, la jurisprudencia adquiere un matiz muy especial, ya que robustece nuestra postura de inconstitucionalidad de que adolece el artículo 319 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México. A continuación transcribimos y comentamos algunas de las más importantes de las que se deriva tal cuestión.

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IX, abril de 1999

Tesis: P./J.37/99

Página: 18

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL ARTÍCULO 340, ÚLTIMO PÁRRAFO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MÉXICO, QUE RESTRINGE LA FORMA DE GARANTIZARLA, ES INCONSTITUCIONAL. El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, como garantía de todo inculcado, que: "I. Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley prohíba expresamente conceder este beneficio. El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado.". Los ordenamientos procesales secundarios, en cumplimiento a este mandato constitucional, han establecido como medios de caución, entre otros, los consistentes en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca y fideicomiso, para que el procesado opte por el que le sea más fácil conseguir, pues ese es el

significado de asequible (aquello posible de ser alcanzado o conseguido). El último párrafo del artículo 340 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México se aparta de este principio al exigir, como requisito para obtener la libertad provisional, que la caución para garantizar la reparación del daño se haga mediante depósito en efectivo. Tal disposición es inconstitucional, pues restringe la garantía establecida en el artículo 20 de la Ley Fundamental, al excluir cualquier medio de caución asequible para el procesado e igualmente idóneo para garantizar las responsabilidades a su cargo, sin que exista razón alguna, ya que igual seguridad jurídica le dan a la víctima del delito las otras formas de caución que han sido aceptadas por el legislador ordinario como efectivas.

Amparo en revisión 1494/96. Adolfo Vázquez Morales. 19 de junio de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Guadalupe Ortiz Blanco.

Amparo en revisión 2831/96. Hugo Marín Delgado. 19 de junio de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: José Pablo Pérez Villalba.

Amparo en revisión 1715/97. Rodolfo Horario Rosales Serna. 9 de julio de 1998. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Adriana Escorza Carranza.

Amparo en revisión 3196/97. María Eugenia Ramos Pérez. 9 de julio de 1998. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juan Díaz Romero Secretario: Jacinto Figueroa Salmorán.

Amparo en revisión 1715/96. Rodolfo Horario Rosales Serna. 9 de julio de 1998. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Adriana Escorza Carranza.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: X, octubre de 1999

Tesis: 1.2º.P.28 P

Página: 1297

LIBERTAD PROVISIONAL. PARA GARANTIZARLA NO DEBE EXIGIRSE QUE LA CAUCIÓN SEA EXHIBIDA EN UNA FORMA DETERMINADA. Es incorrecto que el juzgador, al conceder la libertad provisional del inculpado, exija que la caución para garantizarla, sea exhibida en una forma específica, en virtud de que de una correcta interpretación del artículo 20, fracción I, párrafo segundo de nuestra Carta Magna, la caución debe ser "asequible" para el inculpado y en circunstancias que la ley determine, de donde se advierte que dicho precepto además de imponer la obligación al juzgador de que la caución que requiera al inculpado esté al alcance de éste, también ordena que para establecer las formas de exhibir esa garantía, se deben seguir las reglas contenidas en la ley secundaria, como es el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual en su artículo 562 contempla las diversas formas de garantizar la libertad, ya que señala que la caución podrá consistir: en Depósito en efectivo, hipoteca, prenda, fianza personal o fideicomiso. De ahí que sea inaceptable que la exhibición de la caución se exija en una forma determinada, porque ello resultaría discriminatorio y haría nugatorio el beneficio, ya que en los casos de que el inculpado no pudiera exhibir la caución en la forma requerida por el juzgador, aun cuando tuviera la posibilidad de garantizar sus obligaciones por otro medio distinto al exigido y permitido por la ley, no lo haría, lo cual es contrario al espíritu del legislador al establecer el término "asequible" en el precitado artículo constitucional. Sin que por la circunstancia de que al inculpado se le otorgue la libertad de exhibir la garantía en cualesquiera de las formas referidas por el artículo 562 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que vulnera garantías individuales de las víctimas, en virtud de que la finalidad de exigir la exhibición de la caución, no es más que una medida precautoria para garantizar que el inculpado no se sustraerá a la acción de la justicia con motivo de la libertad que obtuvo, para no sufrir prisión preventiva mientras se le instruye proceso y, que la forma en que sea

exhibida la caución siempre tendrá igual eficacia para garantizar al Estado el pago de la multa y al ofendido del delito y el de la reparación del daño, para el caso de concluir el proceso con una sentencia condenatoria definitiva, o porque se revoque la libertad provisional por culpa del inculpado. Luego entonces, conviene resaltar que las garantías que consagra el artículo 20 constitucional a favor del inculpado y de la víctima del delito no pugnan entre sí y por el contrario, se trata de derechos fundamentales paralelos, ya que el inculpado para obtener la libertad caucional puede elegir cualesquiera de las formas establecidas por la ley para que de esa manera se torne asequible ese derecho público que tiene, pero al mismo tiempo la parte ofendida podrá hacer efectivo su derecho en la vía legal correspondiente, sin importar la forma como haya garantizado el pago de ese daño el inculpado al obtener su libertad caucional.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 602/99. José Alfredo Juárez López. 16 de junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Alicia Rodríguez Cruz. Secretario: J. Trinidad Vergara Ortiz.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IV, Agosto de 1996

Tesis: 1.1o.P.12 P

Página: 697

LIBERTAD PROVISIONAL. NO DEBE LIMITARSE A LA EXHIBICIÓN DE BILLETE DE DEPÓSITO LA FORMA DE GARANTIZAR LAS SANCIONES PECUNIARIAS Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO. *De una correcta interpretación de los artículos 20, fracción I, de la Carta Magna, y 556, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que dicen que las sanciones pecuniarias y la reparación del daño, para efectos de la libertad provisional bajo "caución", deberán "garantizarse", y tomando en consideración que en la Iniciativa del Ejecutivo de la Unión que originó la reforma de*

la fracción I del precepto constitucional mencionado, de catorce de enero de mil novecientos ochenta y cinco, se substituyó el término "fianza" por el de "caución" bajo el argumento de que independientemente de razones de técnica jurídica, el nuevo concepto abarca los diversos tipos que la legislación reconoce como garantía, se obtiene que el Juez no debe exigir al procesado que garantice el cumplimiento de esas eventuales obligaciones mediante billete de depósito, sino que está obligado a respetarle el derecho que tiene para elegir la naturaleza de la misma.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 221/96. Julio César Canessa Zucco. 30 de abril de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Enrique Rueda Dávila. Secretario: José Manuel Yee Cupido.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XUV, Agosto de 2001

Tesis: II.1o.P.95 P

Página: 1359

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL ARTÍCULO 319, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO, QUE RESTRINGE LA FORMA DE GARANTIZARLA, ES INCONSTITUCIONAL. El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como garantía de todo inculcado que: "... I. Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio... El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado...". Por su parte, el último párrafo del artículo 319 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, establece: "La garantía a que se refiere la fracción I deberá ser siempre mediante depósito en efectivo, y las

señaladas en las fracciones II y III podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.” Como se advierte, aún cuando la legislación del Estado de México ha establecido como medios de caución, entre otros, los consistentes en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca y fideicomiso, para que el procesado opte por el que le sea más fácil conseguir, pues ese es el significado de asequible (aquello posible de ser alcanzado o conseguido); en cambio, el último párrafo del artículo 319 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, se aparta de ese principio, pues establece como requisito para obtener la libertad provisional, que la caución exigida para garantizar la reparación del daño sea mediante depósito en efectivo; lo anterior evidencia la inconstitucionalidad del precepto, pues restringe la garantía establecida en el artículo 20 de la Ley Fundamental, al excluir cualquier otro medio de caución asequible para el procesado e igualmente idóneo para garantizar las responsabilidades a su cargo, sin que exista razón alguna, ya que igual seguridad jurídica le dan a la víctima del delito las otras formas de caución que han sido aceptadas por el legislador ordinario como efectivas.

**PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL
DEL SEGUNDO CIRCUITO.**

*Amparo en revisión 332/2000. 25 de enero del 2001.
Unanimidad de votos. Ponente: Luis Pérez de la Fuente.
Secretario: Jaime Arturo Cuayahuitl Orozco.*

Analizando las jurisprudencias anteriores, se desprende la evidente inconstitucionalidad de que adolece el artículo 319 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, por su contravención a lo previsto en el artículo 20, Apartado A, fracción I constitucional, ya que indebidamente limita la forma en que debe garantizarse la reparación del daño al depósito en efectivo, conculcando la garantía individual a favor del inculcado, la cual indica que la forma de otorgar la caución debe ser asequible al procesado, lo que significa que se encuentre a su alcance o que sea más fácil, dejando tal elección a su libre arbitrio.

4.4. EL AMPARO INDIRECTO COMO MEDIO DE DEFENSA PARA IMPUGNAR LA DETERMINACIÓN DEL JUEZ QUE RESTRINGE LA FORMA DE GARANTIZAR LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

Lo deseable es que las autoridades estatales actuaran con apego a la ley y pleno respecto a los derechos de los gobernados tutelados por el orden constitucional y legal; sin embargo, pensar que así sea es una quimera. Previendo tal situación es que Crescencio Rejón y Manuel Otero crearon el Juicio de Amparo a mediados del siglo XIX, el cual está contemplado en la Constitución vigente, en sus artículos 103 y 107. Dicha institución, en opinión del Dr. Ignacio Burgoa “tiene por objeto proteger al gobernado contra cualquier acto de autoridad que, en detrimento de sus derechos viole la constitución... (es) una institución jurídica directa de la constitución e indirecta y extraordinaria de la legislación secundaria (control constitucional y legal) que se traduce en un procedimiento autónomo de carácter contencioso (control jurisdiccional en vía de acción) y que tiene por objeto invalidar, en relación con el gobernado en particular y a instancia de éste, cualquier acto de autoridad (lato sensu) inconstitucional o ilegal que lo agravie”.¹⁰⁰

Entre las características que este autor encuentra en el juicio de garantías, tenemos:

a) El amparo se sustancia en un procedimiento jurisdiccional o contencioso, incoado por el gobernado particular y específico que se siente agraviado por cualquier acto de autoridad que origine la contravención a alguna garantía constitucional o la transgresión a la esfera de competencia entre la Federación y los Estados.

¹⁰⁰ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, El Juicio de Amparo, 35ª ed., Porrúa, México, 1999, pp. 176-177.

b) La acción de amparo se dirige contra el órgano estatal al que se atribuya el acto infractor (autoridad responsable), que funge como parte demandada.

c) La sentencia que recae al juicio de amparo, al otorgar la protección en favor del gobernado, invalida el acto violatorio.

d) El juicio de amparo persigue dos objetivos medulares y concomitantes: uno de índole particular, consistente en proteger al gobernado contra cualquier acto de autoridad violatorio de la Constitución; y otro de naturaleza pública y social, debido a que tiende a hacer efectivo el imperio de la Constitución y de la ley frente a cualquier órgano estatal, para que así se protejan los intereses colectivos, pues sin el respeto al orden legal, no puede tener lugar un Estado de derecho.

e) El sujeto legitimado para hacer valer el juicio de amparo es cualquier gobernado que se sienta vulnerado en su esfera jurídica por un acto de autoridad violatorio de garantías individuales y del orden constitucional en general. Debe aclararse que dentro de la acepción “gobernado” quedan comprendidos la persona física o “individuo”, las personas morales de derecho privado, de derecho social, los organismos descentralizados, empresas de participación estatal y excepcionalmente a las mismas personas jurídicas oficiales.¹⁰¹ Por ello, el juicio de garantías ha dejado de ser una institución exclusivamente individualista para convertirse actualmente en un proceso de tutela de toda persona que se encuentre en la situación de gobernado, sin importar su ámbito social, político y económico en que se haya creado y se desenvuelva.

¹⁰¹ Op. cit., BURGOA ORIHUELA, Ignacio, pp. 174-175.

f) El amparo es un juicio unitario puesto que “procede contra cualquier acto de autoridad en sentido lato que agravie al gobernado y en que tutela la Constitución e imbitamente toda la legislación secundaria mediante su invalidación o su inefectividad concretas”.¹⁰²

g) Conocen de él los órganos judiciales federales del Estado, o sea, los tribunales de la Federación.

h) Las sentencias que en él se dictan se limitan a proteger al gobernado contra el acto stricto sensu o la ley inconstitucionales, teniendo eficacia en el caso concreto de que se trate (principio de relatividad).

Así las cosas, tomando como referencia los conceptos doctrinales expuestos acerca del Juicio de Amparo, concluimos que se trata de un instrumento de defensa de los derechos públicos subjetivos y de la Constitución, que procede contra las leyes o actos de autoridad conculcatorios de las garantías individuales o que impliquen una invasión en la esfera de la soberanía de la Federación en la Local, cuyo efecto consiste en restituir al quejoso en el goce de la garantía violada, retrotrayendo las cosas al estado que guardaban hasta antes de cometida la violación.

El objeto del Juicio de Amparo tiene su sustento legal en el artículo 103 constitucional y 1º de la Ley de Amparo, que textualmente indican:

"Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

- I. *Por leyes o actos de la autoridad que violen garantías individuales;*

¹⁰² BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Op. cit., p. 175.

- II. *Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados, y;*
- III. *Por leyes o actos de la autoridad de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal”.*

De tal precepto se desprende fácilmente que el juicio de amparo tiene como materia leyes o actos provenientes de cualquier autoridad ejecutiva, legislativa o judicial tanto federal, como de los estados y que el control constitucional en nuestro país se restringe a la defensa de los derechos del hombre y la violación de las esferas locales y federales; pero siempre que esta violación cause perjuicio a un particular, lesionando sus derechos fundamentales...".¹⁰³

Así también, se infiere que uno de los supuestos en que es procedente el Juicio de Amparo es cuando se violan las garantías individuales del gobernado, como lo es en el caso que nos ocupa, la del inculpado al que se le niega el derecho que tiene a elegir la forma de garantizar la reparación del daño, previsto en la fracción I del artículo 20 de la Ley Fundamental.

De lo dicho hasta el momento, y tomando en cuenta que, como lo hemos venido reiterando, el artículo 319 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México contraviene lo ordenado por el artículo 20 constitucional, Apartado A, fracción I, violando la garantía individual del inculpado, es por lo que éste puede impugnar la resolución del juez por la cual se le niega la libertad provisional bajo caución por no haber garantizado mediante depósito en efectivo.

¹⁰³ GONZÁLEZ COSÍO, Arturo, *El Juicio de Amparo*, 5ª ed., Porrúa, México, 1998, p. 30.

Diríamos que el Juicio de Amparo es la única instancia efectiva a través de la cual puede anularse dicha determinación del juez; sin embargo, ello no es óbice para que se hagan aportaciones para solucionar tal problemática.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La libertad es un derecho inherente al hombre, la cual adquiere el carácter de garantía individual por ser un derecho público subjetivo del gobernado frente al Estado, tutelado por la Constitución.

SEGUNDA.- La libertad corporal, como una de las especies de la libertad en general, implica la posibilidad de desplazarse con plenitud, la cual únicamente puede restringirse en forma preventiva mediante la retención por una autoridad administrativa, orden formal de prisión, o en forma definitiva, por una sentencia condenatoria, dictada por la autoridad judicial.

TERCERA.- Dentro de la sociedad existen conductas que **lesionan** los intereses individuales y colectivos de ésta, los cuales se tipifican como delitos por el Código Penal, a cuyos responsables de su comisión se les aplican las penas correspondientes, previo seguimiento y cumplimiento de todas y cada una de las etapas del procedimiento penal, hasta culminar con una sentencia.

CUARTA.- Todos los delitos constituyen conductas típicas, antijurídicas, culpables o dolosas, y punibles, pero no todos causan una lesión mayor al bien jurídico tutelado por el orden normativo penal, motivo por el que el legislador prevé en el artículo 20 constitucional, Apartado A, fracción I, la posibilidad de que las personas que han cometido un delito no contemplado por la legislación penal correspondiente como grave y que caucione la reparación del daño de una manera posible de alcanzar o conseguir, puedan obtener su libertad provisional bajo caución, lo cual implica gozar de libertad en tanto se substancia el proceso penal.

QUINTA.- La forma de garantizar la reparación del daño a favor de la víctima debe ser alcanzable o que la pueda conseguir el inculpado, porque se trata de una garantía individual de que goza y que le permite obtener su libertad provisional, lo cual implica que puede otorgar dicha caución en cualquiera de las formas establecidas en la ley adjetiva, a saber: mediante depósito en efectivo, prenda, hipoteca, fianza o fideicomiso.

SEXTA.- El último párrafo del artículo 319 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México se aparta del principio consagrado en el artículo 20 constitucional, fracción I, en razón de que exige como requisito para que el inculpado obtenga su libertad provisional bajo caución que se garantice la reparación del daño **ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE MEDIANTE DEPÓSITO EN EFECTIVO**, lo cual constituye una violación al citado precepto constitucional que opera en perjuicio del inculpado, y que se aleja del principio del artículo 20 constitucional, ya que en caso de no poder garantizar en tal forma, no obtendrá su libertad provisional y quedará sujeto a prisión preventiva de manera ilegal.

SÉPTIMA.- El último párrafo del artículo 319 del Código Adjetivo Punitivo del Estado de México es inconstitucional, ya que se trata de una norma de jerarquía inferior a la Constitución Federal, por lo que atendiendo al principio de supremacía de la Carta Magna prevista en el artículo 133 constitucional, la norma que debe prevalecer es la garantía contenida en el artículo 20 constitucional, fracción I.

OCTAVA.- El hecho de que los Legisladores del Estado de México, no hayan adecuado el artículo 319, último párrafo del Código de Procedimientos Penales a lo dispuesto por el artículo 20, fracción I de nuestra Carta Magna, trae como consecuencia que los jueces penales apliquen, en el ámbito de su competencia,

únicamente lo dispuesto por el Código Punitivo de la entidad, sin tomar en cuenta lo previsto en el artículo 20, fracción I, de la Carta Magna, lo cual causa una afectación en la esfera jurídica del inculpado, que es combatible a través del Juicio de Amparo, juicio que no debería de agotarse, si la legislación Estatal estuviera apegada al imperativo Constitucional.

NOVENA.- Dentro de la Averiguación Previa, así como en la etapa de instrucción, los inculpados son presuntos responsables que son sujetos a un procedimiento para determinar su culpabilidad o inculpabilidad, por lo que se deben respetar todas sus garantías individuales como cualquier otro gobernado, teniendo la autoridad la obligación de hacerlo so pena de tornar ilegal su actuación.

DÉCIMA.- Concluyo la investigación realizada proponiendo que se reforme el último párrafo del artículo 319 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México a efecto de que se establezca que la forma de garantizar la reparación del daño puede ser mediante las modalidades consistentes en: depósito en efectivo, hipoteca, prenda, fianza o en su caso fideicomiso, a fin de estar en armonía y no en contraposición con la Ley fundamental de este País

BIBLIOGRAFÍA

ARILLA BAS, Fernando, Procedimiento Penal Mexicano, 17ª ed., Porrúa, México, 1997.

BECERRA BAUTISTA, José, El Proceso Civil en México, 16ª ed., Porrúa, México, 1999.

BEJARANO SANCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, 4ª ed., Oxford, México, 1999.

BORJA, Rodrigo, Derecho Político y Constitucional, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, 29ª ed., Porrúa, México, 1997.

CARPIZO, Jorge y MADRAZO, Jorge, Derecho Constitucional, 1ª ed., UNAM, México, 1990.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, Derecho Penal Mexicano. Parte General, 18ª ed., Porrúa, México, 1995.

CASTILLO DEL VALLE, Alberto del, La Defensa Jurídica de la Constitución en México, Trillas, México, 1993.

CASTRO, Juventino V., Garantías y Amparo, 9ª ed., Porrúa, México, 1996.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimiento Penales, 15ª ed., Porrúa, México, 1995.

DIAZ DE LEON, Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal y Términos Usuales en el Proceso Penal, Tomo II, 3ª ed., Porrúa, México, 1997.

Diccionario Jurídico Espasa, Espasa-Calpe, Madrid, 1999.

Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo III: I-O, 10ª ed., Porrúa, México, 1997.

GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón, Pequeño Larousse Ilustrado, Ediciones Porrúa, México, 1990.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Principios de Derecho Procesal Mexicano, 30ª ed., Porrúa, México, 1986.

GONZÁLEZ URIBE, Héctor, Estudios Político-Constitucionales, 2ª ed., Porrúa, México, 1990,

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, 9ª ed., Porrúa, México, 1993.

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Delitos en Particular, Tomo II, 3ª ed., Porrúa, México, 1997.

MORAL PADILLA, Luis, Notas de Derecho Constitucional y Administrativo, 1ª ed., Ed. McGraw Gill, México, 1997.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Contratos Civiles, 6ª ed., Porrúa, México, 1990.

RECASENS FICHES, Luis, Introducción al Estudio del Derecho, 1ª ed., Porrúa, México, 1979.

RIVERA SILVA, Manuel, El Procedimiento Penal, 15ª ed., Porrúa, México, 1997.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, Derecho Mercantil, Tomo II, 23ª ed., Porrúa, México, 1998.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo Sexto, Vol. II, 6ª ed., Porrúa, México, 1997.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo Tercero, 8ª ed., Porrúa, México, 1995.

ROUSSEAU, Juan Jacobo, El Contrato Social, 3ª ed., Editores Unidos Mexicanos, México, 1984.

SAYEG HELÚ, Jorge, Institucionales de Derechos Constitucional Mexicano, 1ª ed., Porrúa, México, 1987.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA

SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos, De los derechos personales, de crédito u obligaciones, Porrúa, México, 1996.

SILVA SILVA, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, Harla, México, 1990.

TENA RAMÍREZ, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, 30ª ed., Porrúa, México, 1995.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CODIGO CIVIL FEDERAL

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO.