



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA,
EN EL FUERO COMÚN**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

MORAN EVANGELISTA, ELIZABETH

ASESOR: BARRAGÁN SALVATIERRA, CARLOS

MÉXICO, D. F.

2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Porque acaso ¿existe otra Universidad de la misma calidad?

A LA FACULTAD DE DERECHO

Por tener a los mejores maestros que han dejado en mi persona una huella profunda en el leal saber del derecho, y un ímpetu en adquirir conocimiento.

AL MAESTRO CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA

Por haber aceptado asesorar este trabajo, y haberme otorgado su valioso tiempo, pero principalmente por ser mi guía durante la elaboración del mismo.

A MIS PADRES

Por haberme enseñado que cuando se anhela algo, a través del esfuerzo y del trabajo, se puede conseguir, ya que ustedes me han inculcado ello, además que han sabido ser un buen ejemplo en mi vida, lo que ha forjado mi carácter y me ha hecho ser la persona que hasta este momento soy; pero sobre todo por su apoyo, su comprensión, sus consejos, y por su amor incondicional. Gracias padres, porque si Dios me hubiera dado a escoger, indudablemente los escogería a ustedes para esta ardua labor; los AMO.

A MIS HERMANOS

A ti hermanito porque sé que este logro también es tuyo, y muy especialmente te lo dedico a ti porque siempre te preocupaste que este trabajo concluyera. Gracias, y no olvides ponerle empeño y dedicación a la vida. Mientras que a ti hermanita gracias por tu ayuda, tu compañía, y por ser mi amiga (recuerda que las piedras rodando se encuentran), pero sobre todo porque tú has sido un buen ejemplo para mí.

A TI GERARDO MORENO HERNÁNDEZ

A ti mi amor por toda la ayuda que me has proporcionado como estudiante y profesionista, porque sin tu cariño y tu comprensión hubiera sido difícil conseguirlo, y además porque ésta es una de las muchas metas que nos propusimos cumplir. Gracias por confiar en mi. Espero que me perdones.

A PEDRO SAID PÉREZ MORÁN

Porque con tu ternura me has enseñado que la fortaleza viene del alma. Espero que cuando crezcas te sientas muy orgulloso de este trabajo, y sepas salir adelante (espero estar ahí para poder ayudarte).

**A LA LICENCIADA MARTHA LETICIA
BARRERA BÁRCENAS**

Porque además de haberme inculcado el amor a esta ardua materia, que es el Derecho Penal, me enseñó la humildad en el alma, y el cariño a los demás. Infinitamente gracias por toda la ayuda, con mucho amor; asimismo, debo agradecerle muy especialmente a **SARVIA**, por todo lo que aprendí de ella, gracias.

**AL LICENCIADO ALFREDO ROSALES
CASTRILLO**

Por haber depositado su confianza en mí, ya que soy una de las muchas, pero afortunadas semillas que usted ha sembrado en el fértil campo del Derecho. Con todo mi cariño, respeto y admiración, infinitamente gracias. Espero no defraudarlo.

A LUIS GERARDO REYES ORTIZ. Gracias por todo cuñado putativo, verdaderamente te aprecio y te admiro como profesionalista, por lo que sinceramente te dedico este trabajo. Además a todos mis amigos de la universidad, pero principalmente a **REYNA MARGARITA SANPEDRO HERNÁNDEZ, ROBERTO CARLOS MENDOZA ACOSTA, y OSCAR SOMBRA RODRÍGUEZ.**

**A la LICENCIADA MELANIA PÉREZ ESPINOSA
y al LICENCIADO HERMILO VITE VILLEGAS.**

A la primera de los mencionados, gracias porque a pesar de ser muy dura es una persona noble y buena, de quien he aprendido mucho, pero principalmente porque ha sabido comprender este trabajo, y al Licenciado Vite le agradezco los conocimientos que me transmitió, y las dudas que esclareció, pero sobre todo por el tiempo proporcionado para compartir su saber.

A TI PERLITA

Muchas gracias por todo, esperando que esta amistad que apenas inicia perdure por mucho tiempo, te quiero mucho.

PERO PRINCIPALMENTE GRACIAS A TI DIOS, POR HABERME COLOCADO PRECISAMENTE EN ESTE MUNDO, TIEMPO Y ESPACIO, Y POR HABERME PUESTO EN EL CAMINO DE MUCHAS PERSONAS NOBLES Y BONDADOSAS, Y OTRAS QUE AUNQUE NO LO HAN SIDO, ME HAN AYUDADO, PERO SOBRE TODO PORQUE SIN MERECERLO SIEMPRE HAS SIDO BUENO CONMIGO. GRACIAS.

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA, EN EL FUERO COMÚN

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

CAPÍTULO PRIMERO DELITOS GRAVES Y NO GRAVES

1. 1. Concepto de Delito.....	1
1. 1. 1. Escuela Clásica.....	2
1. 1. 2. Escuela Positiva.....	3
1. 1. 3. Escuelas Eclécticas.....	4
1. 2. Delitos Considerados como Graves.....	9
1. 2. 1. Antecedentes Constitucionales en el Derecho Mexicano de los Delitos Graves.....	11
1. 2. 2. Delitos Graves considerados en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.....	14

CAPÍTULO SEGUNDO IMPOSICIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

2. 1. Conceptos de Punibilidad, Punición y Pena.....	16
2. 1. 1. La Punibilidad.....	20
2. 1. 1. 1. Las Características de la Punibilidad.....	23
2. 1. 1. 2. La Finalidad de la Punibilidad.....	25
2. 1. 2. La Punición.....	26
2. 1. 2. 1. Las Características de la Punición.....	27
2. 1. 2. 2. La Finalidad de la Punición.....	28

2. 1. 3. La Pena.....	29
2. 1. 3. 1. Las Características de la Pena.....	31
2. 1. 3. 2. La Finalidad de la Pena.....	32
2. 2. De las Penas y Medidas de Seguridad, conforme al Código Penal vigente en el Distrito Federal.....	35
2. 2. 1. El Criterio Monista.....	35
2. 2. 2. El Criterio Dualista.....	36
2. 2. 3. El Criterio Vicarial, Sustitutivo o Ecléctico.....	37
2. 2. 4. Clasificación de las Medidas de Seguridad.....	39
2. 2. 5. Clasificación de las Penas.....	41
2. 2. 6. Concepto de la Pena de Prisión.....	41
2. 3. Individualización de las Penas al Momento en que el A Quo Dicta Sentencia.....	44
2. 3. 1. Parámetros para la Imposición de las Penas.....	49
2. 3. 2. La Individualización de la Pena.....	52
2. 3. 2. 1. El Intervalo de Punibilidad Previsto para los Delitos.....	53
2. 3. 2. 2. Las Circunstancias de Lugar, Tiempo, Modo, Ocasión y Medios.....	56
2. 3. 2. 3. Las Escalas Específicas para los Delitos Dolosos y Culposos.....	57
2. 3. 2. 4. La Escala Relativa al Grado de Consumación del Delito.....	59
2. 3. 2. 5. La Escala Relativa al Grado de Participación en la Comisión del Delito.....	61
2. 3. 2. 6. La Escala Relativa al Concurso de Delitos y al Delito Continuado.....	62
2. 3. 2. 7. La Escala del Error.....	63
2. 3. 2. 8. La Escala Relativa a la Comunicabilidad de Circunstancias Objetivas y Subjetivas.....	63
2. 3. 2. 9. Escala Especificadora de los Criterios de la Individualización de la Pena Prevista en los Artículos 71 y 72 del Código Penal.....	64
2. 4. Facultad Potestativa del A Quo para conceder el Beneficio de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena o la Suspensión de las Penas al Momento de Dictar Sentencia.....	66

2. 4. 1. Beneficio de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena.....	67
2. 4. 2. Los Sustitutivos de las Penas.....	71

CAPÍTULO TERCERO

RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA, DICTADA POR UN JUEZ PENAL DE PRIMERA INSTANCIA

3. 1. La Sentencia.....	75
3. 1. 1. Por sus Efectos.....	79
3. 1. 2. Por su Resultado.....	79
3. 1. 3. Por la Función en el Proceso.....	80
3. 1. 4. Por su Impugnabilidad.....	80
3. 2. Concepto de Recurso.....	81
3. 3. Concepto de Recurso de Apelación en Materia Penal.....	84
3. 3. 1. Resoluciones Apelables.....	87
3. 3. 2. Las Partes en el Proceso que pueden Apelar las Sentencias Definitivas.....	90
3. 3. 3. Efectos en los que se puede Admitir el Recurso de Apelación.....	97
3. 3. 4. Admisión del Recurso de Apelación.....	100
3. 3. 5. Substanciación de la Apelación.....	102
3. 3. 6. Limitaciones Jurisdiccionales del Tribunal de Alzada Sobre el Recurso de Apelación en Materia Penal.....	107
3. 3. 7. Efectos que Produce la Sentencia Dictada por el Tribunal de Alzada cuando se trata de la Apelación de una Sentencia Definitiva.....	112

CAPÍTULO CUARTO
PROCEDENCIA DE LA LIBERTAD BAJO CAUCIÓN EN SEGUNDA
INSTANCIA

4. 1. Libertad Provisional.....	114
4. 2. Antecedentes Constitucionales de la Libertad Provisional.....	116
4. 3. Procedencia de la Libertad Bajo Caucción Conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.....	129
4. 3. 1. Momento Procedimental en que Puede Solicitarse la Libertad Provisional.....	130
4. 3. 2. Sujetos Procesales que están Facultados para Solicitar la Libertad Provisional.....	133
4. 3. 3. Requisitos para el Otorgamiento de la Libertad Provisional....	134
4. 3. 4. Formas para Garantizar la Libertad Provisional.....	141
4. 4. Reforma al Artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.....	148
4. 4. 1. Propuesta de Reforma al Artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.....	158
Conclusiones.....	159
Propuesta.....	163
Bibliografía.....	165

INTRODUCCIÓN

La libertad provisional bajo caución es una garantía consagrada en el artículo 20, apartado "A", fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual ha sido modificada a través de las reformas y adiciones que se han dado a la misma a través del tiempo, entre la que cabe destacar la realizada al texto de dicho precepto constitucional el 2 dos de noviembre de 1993 mil novecientos noventa y tres, ya que hasta antes de esta reforma la regla era que todo procesado por delito que mereciera pena corporal debía ser sometido a prisión preventiva, con la sola excepción de aquéllos a quienes se le imputase delito sancionado con pena cuyo término medio aritmético no fuera mayor de cinco años de prisión, ya que éstos no tenían derecho a obtener su libertad bajo caución; pero como resultado de la reforma aludida, la regla fue que todo procesado tenía derecho a la libertad, con excepción de aquéllos casos en que la ley prohíba expresamente conceder este beneficio, en virtud de la gravedad del delito imputado, es decir, a partir de la reforma de que se habla nuestra constitución dejó de calificar a los delitos por su gravedad, para en su caso delegar la facultad de hacerlo a las leyes adjetivas penales; es por ello que, través del presente estudio y desarrollo del tema analizaremos las más importantes reformas y adiciones que se han dado al contenido de dicho precepto constitucional, puesto que ello se encuentra íntimamente relacionado con las reformas a las leyes adjetivas penales en lo referente a dicha garantía.

Asimismo durante el desarrollo de la presente investigación estudiaremos los tres estadios del *Ius Punendi*, es decir, analizaremos cada una de las facetas en que el Estado ejercita el poder punitivo frente al individuo, que a su

vez se refieren a tres diversos momentos de la vida del Derecho Penal, siendo el primero de ellos la creación de la norma penal, la cual es de suma importancia para el presente tema en estudio, puesto que en esta etapa, el Estado con base en la soberanía de que está investido, y en uso de su potestad, crea la norma penal, la cual está integrada por el tipo y la pena, y que está dirigida y encaminada hacia todos los individuos, por lo que con el sólo hecho de expedir la norma penal se pretende un efecto intimidante, es decir, el Estado lo que busca es una prevención general, como un primer momento para evitar la comisión de hechos delictivos, y al establecer en su caso, los parámetros de punibilidad que de acuerdo a nuestro código procesal penal vigente en el Distrito Federal se determina la gravedad del mismo, lo que es un factor determinante para la concesión o negativa del otorgamiento de la libertad provisional bajo caución, ya que conforme al párrafo quinto del artículo 268 de la ley invocada, se reputa como delitos graves, aquellos que sean sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años, el cual se desprende de sumar la punibilidad mínima y máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos, por lo que si el resultado excede de cinco años, entonces dicho ilícito será calificado como grave; es por ello que en el Distrito Federal no podrá otorgarse la libertad provisional cuando se trate de ilícitos cuyo término medio aritmético exceda de cinco años de prisión. Ahora bien, aquellos sujetos que sean procesados por delitos considerados como graves no podrán gozar de su libertad provisional durante la tramitación del proceso instaurado en su contra, ello debido a la calidad del ilícito.

Igualmente, en el contenido de la presente investigación analizaremos el segundo de los estadios del *ius punendi*, que en su caso es la individualización judicial, puesto que a través de ésta el juzgador al considerar a un sujeto como penalmente responsable, deberá aplicar las penas correspondientes, tomando en cuenta la política criminal preponderante, así como las circunstancias de ejecución del ilícito y las peculiares del delincuente, para con ello poder estar en

posibilidad de precisar el grado de culpabilidad aplicable dentro de los parámetros de punibilidad establecidos para el delito de que se trate, e inclusive no existiría mejor punto de referencia para que la autoridad judicial conociera al encausado que en esta etapa, pues no es sino a lo largo del periodo de instrucción, cuando el juzgador del conocimiento se va allegando, le van acercando los elementos que le habrán de permitir el conocimiento de la personalidad del justiciable, los cuales son necesarios para la realización de una individualización adecuada de la pena en su sentencia. Por lo que si el juez A quo al momento de establecer el grado de culpabilidad correspondiente a un sujeto, que ha sido considerado penalmente responsable en la comisión de un delito reputado por la ley adjetiva penal vigente en el Distrito Federal como grave, puesto que el término medio aritmético de la punibilidad establecida para dicho ilícito excede de cinco años de prisión; al momento de precisarle su correspondiente grado de culpabilidad puede inclusive imponerle una sanción privativa de la libertad inferior al término medio de la punibilidad aludida, esto es, menor a cinco años de prisión.

Asimismo, a través del presente trabajo de igual forma analizamos que las sentencias definitivas pueden ser apeladas, y que tratándose de la apelación contra sentencias definitivas rigen dos principios a favor del sentenciado, los cuales son la "non reformatio in peius" y la suplencia en la deficiencia en la expresión de agravios, por lo que si el recurso de apelación lo hicieran valer única y exclusivamente el acusado y su defensor, entonces el tribunal de alzada no podrá agravar la situación de aquél.

Por lo que una vez comprendido lo anterior estudiaremos la procedencia de la libertad provisional bajo caución ante el tribunal de alzada, no obstante que la materia del recurso de apelación sea una sentencia definitiva condenatoria, en la que se haya considerado al acusado penalmente

responsable por un delito calificado por la ley como grave, pero que en la misma se le haya impuesto una pena privativa de la libertad inferior a cinco años de prisión, para lo que retomaremos el criterio establecido por nuestro máximo tribunal que data de la Quinta Época, en la que estableció que Independientemente de que el término medio aritmético de la pena de prisión que corresponde al delito incriminado, exceda de cinco años, si la sentencia recurrida en apelación sólo lo es por el sentenciado o a su defensor, y que se le imponga a aquél una pena privativa de la libertad que no excede de cinco años, es procedente es que se le conceda la libertad provisional bajo caución en segunda instancia, ya que el texto constitucional que en su momento estuvo vigente, relativo a dicha garantía establecía que debía concederse la libertad provisional, siempre que no se tratara de un delito, cuyo término medio aritmético excediera de cinco años de prisión, que ha sido la fórmula que ha empleado el código adjetivo penal vigente en el Distrito Federal para calificar los delitos considerados como graves, y que actualmente algunas Salas Penales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal emplean, aunque éstas son en su minoría, por lo que a través del presente estudio trataremos de fundamentar que dicho criterio, y que éste se homologue en todas las salas penales de nuestro tribunal, para lo que se propondrá que se adicione un párrafo al artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el que quede asentado la propuesta aludida.

CAPÍTULO PRIMERO

DELITOS GRAVES Y NO GRAVES.

1. 1. Concepto de Delito.

La palabra *delito* proviene del latín *delicto* o *delictum*, supino del verbo *delinqui*, *delinquere* a su vez compuesto de *linquere*, que significa dejar, y del prefijo *de*, en su connotación peyorativa, lo que se considera como *linquere viam* o *rectam viam*, que significa *dejar* o *abandonar el buen camino*, así pues delito es alejarse del sendero señalado por la Ley, o bien abandonar el camino prescrito por la misma.¹

Sin embargo, este concepto del delito sólo es un preámbulo del mismo, puesto que en cada pueblo y en cada época se ha conceptualizado de forma diversa al mismo, en virtud de que está íntimamente ligado a las necesidades y a la manera de ser de cada pueblo, siendo así como ciertas conductas que hoy día no se consideran como delictivas, en otras épocas si lo eran, y por el contrario en nuestra época conductas que son punibles, verbigracia la inseminación artificial, prevista en el artículo 151, del Código Penal vigente en el Distrito Federal, mismo que establece: “Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quien implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el resultado del hecho o para resistirlo”, en otras etapas de la historia no se hubiera imaginado prever como conductas delictivas.

¹ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Trillas, México, 1986, pág. 131.

Por lo que es importante entrar al estudio de los diversos conceptos que las escuelas penales han dado del delito, por lo que analizaremos las definiciones que han dado la Escuela Clásica, la Escuela Positiva y la Escuela Ecléctica, mismas que a continuación se precisan:

1. 1. 1. Escuela Clásica.

El máximo exponente de la Escuela Clásica, el tratadista Francisco Carrara definió al delito como: “La infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.”² El delito no es un hecho, sino un ente jurídico, ya que su esencia radica precisamente en la violación del derecho, considerando al ilícito como una infracción a la Ley, toda vez que un hecho o un acto se convierte en delito solamente cuando choca con ella, aunque para que no se confunda con el vicio, esto es, con el abandono de la Ley moral, ni con el pecado, siendo éste la violación a la Ley divina, la infracción debía ser precisamente a la Ley del Estado, agregando que dicha Ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad y, además puntualizar que la idea del delito radica en que no deben ser transgredidas las Leyes protectoras de la seguridad de los ciudadanos, precisando que la infracción ha de ser el resultado de un acto externo del hombre, positivo o negativo, para sustraer del dominio de la Ley Penal las simples opiniones, deseos y pensamientos y, también para significar que solamente el hombre puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones. Considerando finalmente que el acto o a la omisión deben ser moralmente imputables, por estar el individuo sujeto a las leyes

² CARRARA, Francesco. Tr. José J. Ortega Torres. et all. *Programa de Derecho Criminal, Parte General*, Volumen I, Ed. Temis, Colombia, 1988. págs. 43-44.

criminales en virtud de su naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política.³

1. 1. 2. *Escuela Positiva.*

Uno de los máximos representantes de la Escuela Sociológica fue el doctrinario Rafael Garófalo, quien dijo que “el delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya media es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad.”⁴

Por lo que si bien es cierto, esta definición pertenece sólo a uno de los máximos representantes de la escuela de la que se habla, también lo es que la particularidad de dicha escuela consistió en definir el delito desde un punto de vista natural o sociológico, ya que sus representantes sostuvieron que el delito no es un ente jurídico abstracto, como así lo definió el máximo exponente de la Escuela Clásica, Francisco Carrara, sino es un hecho natural determinado por causas antropológicas, físicas y sociales. Siendo así como las causas antropológicas determinan el delito en la psique del delincuente, mientras que los factores físicos constituyen el medio dentro del cual el delincuente actúa y, por último, las causas sociales determinan el comportamiento del sujeto. Aunque “estos factores no obran aisladamente, sino en su conjunto, pero prevaleciendo siempre uno u otro, según la categoría a la que pertenezca el infractor.”⁵

³ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Número 957, pág. 40, citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General*, 24^a ed., Ed. Porrúa, México, 1987, págs. 125-126.

⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal: La Ley y El Delito*, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1990, pág. 204.

⁵ PÉREZ, Luis Carlos. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Ed. Temis, Colombia, 1967, pág. 145.

1. 1. 3. Escuelas Eclécticas.

No se puede hablar de la Escuela Ecléctica de manera singular, puesto que existen varias escuelas que aceptan y niegan a la vez los postulados tanto de la Escuela Clásica, como de la Escuela Positiva, encontrándose entre ellas las denominadas: Tercera Escuela, Escuela Sociológica, y Escuela Técnico Jurídica, las cuales son consideradas como escuelas eclécticas.⁶

La Escuela del Positivismo Crítico o “Terza Scuola” agrupa a los doctrinarios que adoptan una posición ecléctica entre la Escuela Clásica y Positiva, cuyo surgimiento se dio en Italia. Esta nueva postura “propone al delito como un fenómeno tanto individual como social; ya que en lo individual, debe de realizarse un estudio exhaustivo científico en la persona del delincuente para llegar al conocimiento de éste; socialmente debe llevarse a cabo un profundo estudio de la criminalidad, cómo nace, se desarrolla y repercute precisamente dentro del ámbito social.”⁷

Mientras que, en Alemania surgió la Escuela Sociológica o Joven Escuela, cuyo máximo representante fue el tratadista Franz Von Liszt, quien sostuvo que “el delito es entendido como un hecho en sentido naturalístico, causal, posible de ser estudiado bajo el método experimental, por sus relaciones de causa efecto, pero a la vez el delito extraña un juicio de valor presentándose la contradicción del hecho, con los elementos objetivos del delito en cuya esencia encontramos el concepto de antijuridicidad, estudiado bajo el punto de vista del método lógico, así pues el delito parte de un hecho naturalístico que puede ser valorado objetivamente desde un aspecto subjetivo que consiste en la relación psicológica entre el agente y el resultado, esto último

⁶ *Las Escuelas Penales “Capítulo México”*. Fundación Internacional para la Educación y la Cultura, Grupo Editorial Universitario, México, 2001, pág. 187.

⁷ *Ibidem*, pág. 188.

constituye el contenido de la culpabilidad.”⁸ Por lo que esta escuela juzga al delito tanto como una manifestación natural, así como un ente jurídico, y por ello mismo estudia los factores y las causas que originan aquél, aunque sin renunciar, obviamente, a la construcción dogmática.

Finalmente estudiaremos la última de las escuelas eclécticas de las que se hizo mención, siendo esta la Escuela Técnico Jurídica. La Dogmática. Los máximos representantes de dicha escuela, por sólo mencionar algunos, son los doctrinarios Rocco, Manzani, Massari, Battaglini y Vannini, quienes preconizaron que sólo el derecho positivo constituye el objeto de una ciencia jurídica, como lo es el Derecho Penal, por lo que no se debe avocar a indagar sobre los principios filosóficos del Derecho Penal, sino que el conocimiento científico de los delitos y de las penas, debe reducirse al estudio de los fenómenos regulados por el ordenamiento positivo, siendo así como la Escuela Técnico Jurídica no aspira a que se indague filosóficamente sobre el Derecho Penal natural, ni sobre la formación del Derecho Penal del porvenir, ya que su objetivo se limita solamente al derecho positivo vigente, por lo que su objetivo es elaborar los principios fundamentales de sus instituciones, y aplicar e interpretar el derecho positivo.⁹

Por ello, para esta escuela, la verdadera noción formal del delito la suministra la Ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, toda vez que formalmente hablando, el delito se caracteriza por su sanción penal, por lo que si no existe una Ley que puna una determinada conducta, no es posible hablar del delito. Aunque es importante precisar que no puede hablarse tampoco de la sanción como medio eficaz para caracterizar el delito.

⁸ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001, pág. 67.

⁹ *Las Escuelas Penales, “Capítulo México”*. Op. cit., pág. 196.

Por lo que los representantes de esta escuela tienen como presupuesto el estudio de la Ley Penal, considerando a ésta como la realidad superior, motivo por el que el estudioso del Derecho Penal debe concretarse a los textos, desarrolliéndolos en una triple definición sobre la clasificación y sistematización del delito, la sanción y la responsabilidad, siendo así la Ley Penal el verdadero dogma para la escuela de la que se habla, entendiéndose como dogma “la proposición o principio que se establece como base cierta de una ciencia o creencia.”¹⁰

“La posición de los autores de esta corriente sobre los enunciados del Derecho Penal, es la siguiente:

Primero.- El delito es un acto típico, antijurídico y culpable, de donde surgen las tres nociones correspondientes de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, concepción que es efectiva hasta nuestros días y que sigue rigiendo de manera importante en la forma y fondo de las resoluciones penales dentro de nuestro sistema jurídico penal.

Segundo.- Para esta postura la sanción es una lógica consecuencia del delito y se impone dado que es un sufrimiento, lo que denota una restricción de bienes personales impuesta por el Estado al autor con un fin de prevención y defensa. La pena es, pues, una reacción con doble fin: preventiva y defensiva.

Tercero.- Se rechaza la responsabilidad legal, ya que es inadmisibles para el delincuente, porque ésta nos conduciría a una responsabilidad objetiva o sin culpa. Por otra parte se dice que el libre albedrío no es el fundamento de la culpabilidad, ya que éste causa predominantemente una influencia psicológica.”¹¹

¹⁰ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, 13ª ed., Ed. Heliasta, Argentina, 1998, pág. 134.

¹¹ *Las Escuelas Penales*, “Capítulo México”. Op. cit., págs. 201-202.

Así tenemos que los juristas Edmundo Mezger y Jiménez de Asúa, definieron el delito, el primero de los mencionados, como “la acción típicamente antijurídica y culpable”¹²; en tanto que el citado Jiménez de Asúa dice que el delito es “el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.”¹³

Hasta aquí la sustentante ha estudiado de manera concreta diversas definiciones que las escuelas penales más importantes han dado a través de la historia del delito; sin embargo, es preciso considerar cómo se ha definido el delito en nuestro derecho positivo a través del tiempo, motivo por el que a continuación estudiaremos las definiciones que han dado nuestros diversos códigos sustantivos penales.

“Nuestro primer Ordenamiento Penal del año 1871, definió el delito como la infracción voluntaria de una Ley Penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda, era fiel a la significación del vocablo y a la importancia que Carrara dio al elemento específico del delito por definir, afirmando con frase enfática que el delito no es una acción (elemento acromático que corresponde por igual a un crimen que a una conducta ejemplar) sino *una infracción*, por ser este dato de antijuridicidad lo que lo identifica y lo distingue; lo que hace que el delito sea tal y no otra cosa.”¹⁴ En el mismo orden de ideas, “a mediados de diciembre de 1929 se puso en vigor un efímero intento de legislación positiva que definía el delito como la lesión a un derecho protegido legalmente por una sanción penal; pero el 2 de junio del año siguiente había sido necesario ordenar su reforma y en agosto de 1931 se aprobó el nuevo Código Penal.”¹⁵

¹² CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General*, 24ª ed., Ed. Porrúa, México, 1987, pág. 129.

¹³ Ibidem, pág. 130.

¹⁴ VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 5ª ed., Ed. Porrúa, México, 1990, pág. 202.

¹⁵ Ibidem, pág. 203.

Lo que se buscaba en este último código era la demolición de la idea de la infracción de la Ley Penal, que caracterizaba el pensamiento del estudioso del derecho Carrara, que había sido estigmatizada por el doctrinario Ferri, aunado a que el tratadista Binding había imbuido la idea de que el delito no infringía la Ley sino, antes al contrario hacía posible su aplicación. Por lo que en tales condiciones, se optó en dicho cuerpo legislativo por volver más atrás aún y definir el delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales.¹⁶

Definición que estuvo vigente a pesar de que el dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve el Congreso de la Unión modificó su denominación, por el de “Código Penal Federal”, cuyo primer artículo fue reformado para precisar que dicho ordenamiento legal tendría aplicación y vigencia por la comisión de delitos federales, debido a las reformas que se dieron al numeral 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en mil novecientos noventa y seis, mediante las cuales se le otorgó a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal la facultad de legislar en materia civil y penal, por lo que el uno de octubre del año en cita entraron en vigor las correspondientes al “Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal”, sufriendo así el cambio a su denominación por el de “Código Penal para el Distrito Federal”, modificando de igual forma el artículo primero, en donde se determinó que dicho ordenamiento legal se aplicaría en el Distrito Federal por los delitos de la competencia del fuero común cometidos en su territorio, mismo que conservó su estructura en base al código de mil novecientos treinta y uno, cuya vigencia se extendió hasta el doce de noviembre de dos mil dos.¹⁷ Ordenamiento legal que de igual forma preveía en el artículo 7, que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

¹⁶ Cfr. VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, Op. cit., pág. 204.

¹⁷ *Código Penal para el Distrito Federal, Comentarios a la Ley Penal*, por HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. et all. Ediciones INCIJA, México, 2002, págs. 3-5.

Pero debido a que la sustentante estará a la legislación penal local, es importante puntualizar que el nuevo Código Penal vigente en el Distrito Federal a partir del doce de noviembre de dos mil dos, no define al delito como tal. Por lo que se retomará la definición que del delito dio la Escuela Técnico Jurídica, ya que si bien es cierto a través de la historia se ha definido a éste de diversas formas y no se ha logrado una conceptualización homogénea, la vertiente predominante en nuestro país la constituye la escuela de la que se habla, por lo que se define al delito como la acción u omisión típica, antijurídica, y culpable.

Por lo que aquellas acciones u omisiones que las leyes penales prevean como ilícitos, simplemente deben punirse.

1. 2. Delitos Considerados como Graves.

Es importante antes de entrar al estudio de los delitos considerados como graves, analizar la clasificación que se ha dado de los ilícitos en función de su gravedad, puesto que su estudio implica una de las bases fundamentales del tema a resolver.

Dentro de las diversas clasificaciones de los delitos graves tenemos:

“1. Aquellos ilícitos en los que puede ser impuesta la pena de muerte. Como así lo precisó Blackstone, al considerar que los delitos de felonía, cuya pena era la muerte, constituían ilícitos graves, conforme al Common Law Inglés. Una interpretación parecida se sustentó en la doctrina mexicana, en virtud de que hasta antes de 1955 mil novecientos cincuenta y cinco el Profesor Tena Ramírez, precisó que sólo eran delitos graves los previstos en el artículo 22, párrafo último, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siendo éstos los delitos de Traición a la Patria, de Parricidio, de Homicidio cometido con alevosía, premeditación o ventaja, de Plagio, de Incendio

intencional, de Piratería, de Salteador de Caminos, y a los reos por delitos graves del orden militar. Estos ilícitos debían ser considerados como graves, precisamente, porque la pena impuesta sería la privativa de la vida.

2. Aquéllos que sean determinados expresamente en la Constitución, o bien, en la Ley reglamentaria.

3. Aquellos delitos que a juicio del Congreso de la Unión se determinen casuísticamente. Thomas Cooley consideró que la determinación de los delitos e infracciones graves debía estar a cargo del congreso, apreciando caso por caso los delitos de los funcionarios inculcados. Las críticas en México de los juristas Tena Ramírez y Juan José González Bustamante han sido contundentes para alejar del arbitrio del congreso, la determinación de tan importante materia.”¹⁸

En ese mismo orden de ideas, también se ha sostenido que los delitos se pueden clasificar por su gravedad conforme a dos criterios: el bipartito y el tripartito. Integrándose el criterio último mencionado de los crímenes, los delitos y las contravenciones, que de acuerdo a “las huellas rousseauianas: los crímenes lesionan los derechos naturales, como la vida y la libertad; los delitos, los derechos derivados del pacto social como son la propiedad, y las contravenciones infringen los reglamentos de policía.”¹⁹

Mientras que el criterio bimembre distingue los delitos de las faltas, que de acuerdo a la legislación española el delito es la infracción que la Ley castiga como pena grave, mientras que las faltas son las infracciones a las que la Ley señala penas leves.²⁰

¹⁸ *Diccionario Jurídico 2000, “Desarrollo Jurídico”*. Copyright, Todos los Derechos Reservados DJ2K – 800, 2000.

¹⁹ *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo VI, Ed. Francisco Seix, España, 1985, pág. 430.

²⁰ *Idem*.

Sin embargo, en nuestro país dicha clasificación carece de importancia, en virtud de que la represión de las faltas son reguladas por disposiciones de carácter administrativo y aplicadas por las autoridades que tienen ese mismo carácter, y por lo que hace a los delitos, los códigos penales son los que regulan a éstos. Por lo que para la presente investigación estaremos a la clasificación que el tratadista Manuel Herrera y Lasso proporciona, puesto que este autor clasifica los delitos en:

“a. Gravísimos y muy graves, si merecen la pena de muerte, conforme al último párrafo del artículo 22, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

b. Graves, si el inculpado no goza de la garantía de la libertad caucional, conforme al diverso 20, Apartado A, fracción I, de nuestra Carta Magna; y

c. Menos graves, si el indiciado puede acogerse a la garantía de la libertad caucional.”²¹

1. 2. 1. Antecedentes Constitucionales en el Derecho Mexicano de los Delitos Graves.

Es importante considerar que hasta las reformas que por decreto publicado en el Diario Oficial el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, mediante las que se reformó el texto del artículo 20, fracción I, de nuestra Carta Magna, en lo relativo a la libertad provisional, se preveía que para otorgarla debían considerarse las circunstancias personales del acusado y *la gravedad del delito*, desprendiéndose claramente que el término “gravedad del delito” resultaba ambiguo, puesto que de manera simple y llana se aludía al

²¹ HERRERA Y LASSO, Manuel. *Estudios Constitucionales*, Ed. Jus, Segunda Serie, Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, Serie C, Volumen 6, pág. 87.

mismo, aunque no se precisaba en qué radicaba la gravedad de un ilícito, pero no obstante lo anterior, es importante puntualizar que hasta dicha reforma se preveía que para el otorgamiento de la libertad provisional, el término medio aritmético de la punibilidad del delito que de que se tratara no debía exceder de cinco años de prisión, de lo que se puede fundadamente considerar, que la gravedad de los delitos radicaba en que el término medio aritmético excediera o no de cinco años de la pena privativa de la libertad, tal y como así lo sostuvo el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Tesis número 901, de la Quinta Época, visible en el apéndice de 1995, del Tomo II, de la Parte HO, verificable en la página 572, cuyo título y contenido es el siguiente:

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

"Quinta Época: Queja 110/18. Aguiar Béjar José. 17 de mayo de 1918. Unanimidad de once votos. Tomo III, pág. 1318."- - - - -

"Queja. Estévez Demetrio. 19 de diciembre de 1918. Unanimidad de diez votos."- - - - -

"Queja 42/18. Ezquivel vda. de Sánchez Herlinda. 2 de enero de 1919. Unanimidad de diez votos."- - - - -

"Amparo en revisión 117/18. Segura Silverio. 13 de febrero de 1919. Unanimidad de diez votos. Tomo IV, pág. 1231. Rodríguez José Ángel. 21 de febrero de 1919. Seis votos."- - - - -

Sin embargo, fue hasta la reforma al citado dispositivo legal cuando el Constituyente posibilitó que los legisladores establecieran en las leyes adjetivas penales cuáles delitos serían considerados como graves y cuáles no, cuyo texto literal es el siguiente:

Artículo 20.- "En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías: I. Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la

reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la Ley expresamente prohíba conceder este beneficio.”²²

Por lo que si bien es cierto, dicho precepto constitucional fue reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el dos de septiembre de dos mil, mediante el cual se le adicionaron dos incisos al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comprendiendo el primero de ellos las garantías del inculpado, en lo conducente al concepto de la gravedad de los delitos, el texto no fue modificado, puesto que de igual forma el Constituyente determinó que para precisar cuáles delitos serían considerados como graves debía atenderse a la legislación adjetiva penal local, tal y como se contempla en dicho artículo, cuyo texto se transcribe:

Artículo 20.- “En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del Inculpado:

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.”²³

Apreciándose claramente que en lo referente al tema que se aborda, el texto constitucional no fue modificado, ya que actualmente prevé que las leyes adjetivas procesales calificarán qué delitos serán considerados como graves, es por ello que el texto constitucional delega la posibilidad a los códigos procesales para que en éstos se precise cuáles delitos se reputaran como graves.

²² www.juridicas.unam.mx./infjur/leg/constmex/pdf/rCO46.pdf.

²³ Idem.

1. 2. 2. Delitos Graves Considerados en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Como quedó precisado en los puntos anteriores, el artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siendo esta nuestra Carta Magna, hace una distinción de los delitos, toda vez que introduce el concepto de gravedad de los mismos, al prever:

Artículo 20.- “En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado.

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...”

Por lo que dicho precepto constitucional hace una clasificación de los delitos, al menos para conceder la libertad provisional bajo caución, en razón de su gravedad, y conforme a tal precepto la clasificación la establecerá la legislación respectiva, esto es, las leyes adjetivas penales, y por tal motivo la sustentante atenderá contenido del numeral 268, párrafo quinto, del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, el cual es del tenor literal siguiente:

Artículo 268.- “Serán graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política e los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la Pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos”.

Aunque para el cálculo del término medio aritmético deben tenerse en cuenta las circunstancias modificativas de la punibilidad del delito de que se trate, es decir, las circunstancias agravantes o atenuantes del ilícito correspondiente, tal como lo establece el párrafo penúltimo del numeral en cita.

Considerando igualmente grave el delito tentado, si el término medio aritmético de las dos terceras partes de la pena de prisión que se debiera imponer, de haberse consumado el delito, excede de cinco años, tal y como lo prevé el párrafo sexto del multicitado dispositivo procesal penal.

Por lo que atendiendo al numeral 268, párrafo quinto, de la Ley adjetiva penal vigente en el Distrito Federal, y para efectos de definir en el presente trabajo a los delitos graves, se entenderán a éstos como aquellos ilícitos cuya suma de punibilidades, mínimas y máximas, previstas para el caso concreto, al dividirla entre dos, exceda de cinco años de la pena privativa de la libertad, considerando las circunstancias agravantes o atenuantes del delito, tratándose de ilícitos consumados, y para los delitos tentados serán graves aquéllos cuyas dos terceras partes de la pena de prisión que se debiera imponer de haberse consumado el delito exceda de cinco años, por lo que, a contrario sensu, son delitos no graves todos los que no se encuentren en tal supuesto. Por lo que ejemplificando, en nuestra legislación vigente delito grave sería el contemplado en el artículo 220, fracción IV, del Código Penal para el Distrito Federal, que establece: “Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena, se le impondrán: IV. Prisión de cuatro a diez años...”; por lo que quien se encuentre en esta hipótesis normativa, al sumar el parámetro mínimo, el cual es de 4 años, con el máximo que corresponden a 10 años, tenemos: cuatro más diez, es igual a catorce, y al dividirlo entre dos, equivale a siete, esto es, 7 años de prisión, por lo que en el caso concreto el delito es de los considerados como graves por la Ley adjetiva penal, toda vez que el término medio aritmético excedió de cinco años de prisión.

CAPÍTULO SEGUNDO

IMPOSICIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD.

2. 1. Conceptos de Punibilidad, Punición y Pena.

Antes de entrar al estudio de este tema es importante precisar que “la fundamentación del derecho de una comunidad política, integrada como Estado, para imponer violencia a alguno de sus integrantes, principalmente con la pérdida de la vida o la libertad por la trasgresión de normas que amparan bienes jurídicos fundamentales, se ha resumido en el llamado Ius Puniendi, el cual se ha tratado de explicar por teorías que se han clasificado de Abolicionistas, o de aquéllas llamadas Justificacionistas.”¹

Por un lado, las Teorías Abolicionistas confluyen de diversas posturas, encontrándose entre ellas la posición radical, la cual propone una abolición total de las instituciones penales, mientras que las posturas menos drásticas son las denominadas sustitucionistas, las cuales proponen la despenalización y la sustitución de la pena por tratamientos pedagógicos o terapéuticos dentro de un marco institucional coactivo; o bien, aquéllas propuestas reformadoras que sólo buscan atemperar la intervención penal al mínimo posible y desterrar la pena de prisión por sanciones menos aflictivas.²

Por otra parte, las Teorías Justificacionistas consideran que los fines de la pena son el orden moral o jurídico, y éstas a su vez dan lugar a las posiciones denominadas Absolutas y Relativas.

¹ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *La Individualización de la Pena de Prisión*, Ed. Porrúa, México, 2003, pág. 7.

² Idem.

Para el doctrinario Octavio Alberto Orellana Wiarco son Absolutas las que “ven a la pena como un fin en sí mismo, esto es, la pena es un castigo, una retribución por el delito cometido. A su vez, son Relativas las que, por criterios utilitaristas, asignan a la pena, el ser un medio que evite futuras conductas delictivas (prevención general) en beneficio del conglomerado social; o porque se dirijan a la persona del delincuente como medida de prevenir de su parte la comisión de posteriores delitos (prevención especial). Modernamente se plantea la distinción de prevención positiva y prevención negativa, sean éstas en forma especial o general.”³

A su vez, dentro de estas últimas, es decir, dentro de las teorías que se pueden considerar como relativas, tenemos las siguientes:

a) La Teoría de la Retribución.- A grandes rasgos para esta teoría la pena no es más que el castigo por una violación o transgresión, y su carácter es eminentemente aflictivo, ya que tiene un contenido de dolor, “pues en el sufrimiento se encuentra la expiación del delito, como una medida justa al dolor producido por el delito, esto es, la pena lleva un fin en sí mismo, es la manera de hacer justicia; al mal le corresponde un mal, es decir, al delito que es un mal, se le impone un castigo, que es un mal.”⁴

b) La Teoría de la Prevención General.- Ésta considera que el fin principal de la pena, es el efecto intimidatorio para todos aquéllos a quienes está destinada la Ley, es decir, esta teoría supone que el hecho de que una Ley contemple una pena, cuya aplicación se impondrá a quien la trasgrede, es suficiente para que la generalidad de los individuos se abstenga de hacerlo.⁵

³ Ibidem, pág. 8.

⁴ Ibidem, pág. 9.

⁵ Cfr. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *La Individualización de la Pena de Prisión*, Op. cit., pág. 11.

c) La Teoría de la Prevención Especial.- Esta teoría establece que la imposición de la pena es un medio que el Estado tiene para asegurar el orden social, ya que con la pena no se pretende retribuir un mal por el mal causado en la comisión de un delito, sino que la misma se deberá aplicar para prevenir que el propio autor cometa otros ilícitos, lo cual podría conseguirse de tres maneras: corrigiendo al corregible, con la llamada resocialización; intimidando al que por lo menos es intimidable, y por último haciendo inofensivos, mediante la pena privativa de la libertad, a los que no son corregibles ni intimidables.⁶

d) La Teoría Funcionalista.- Esta teoría considera que el Estado se coloca en tres facetas bien diferenciadas, y que a su vez se refieren a tres momentos diferentes de la vida del Derecho Penal y que son: la creación de la norma penal, la individualización de la pena, y la aplicación de la pena, destacándose las funciones que cumple el Estado en cada una de dichas fases.

Una vez acotado lo anterior, es importante destacar esta última teoría, puesto que partiremos de la misma. Dicha teoría fue propuesta por el Doctor Claude Roxín, quien establece, como ya lo precisamos, que el Estado al ejercitar el poder punitivo se coloca frente al individuo en tres facetas claramente diferenciadas, y que a su vez se refieren a tres diversos momentos de la vida del Derecho Penal, que son los siguientes:

a) La Creación de la Norma Penal.- En esta etapa, y toda vez que el Estado con base en la soberanía de que está investido, y en uso de su potestad, crea la norma penal, la cual está integrada por el tipo y la pena, que va dirigida y encaminada hacia todos los individuos, por lo que con el sólo hecho de expedir la norma penal se pretende un efecto intimidante, es decir, el Estado lo que busca es una prevención general, como un primer momento para evitar la comisión de hechos delictivos.

⁶ Cfr. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *La Individualización de la Pena de Prisión*, Op.cit., pág. 11.

b) La Individualización de la Pena.- Por otro lado, una vez que el Estado ha creado la Ley Penal, de violarse ésta, procede aplicarse la pena al caso concreto, la cual habrá de concretizar la autoridad judicial, considerando para ello el grado del injusto y de culpabilidad que más adelante estudiaremos. Por ende, si bien es cierto en esta etapa se coloca al individuo frente a una retribución, ésta es entendida no como un fin en sí misma, ya que si bien es cierto la pena no deja de tener un carácter afflictivo, también lo es que esto es solamente un medio, ya que el propósito primordial es la resocialización del individuo.

c) La Aplicación de la Pena.- Esta es la última etapa, es decir, es la conclusión que el Estado tiene para ejercitar el poder punitivo, toda vez que si se parte de que el fin que persigue la individualización de la pena es la resocialización del individuo, el proceso para lograrlo es precisamente la ejecución de la pena, traducida a su vez en una prevención especial.⁷

Por ende, estudiaremos estas tres etapas claramente diferenciadas, las cuales atendiendo a las denominaciones proporcionadas por la Doctora Olga Islas de González Mariscal, son las siguientes: primeramente, tratándose de la mera descripción general y abstracta, a ésta se le denominará punibilidad, mientras que cuando se deba aplicar la punibilidad al autor de un delito, a ello se le llamará punición, y al cumplimiento de lo establecido en el contenido de una sentencia penal se le denominará pena.⁸

Por lo que en esa tesitura, entraremos al estudio de las mismas de acuerdo a las conceptualizaciones de punibilidad, punición y pena.

⁷ Cfr. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *La Individualización de La Pena de Prisión*, Op. cit., pág. 7.

⁸ Cfr. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *Revista Mexicana de Justicia*, Tema II "Individualización Legislativa Penal", Número 2, Volumen III, abril-junio, 1985, Publicada por la Procuraduría General de Justicia, pág. 196.

2. 1. 1. La Punibilidad.

Antes de analizar esta figura, es importante precisar si la punibilidad es o no un elemento esencial del delito; por lo que para ello es necesario establecer que a través de la evolución de la doctrina penal se ha entendido a la punibilidad de diversas formas, puesto que en un inicio se le consideró a ésta como un elemento específico diferenciador del Derecho Penal. Aunque posteriormente, cuando el esquema de la estructura del delito evolucionó con el concepto de “tipicidad” que introdujo el tratadista Ernest Von Beling, que exigía el encuadramiento del “hecho” al “tipo” previsto en la Ley Penal, quedó superada y eliminada la necesidad de contemplar a la punibilidad como un elemento del delito, en virtud de que dicho autor consideró a la punibilidad como una consecuencia del delito, más no como un elemento del mismo.

A partir de entonces la opinión mayoritaria de los juristas, consideran a la punibilidad y a la pena como una consecuencia del delito, esto es, para quienes en general adoptan como modelo de análisis del concepto de delito (la conducta, típica, antijurídica y culpable), o bien, como la consecuencia lógico jurídica de los “presupuestos de la punibilidad”, conformados éstos por el concepto del injusto o delito en sentido estricto (conducta típica y antijurídica), como presupuesto primero y la culpabilidad, entendida como el segundo presupuesto, consistente en la responsabilidad penal de la persona, o también, en el estricto análisis normativo formal, es la consecuencia jurídica del tipo que contiene la prohibición.

Así, para quienes entienden el delito en función del tríptico: tipicidad (conducta típica), antijuridicidad y culpabilidad, aun cuando consideren a la conducta como elemento previo y fuera de la tipicidad; como también para quienes entiendan el delito como injusto penal (conducta típica y antijurídica), y a la culpabilidad como reproche al autor por haber cometido el injusto, es

natural que la punibilidad y la pena misma, en tales depuraciones sistemáticas, se entiendan como la consecuencia punitiva de la existencia de un delito reprochado a una persona.⁹

Asimismo, apoyando esta idea tenemos a los doctrinarios Manuel Cobo del Rosal y Tomás Salvador Vives Santón, quienes precisan que “conceptualmente está clara la necesidad de la utilización de la punibilidad (punible), entendida como posibilidad legal de la pena. Por el contrario, ésto no configura un nuevo elemento sistemático, o al menos un elemento tal no es necesario. Delito es un hecho punible, pero no inexorablemente penado, aunque los hechos penados son, en todo caso, delitos. La punibilidad, por consiguiente, es una nota conceptual, pero no es un elemento de la estructura del delito.”¹⁰

De ahí que se considere que la punibilidad no es precisamente un elemento del delito, sino que es la consecuencia del mismo, y acorde a dicho razonamiento nuestro código punitivo vigente en el Distrito Federal, en el artículo 5º, recoge dicho argumento y lo plasma de la siguiente manera: “*No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente*”, lo que significa que previamente debe darse una conducta típica, antijurídica y culpable, solamente así podrá aplicarse una pena, la cual será precisamente la consecuencia propia del delito cometido. Por lo que una vez acotado lo anterior, consideraremos diversas definiciones que se han dado de la punibilidad.

Para el profesor Rodríguez Manzanera, la punibilidad es “el resultado de la actividad legislativa independientemente de quién o quiénes estén

⁹ Cfr. MALO CAMACHO, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano “Teoría General de La Ley Penal. Teoría General del Delito. Teoría de La Culpabilidad y El Sujeto Responsable. Teoría de La Pena”*, Ed. Porrúa, México, 1997, págs. 575-576.

¹⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel. et all. *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, España, 1999, pág. 259.

encargados de legislar en cada Estado, país o región. La punibilidad consiste en una amenaza de privación o restricción de bienes, que queda plasmada en la Ley para los casos de desobediencia al deber jurídico penal.”¹¹

En tanto que el tratadista Octavio Alberto Orellana Wiarco, precisa que la punibilidad también puede denominarse como la determinación legal, definiendo a ésta como “la sanción que el legislador asigna a cada tipo penal como medida punitiva necesaria para garantizar los bienes jurídicos fundamentales y decidida, por política criminal (penal) al consagrar los delitos, y a la vez, constituir garantías del inculpado, de no poder ser sancionado fuera de los parámetros fijados en la Ley.”¹²

Por otro lado, el doctrinario Jorge Ojeda Velázquez define la punibilidad como “La reacción específica del Estado contra los actos de la conducta humana calificados como antijurídicos o contrarios al derecho; es una clara advertencia que formula el Poder Legislativo para quién o quiénes realicen la condición señalada en el precepto primario.”¹³

En tanto que de manera coincidente, tanto la Doctora Olga Islas de González Mariscal, así como el doctor Luis de la Barreda Solórzano, definen a la punibilidad como “La conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste.”¹⁴

Por nuestra parte, y de manera acorde con la anterior definición, consideramos que la punibilidad es la conminación o amenaza plasmada en las

¹¹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Penología*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000, pág. 88.

¹² ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Op cit., págs. 121-122.

¹³ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *Derecho Punitivo “Teoría Sobre Las Consecuencias Jurídicas del Delito”*, Ed. Trillas, México, 1993, pág. 73.

¹⁴ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Op. cit., pág. 196.

normas penales, encaminadas a los sujetos que las infrinjan, que está determinada a través parámetros mínimos y máximos que la cuantifiquen, en relación a la importancia que se le dé al bien jurídicamente tutelado y a la magnitud el daño causado.

2. 1. 1. 1. Las Características de la Punibilidad.

Para el profesor Jorge Ojeda Velázquez las características de la punibilidad son las siguientes:¹⁵

1. Es General, en virtud de que se dirige a todos los gobernados, sin distinción de sexo color, religión o ideas políticas que se encuentran dentro de un territorio en cuyo ámbito tiene vigencia;

2. Es Abstracta, pues no se refiere a un caso particular, sino a todos los que se realicen durante su vigencia; y

3. Es Permanente, ya que subsiste a pesar de que se cometan o no delitos.

Mientras que la Doctora Olga Islas de González Mariscal considera que las características de la punibilidad son las siguientes:¹⁶

1. Es Una descripción general y abstracta;

2. Es elaborada exclusivamente por el legislador y, por tanto, corresponde al poder legislativo;

3. Es solamente la conminación de la privación o restricción de bienes;

¹⁵ Cfr. OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *Derecho Punitivo "Teoría Sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito"*. Op. cit., pág. 73.

¹⁶ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Op. cit., págs. 196-197.

4. La legitimación del legislador en orden a la punibilidad, está basada en la necesidad social derivada de la realización de conductas antisociales, por lo tanto, sin necesidad social el legislador carece de legitimación;
5. Está dada sólo para sujetos imputables;
6. Es el medio que determina la inhibición de los sujetos imputables;
7. Su función es la protección de bienes a través de la prevención general;
8. Debe ser idónea para la prevención general;
9. Cualitativamente depende de la clase del bien tutelado;
10. Cuantitativamente depende del valor del bien tutelado, del dolo o de la culpa, y de la lesión (consumación) o puesta en peligro (tentativa) del bien tutelado;
11. No hay delito sin la existencia previa de la punibilidad;
12. Es distinta de la punición y de la pena; y por último,
13. Es el fundamento de la punición y de la pena.

En tanto que para el tratadista Luis de la Barrera Solórzano, las características de la punibilidad son las mismas que las del tipo penal, esto es:¹⁷

1. Es general, porque se dirige a todos los individuos;
2. Es abstracta, porque no se refiere a un caso concreto, sino a todos los que acontezcan durante la vigencia de la norma; y
3. Es permanente, dado que subsiste, se aplique o no, en tanto subsista la norma.

Para la sustentante las características de la punibilidad son las mismas de la Ley, esto es, es general, abstracta, y obligatoria, ya que como ésta se

¹⁷ DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis. *Justicia Penal y Derechos Humanos*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998, pág. 79.

encuentra contemplada en la Ley, por ello mismo, goza de idénticas características de aquélla, tal y como así lo apuntó el doctrinario Jorge Ojeda Velázquez.

2. 1. 1. 2. *La Finalidad de la Punibilidad.*

Para el doctrinario Jorge Ojeda Velázquez la finalidad primordial de la punibilidad es la prevención general, es decir, el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para la relación social y la paz jurídica.¹⁸

Asimismo, para el maestro Rodríguez Manzanera la finalidad de la punibilidad, no puede ser otra más que la prevención general, siendo precisamente ésta la intimidación que produce la amenaza contenida en la norma penal, la cual se entiende y se explica con mayor amplitud en la etapa legislativa, pues “aquí la punibilidad tiene una clara función de declaración y afirmación de valores, y su jerarquización por medio de la amenaza, para que la comunidad reconozca y respete los bienes tutelados.”¹⁹

En esa misma tesitura, la Doctora Islas de González Mariscal, considera que la función de la punibilidad es “la protección de bienes a través de la prevención general.”²⁰

De lo anterior podemos desprender que la finalidad de la punibilidad es precisamente la prevención general, ya que a través de la descripción general y abstracta realizada por el órgano legislativo, se establece una conminación o amenaza sobre la privación o restricción de bienes o derechos a todos aquéllos

¹⁸ Cfr. OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *Derecho Punitivo “Teoría Sobre Las Consecuencias Jurídicas del Delito”*, Op. cit., pág. 74.

¹⁹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Op. cit., pág. 89.

²⁰ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Op. cit., págs. 196-197.

que infrinjas las leyes punitivas, para con ello inhibir a la población en general en la comisión de conductas ilícitas.

2. 1. 2. *La Punición.*

Para el maestro Luis Rodríguez Manzanera, la punición propiamente debe denominarse como la “Individualización Judicial”, la cual dicho doctrinario define como “La fase de la determinación de la pena, es el momento en que el Juez escoge entre el arsenal de punibilidades que la Ley le proporciona para el delito en cuestión, la que sea más adecuada, tomando en cuenta tanto al delito y sus circunstancias, como la personalidad y las características del delincuente.”²¹

Igualmente, el tratadista Octavio Alberto Orellana Wiarco, no conceptualiza la punición como tal, sino casi en el mismo contexto la contempla como “la individualización de la pena”, precisando que ésta es la determinación de la pena que efectúa el juzgador, esto es, corresponde al Juez, con base en su arbitrio judicial, precisar la pena que ha de imponer dentro del marco legal al que debe sujetar su decisión.²²

Para la Doctora Olga Islas de González Mariscal, la punición es “la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el órgano jurisdiccional para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad.”²³

En tanto que para el doctrinario Luis de la Barreda Solórzano, de manera muy coincidente con la Doctora Olga Islas de González Mariscal, considera que

²¹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *La Individualización de La Reacción Penal*, Revista Mexicana de Justicia, Número 2, Volumen III, Abril-Junio 1985, pág. 227.

²² Cfr. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *La Individualización de La Pena de Prisión*, Op cit., pág.121.

²³ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Op. cit., pág. 197.

la punición es “la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el Juez para reafirmar la prevención general, y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad.”²⁴

Igualmente, y de manera acorde, el tratadista Jorge Ojeda Velázquez, establece que “por medio de la punición el Juez fija la particular y concreta privación de bienes al autor del delito, tomando en cuenta la magnitud de su culpabilidad en el hecho por el cual es responsabilizado.”²⁵

Mientras que el docto Eugenio Cuello Calón, precisa, en lo concerniente al tópico que nos ocupa, que la Individualización Judicial, como él denomina a la punición “es aquella realizada por los juzgadores, que determinarán, si la Ley lo permite, la clase de pena y, en todo caso, su duración.”²⁶

Por nuestra parte, consideramos que la punición es la actividad realizada por el órgano judicial, consistente en establecer el grado de culpabilidad de un sujeto que ha sido considerado penalmente responsable en la comisión de un hecho delictivo, el cual deberá precisar dentro de los parámetros mínimos y máximos de la punibilidad establecida en la norma penal que se infrinja.

2. 1. 2. 1. Las Características de la Punición.

Para la Doctora Olga Islas de González Mariscal, las características de la punición son:²⁷

1. Por ser aplicación de la Punibilidad, viene a ser elemento de una norma penal individualizada y, por ende, pertenece al nivel judicial;

²⁴ DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis. *Individualización Legislativa Penal*, Revista Mexicana de Justicia, Número 2, Volumen III, Abril-Junio, 1985, pág. 237.

²⁵ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. Op. cit., pág.77.

²⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Volumen II, 18ª ed., Ed. Bosch, España, 1981, pág. 740.

²⁷ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Op. cit., pág. 197.

2. Su función es la reafirmación de la prevención general; y
3. La legitimación del órgano jurisdiccional está basada en la necesidad social originada en la comisión del delito plenamente probado.

2. 1. 2. 2. *La Finalidad de la Punición.*

Para el maestro Luis Rodríguez Manzanera la finalidad o función de la punición es reafirmar la prevención general, es decir, demostrar que la amenaza contenida en la punibilidad no era vana. A diferencia de la punibilidad en la que la única función es la prevención general, en la punición hay una función secundaria que es la prevención especial.²⁸

En esa tesitura de ideas, la Doctora Olga Islas de González Mariscal, precisa que la función de la punición es reafirmar la prevención general.²⁹

Y de manera acorde con dicha doctora, el Doctor Luis de la Barreda Solórzano, considera igualmente que la finalidad de la punición es la de reafirmar la prevención general, “puesto que ésta no se logra sólo con la punibilidad, pues allí donde las normas son letra muerta dicha prevención se diluye. No hay intimidación sin punición.”³⁰

Asimismo, aunque precisando ciertos puntos, el tratadista Jorge Ojeda Velázquez establece que la función de la punición, es decir, de la Individualización de la pena, como el mismo la llama, se circunscribe fundamentalmente a una prevención especial negativa, esto es, va dirigida al propio sujeto, aunque ello no significa que no redunde en efectos de prevención general positiva, al reforzar la credibilidad general en el sistema judicial, y a la

²⁸ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Penología*, Op. cit., pág. 92.

²⁹ Cfr. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *Revista Mexicana de Justicia, Tema II “Individualización Legislativa Penal”*, Op. cit., pág. 197.

³⁰ DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis. Op. cit., pág. 237.

vez tener efecto de prevención general negativa, al intimidar a posibles potenciales delincuentes.³¹

Por lo que respecta a nuestra parte, consideramos que la finalidad de la punición es el reafirmar la prevención general, puesto que ésta va encaminada a reforzar la amenaza a todos los ciudadanos que infrinjan una norma penal, ya que se estará en el entendido de que ciertamente las punibilidades establecidas en las normas penales no son “letra muerta”, pero debe precisarse que no solamente lo será el reafirmar la prevención general, como ya se ha establecido, y como así diversos doctrinarios lo consideran, sino además, como atinadamente y compartiendo la opinión del doctrinario Jorge Ojeda Velázquez, su función también se circunscribe a una prevención especial negativa, puesto que va encaminada de manera directa al individuo que ha violentado una norma de carácter penal, ya que resiente la consecuencia de la determinación de un grado de culpabilidad establecido dentro de los parámetros mínimos y máximos de dicha norma penal.

2. 1. 3. *La Pena.*

Sobre este tópico es necesario precisar que estudiaremos la pena, considerándola como el último de los tres momentos del *ius punendi*, esto es cada una de las tres facetas claramente diferenciadas en las que el Estado se coloca para aplicar el derecho penal, siendo ésta precisamente la individualización ejecutiva, por lo que una vez precisado ello consideraremos las definiciones que los estudiosos del derecho han realizado.

Por una parte, tanto la Doctora Olga Islas de González Mariscal, así como el doctor Luis de la Barreda Solórzano definen a la pena como “la real

³¹ Cfr. OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *Derecho Punitivo “Teoría Sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito”*, Op. cit., pág. 123.

privación o restricción de bienes el autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización.”³² Aunque sobre este aspecto, el Doctor Luis de la Barreda Solórzano, precisa que “la pena consiste en la ejecución de la punición impuesta por el Juez en su sentencia condenatoria.”³³

En tanto que para el maestro Luis Rodríguez Manzanera, la pena “es la efectiva privación o restricción de bienes o derechos de que se hace objeto al sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito. La pena es, pues, la ejecución de la punición, y se da en la instancia o en la fase ejecutiva. Por lo general es la autoridad administrativa la encargada de la ejecución, aunque pueden mostrarse variantes según los diferentes ordenamientos jurídicos.”³⁴

Mientras que el tratadista Jorge Ojeda Velázquez considera que la pena es “la real privación o restricción de bienes del autor del delito que el poder ejecutivo lleva a cabo para la prevención especial; determinada jurídicamente en su máximo por la punición impuesta y en su mínimo por ciertas condiciones temporales y personales del reo que la sufre.”³⁵

En el mismo contexto, el jurista Gustavo Malo Camacho, precisa que la individualización en la etapa de ejecución, como así denomina a la pena, tiene su inicio cuando se dicta una sentencia condenatoria y el respectivo incidente de ejecución, a través de la cual la autoridad judicial, una vez que ha cumplido con su función jurisdiccional, estableciendo la punición correspondiente, pone a disposición de la autoridad administrativa correspondiente, al sentenciado, en

³² ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Op. cit., pág. 197.

³³ DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis. Op. cit., pág. 95.

³⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Penología*, Op. cit., pág. 94.

³⁵ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. Op. cit., pág. 79.

los términos de la pena impuesta en la resolución condenatoria, obligándola a ejecutar la pena en cumplimiento del mandato del órgano jurisdiccional.³⁶

Siendo así como válidamente podemos establecer que la pena es la concretización de las fases que le anteceden, es decir, de la punibilidad y de la punición, ya que en esta etapa la autoridad ejecutora de facto restringe o priva al reo de sus bienes o de sus derechos, de acuerdo al grado de culpabilidad que se le haya impuesto, el cual obviamente deberá ajustarse a los parámetros de punibilidad contemplados en las normas penales que para el caso apliquen.

2. 1. 3. 1. Las Características de la Pena.

Para el doctrinario Jorge Ojeda Velázquez las características de la ejecución de la pena, como propiamente este autor le llama a la pena, son las siguientes.³⁷

1. Es particular, en virtud de que produce una mutación en el mundo del individuo y quien la sufre éste;

2. Es concreta, porque la sanción se ejecuta entre mínimos y máximos de tiempos de privación, y al sujeto activo del delito le corresponde cierto tiempo; y

3. Es temporal, porque el tiempo de prisión impuesto se cumple precisamente en la prisión, y no obstante que el sujeto sea refractario al tratamiento penitenciario, no podrá permanecer en ella más que el máximo de la punición impuesta; sin embargo, podrá gozar de su libertad antes del tiempo fijado en la sentencia si criminológicamente se observa una disminución en su peligrosidad.

³⁶ Cfr. MALO CAMACHO, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano "Teoría General de La Ley Penal. Teoría General del Delito. Teoría de La Culpabilidad y El Sujeto Responsable. Teoría de la Pena*, Op. cit., pág. 652.

³⁷ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. Op. cit., pág. 81.

Mientras que para el tratadista Ignacio Villalobos las características de la pena son las siguientes.³⁸

1. Correctiva, ya que la pena no sólo debe servir para reflexionar sobre el delito cometido, sino que cuando afecte la libertad se aproveche el tiempo para llevar a cabo los tratamientos de enseñanza, curativos o reformativos que resultarían necesarios para prevenir la reincidencia;

2. Eliminatoria, temporalmente, mientras se crea logro enmienda del penado y suprimir su peligrosidad; o perpetuamente, ello si se trata de sujetos incorregibles; y

3. Justa, ya que si el orden social que se trata de mantener descansa en la justicia, ésta da vida a todo medio correctivo y sería por tanto, absurdo defender la justicia mediante la injusticia.

En tanto que para la Doctora Olga Islas de González Mariscal las características de la pena son las siguientes.³⁹

1. Por ser ejecución de la sentencia penal, no es más que un hecho particular y concreto y, por ello mismo, se ubica en el nivel ejecutivo;

2. Tiene como función la prevención especial;

3. Su legitimación está fundada en la necesidad social surgida de la subsistencia del delito plenamente probado.

2. 1. 3. 2. La Finalidad de la Pena.

Para el profesor Luis Rodríguez Manzanera la finalidad de la pena es, “principalmente la prevención especial, es decir, va dirigida básicamente a impedir que el sujeto en cuestión reincida, y se justificaría como instrumento de

³⁸ VILLALOBOS, Ignacio. Op. cit., págs. 529-531.

³⁹ Cfr. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *Revista Mexicana de Justicia Tema II “Individualización Legislativa Penal”*, Op. cit., pág. 197.

repersonalización de individuo. En este caso va implícita una segunda finalidad, la cual es la prevención general, ya que el sancionar al delincuente se refuerza la intimidación de la colectividad, y se ejemplifica a los demás para que se abstengan de violar la norma.”⁴⁰

Por su parte la Doctora Olga Islas de González Mariscal considera que la finalidad de la pena es solamente la prevención especial.⁴¹

En tanto que el doctrinario Luis de la Barreda Solórzano establece, en relación a la finalidad de la pena, lo siguiente: “Se justifica, pues, la pena, como instrumento de repersonalización del individuo. En el campo de visibilidad de este pensamiento se divisa un objetivo de prevención especial. Pero el objetivo de Prevención General no permanece ajeno, pues no puede ignorarse que el cumplimiento de la pena intimida por cuanto se tiene presente que las conminaciones legislativas se cumplen.”⁴²

Por nuestra parte consideramos, al igual que el maestro Luis Rodríguez Manzanera y el tratadista Luis de la Barreda Solórzano, que la pena tiene dos finalidades, siendo la primera de ellas la prevención especial, puesto que es el reo, quien finalmente sufre directamente las consecuencias que de su actuar le resultó, aunque ello también redundaría en la prevención general, en virtud de que la población al percatarse que las conductas ilícitas efectivamente son sancionadas de acuerdo a lo previsto en las normas penales, ello implica una amenaza, puesto que quien contraviniera las disposiciones penales sería susceptible de ser privado o restringido en sus bienes o derechos.

⁴⁰ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Op. cit., pág. 95.

⁴¹ Cfr. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *Revista Mexicana de Justicia, Tema II "Individualización Legislativa Penal"*, Op. cit., pág. 197.

⁴² DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis. Op. cit., pág. 96.

Por ende, una vez precisados los conceptos anteriores, consideramos pertinente destacar que tanto la punibilidad, como la punición y la pena, conforman los estadios del Derecho Penal, toda vez que la punibilidad es la conminación o amenaza que se encuentra establecida en una norma de carácter general, establecida por el poder legislativo; mientras que la punición es la concretización establecida por el poder judicial, dentro de los parámetros establecidos en la norma de carácter general, y por último la pena pertenece a un nivel fáctico, el cual debe ejecutarse bajo un régimen de legalidad, por la autoridad administrativa; siendo así como se establecen las funciones que el Derecho Penal cumple en cada una de dichas fases.

En el siguiente cuadro comparativo recalcaremos las características de la punibilidad, la punición y la pena, y precisaremos las diferencias existentes entre ellas:

▪ PUNIBILIDAD	▪ PUNICIÓN	▪ PENA
▪ Es un acto legislativo.	▪ Es un acto judicial.	▪ Es un acto ejecutivo.
▪ Es la amenaza estatal de la imposición de sanciones si se cumplimentan los presupuesto legales.	▪ Es la precisión del grado de culpabilidad, establecido dentro de los parámetros mínimos y máximos de la punibilidad, previstos en la norma penal que se infrinja.	▪ Es la efectiva privación o restricción de los bienes o derechos del autor de un delito.
▪ En nuestro Derecho Penal se encuentra establecida dentro de parámetros mínimos y máximos.	▪ Se determina de acuerdo al grado de culpabilidad establecido.	▪ Es la concretización en el mundo fáctico.

<ul style="list-style-type: none"> ▪ Su finalidad es la prevención general. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Su finalidad es la prevención general, redundando en la prevención especial. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ La finalidad es la prevención especial, redundado en la prevención general.
--	--	---

2. 2. De las Penas y Medidas de Seguridad, Conforme al Código Penal Vigente en el Distrito Federal.

De manera necesaria es importante, antes de entrar al punto que nos ocupa, considerar para ello los criterios que los tratadistas han tenido en cuenta para poder concebir la incorporación de las medidas de seguridad a los sistemas de reacciones penales, los cuales son los siguientes: el monista, el dualista, y el vicarial o sustitutivo, mismos que a continuación estudiaremos:

2. 2. 1. *El Criterio Monista.*

Los sustentantes de este criterio no admiten diferencias entre la pena y la medida de seguridad, ya que para éstos, ambos tienen el mismo fin, que se traduce precisamente en la defensa social, a través de una limitación o suspensión de derechos que buscan la prevención del delito y la readaptación del delincuente, y por ende es posible sustituirla una por otra.⁴³

Inclusive el tratadista Juan Manuel Ramírez Delgado establece que con dicho criterio lo que se pretende es darle una respuesta unitaria a la relación entre las penas y las medidas de seguridad, ya que a través del mismo se propugna por la aplicación de una de ellas, pero en ningún caso las dos, toda

⁴³ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Penología*, Op. cit., pág. 117.

vez que no hay diferencias marcadas entre las mismas, ya que ambas tienen como presupuesto un delito; asimismo, las dos tienen carácter jurisdiccional; son aflictivas, y tienen el mismo fin, siendo éste la defensa de la sociedad. Por lo que este sistema propone que se eliminen los conceptos de penas y medidas de seguridad para que en su lugar se use uno común, que será el de sanción.⁴⁴

2. 2. 2. El Criterio Dualista.

Por su parte los sustentantes de este criterio consideran que las penas y las medidas de seguridad son diferentes, y por ello ambas deben conservarse en la práctica con sus particulares diferencias. Esto es, los sustentantes de este criterio propugnan por la existencia de dos vías, por medio de las cuales la autoridad judicial deberá impartir justicia, siendo la pena fundada en la culpabilidad del individuo y la medida de seguridad en la peligrosidad del sujeto. La pena, por su parte, será represiva, retributiva y determinada, pues a través de la represión, pretende intimidar al individuo para que no vuelva a delinquir; retributiva, porque por medio del castigo se pretende que el sujeto pague a la sociedad por el daño causado con su conducta delictuosa; determinada, porque debe fijarse su duración, es decir, no puede ir más allá de lo previsto por la Ley y por el Juez. Sin embargo, como la medida de seguridad se funda en la peligrosidad criminal del sujeto ésta deberá ser preventiva, y consistirá en un tratamiento para combatir o evitar que el individuo siga cometiendo delitos. Por ende, este sistema se funda en que ambos medios deben aplicarse de forma acumulativa para combatir el delito, con la preferencia ejecutiva de la pena.⁴⁵

⁴⁴ Cfr. RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. *Penología "Estudio de Las Diversas Penas y Medidas de Seguridad"*, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000, pág. 10.

⁴⁵ *Ibidem*, págs. 7-10.

2. 2. 3. El Criterio Vicarial, Sustitutivo o Ecléctico.

Este sistema surge, como su nombre lo indica de un sistema ecléctico, puesto que propone que primeramente se aplique la medida de seguridad, cuyo tiempo de ejecución se tome en consideración para la duración de la pena y, de ser necesario, que se aplique ésta, aunque si la autoridad considera que una vez cumplida la medida de seguridad ya no es necesaria la aplicación de la pena podrá establecerse que se suspenda la misma, habiéndose sustituido así la pena por la medida de seguridad.⁴⁶

Sobre este aspecto, es importante precisar que nuestro sistema penal prevé las penas, junto a las medidas de seguridad, como una doble vía, la cual enmarca el elemento estructural de la regulación de las consecuencias jurídicas de los delitos en nuestro Derecho Penal, a través del cual la pena estará fundada en la culpabilidad del individuo, y la medida de seguridad en la peligrosidad del mismo, pero no obstante ello, cabe destacar que el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el cual entró en vigor desde el veintidós de noviembre de dos mil dos, estableció en el Título Tercero, el Capítulo I, intitulado “Catálogo de Penas y Medidas de Seguridad y de Consecuencias Jurídicas para Las Personas Morales”; sin embargo, no puede considerarse a esta última figura, es decir, lo que el legislador denominó como “Consecuencias Jurídicas para Las Personas Morales”, como una nueva vía en el sistema penal de sanciones, ya que su naturaleza jurídica radica primordialmente en las penas, las cuales podrán aplicarse a las personas físicas que cometan un ilícito con los medios que proporcione una persona moral, siendo por tal motivo que la precisión por parte del legislador, no solamente al considerar a las penas y a las medidas de seguridad, sino además a las llamadas “consecuencias jurídicas para las personas morales”, como si ésta fuera una tercera vía, no lo es, ya que lo correcto debió ser haberlas

⁴⁶ Idem.

enmarcado dentro del apartado correspondiente a las penas; por lo que una vez acotado lo anterior respecto de nuestro código punitivo, es importante precisar las diferencias existentes entre las penas y las medidas de seguridad, y por ello atenderemos a las proporcionadas por el jurista Luis Rodríguez Manzanera, quien considera que las diferencias existentes entre las penas y las medidas de seguridad son las siguientes:⁴⁷

1. La pena conlleva en sí un juicio de reproche, ya que descalifica pública y solemnemente el hecho delictuoso, mientras que con las medidas de seguridad no hay un reproche moral;

2. La finalidad de la pena es la restauración del orden jurídico, mientras que la de las medidas de seguridad es la de proteger la tranquilidad y el orden públicos;

3. La medida de seguridad, por lo general, atiende exclusivamente a la peligrosidad del sujeto, y es proporcional a ella, mientras que la pena se avoca al delito cometido y al daño causado, sancionando de acuerdo a ello;

4. La pena persigue la intimidación, en tanto que la medida de seguridad no, puesto que ésta en sí no es una amenaza;

5. La medida de seguridad no es retributiva, sino más bien va encaminada hacia la prevención especial, es decir, a un tratamiento individualizado del sujeto;

6. La pena en nuestro sistema jurídico siempre será determinada, en tanto que con la medida de seguridad no opera así, toda vez que de acuerdo a nuestro ordenamiento legal será indeterminada, ya que permanecerá por el tiempo que permanezca la peligrosidad, siempre y cuando no excedan los límites precisados para el caso concreto;

7. La pena debe conservar el principio de juridicidad, en tanto que las medidas de seguridad pueden ser aplicadas por autoridad diversa a la judicial;

⁴⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Penología*, Op. cit., págs. 119-120.

8. Contra la medida de seguridad por lo general no procede recurso en contrario;

9. La medida de seguridad puede ser aplicada a imputables como a inimputables; aunque la imputabilidad podría considerarse como un presupuesto de punibilidad, por lo que sólo son punibles los imputables; y

10. Uno de los puntos más discutibles de dicho autor, es el concerniente a que la medida de seguridad podría aplicarse ante delictum, esto es, no es necesario esperar a que el sujeto peligroso delinca para aplicarla.

2. 2. 4. Clasificación de las Medidas de Seguridad.

Las medidas de seguridad se encuentran contempladas dentro del artículo 31 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, el cual establece:

Artículo 31.- “(Catálogo de medidas de seguridad). Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son”:

Fracción I. “Supervisión de la autoridad”.

Dicha medida de seguridad está contemplada en el numeral 60 del ordenamiento punitivo vigente en el Distrito Federal, el cual precisa en su primer párrafo que ésta es: “... la observación y orientación de la conducta del sentenciado, ejercidas por personal especializado dependiente de la autoridad competente, con la finalidad exclusiva de coadyuvar a la readaptación social del sentenciado y a la protección de la comunidad.”

Por ende, esta medida de seguridad tiende, principalmente, a vigilar el cumplimiento de las sanciones restrictivas de derechos, las cuales son impuestas por la autoridad judicial, y que persigue orientar la resocialización del

delincuente y, en su caso, corroborar su inocuización para impedirle que incurra en nuevos delitos, durante el tiempo que dure la medida impuesta.⁴⁸

Fracción II. “Prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él.”

Esta medida de seguridad se encuentra contemplada en el numeral 61 de la Ley sustantiva penal, y aunque dicho dispositivo en la parte inicial tiene un agregado que se encuentra en paréntesis, y que se lee “concepto y duración”, suponiéndose con ello que tal artículo conceptualiza la medida de seguridad de mérito, lo anterior no es así, pero no obstante ello la denominación que se le dio a la misma encierra su concepto, ya que ésta es la prohibición que la autoridad jurisdiccional pueda imponerle a un sujeto peligroso, o bien socialmente dañino para que acuda a determinados lugares, o bien que se abstenga de residir en el sitio que se le prohíba, protegiendo con ello a las víctimas u ofendidos, e inclusive a la misma sociedad.

Fracción III. “Tratamiento de inimputables o imputables disminuidos.”

Tal medida de seguridad se encuentra contemplada en el Capítulo XI, artículo 62, del Código Penal vigente en el Distrito Federal, la cual se refiere al tratamiento que se dará a aquellas personas que sean inimputables, esto es, a quienes al momento de realizar el hecho típico no tengan la capacidad de querer y entender lo ilícito de su actuar, en virtud de padecer un trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, o bien, que su capacidad se encuentre disminuida; y por último tenemos;

Fracción IV. “Tratamiento de deshabitación o desintoxicación.”

Conforme al artículo 67 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, se establece que cuando un sujeto sea sentenciado por la comisión de un

⁴⁸ Cfr. *Código Penal para El Distrito Federal Comentado* por DÍAZ DE LEÓN, Marco. 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2002, pág. 197.

delito, el cual obedezca a la inclinación o abuso de bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, independientemente de la pena que corresponda se le aplicará dicho tratamiento, para efectos, precisamente de su desintoxicación o deshabituación a tales sustancias.

2. 2. 5. Clasificación de las Penas.

El Título Tercero, del Código Penal vigente en el Distrito Federal, en su Capítulo I, intitulado “catalogo de penas y medidas de seguridad y de consecuencias jurídicas para las personas morales”, establece en el artículo 30, que las penas que se pueden imponer por la comisión de los delitos son: I.- Prisión; II.- Tratamiento en libertad de imputables; III.- Semilibertad; IV.- Trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad; V.- Sanciones pecuniarias; VI.- Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito, VII.- Suspensión o privación de derechos; y VIII. Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos, para después explicar el contenido de cada una de ellas del numeral 33 al 59 de dicho ordenamiento sustantivo penal. Sin embargo, para el estudio del presente tópico, solamente nos ceñiremos al estudio pormenorizado de la pena de prisión.

2. 2. 6. Concepto de la Pena de Prisión.

Para el estudio del presente apartado, previamente debemos estar a lo establecido en el artículo 33 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, el cual prevé:

Artículo 33.- “(Concepto y duración de la prisión). La prisión consiste en la privación de la libertad personal. Su duración no será menor de tres meses ni mayor de cincuenta años. Su ejecución se llevará a cabo en los establecimientos del Distrito Federal o del Ejecutivo Federal, conforme a lo dispuesto en la legislación correspondiente, en la resolución judicial respectiva o en los convenios celebrados.”

Por lo que considerando el anterior concepto legal, podemos fundadamente establecer que la prisión es la pena privativa de la libertad ambulatoria, la cual deberá cumplimentarse mediante el encierro del sentenciado ejecutoriado en los establecimientos creados para tal efecto por la autoridad ejecutora, aunque sobre este tópico en particular, es importante considerar que en nuestro país la prisión también es prevista como preventiva, aunque esta última propiamente no constituye una pena, sino que, como su mismo nombre lo indica, se trata de una medida preventiva de aseguramiento durante el proceso.⁴⁹

Es por ello que resulta importante establecer qué se entiende por prisión preventiva, o también llamada provisional, y por ello atenderemos a las definiciones que se han dado de la misma. Por su parte, el maestro Luis Rodríguez Manzanera, establece que la prisión preventiva es “la privación de la libertad de un sujeto probablemente responsable de un delito, cuya comisión ha sido comprobada y que, por tratarse de una violación grave a la Ley Penal, hace suponer una peligrosidad que amerita el internamiento del sujeto por el tiempo que dure el juicio.”⁵⁰

Mientras que para el profesor Arturo Zavaleta la prisión preventiva es “una medida precautoria de índole personal que crea al individuo sobre quien

⁴⁹ Cfr. MALO CAMACHO, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano “Teoría General de La Ley Penal. Teoría General del Delito. Teoría de La Culpabilidad y El Sujeto Responsable. Teoría de la Pena”*, Op. cit., pág. 613.

⁵⁰ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Op. cit., pág.144.

recae, un estado más o menos permanente de privación de su libertad física soportada en un establecimiento público destinado al efecto, y que es decretada por Juez competente en el curso de una causa, contra el sindicado como partícipe en la comisión de un delito reprimido con pena preventiva de la libertad, con el único objeto de asegurar su presencia durante el juicio y garantizar la eventual ejecución de la pena.”⁵¹

En tanto que el tratadista Jesús Rodríguez y Rodríguez define a la prisión preventiva como “la medida privativa de libertad, impuesta excepcionalmente al presupuesto responsable de un delito grave, en virtud de un mandato judicial, antes del pronunciamiento de sentencia firme.”⁵²

Por nuestra parte consideramos que la prisión preventiva es aquella medida cautelar, mediante la cual la autoridad judicial priva de la libertad a un sujeto a quien se le ha considerado probable responsable en la comisión de un ilícito que merezca pena corporal, misma que habrá de cumplimentarla en un sitio diferente al destinado para la extinción de las penas privativas de la libertad. Inclusive así lo contempla el artículo 18, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual literalmente establece:

Artículo 18. “Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.”

⁵¹ ZAVALETA, Arturo J. *La Prisión Preventiva y La Libertad Provisoria*, Ed. Arayu, Argentina, 1954, pág. 74.

⁵² RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. *La Detención Preventiva y Los Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1981, pág. 14.

2. 3. Individualización de las Penas al Momento en que el A Quo Dicta Sentencia.

Previo al estudio del presente tópico es importante puntualizar que en la doctrina existen criterios que fundamentan la individualización de la pena, los cuales son:

1. El Criterio de culpabilidad, este criterio precisa que la pena y su individualización no deben responder a la personalidad o al carácter del sujeto, sino que implica que la pena debe determinarse exclusivamente en relación al hecho realizado; aunque obviamente no se pretende la imposición punitiva con estricto límite al hecho cometido, ya que ello sería excesivamente restrictivo y por lo mismo incorrecto, por lo que su contenido, en cuanto a reproche, supone también la valoración del ámbito graduable de la culpabilidad de la persona que deriva de su mayor o menor grado de libertad de actuar como persona, lo que significa valorar todas las circunstancias que, en este sentido, impliquen precisamente la libertad de actuar y las restricciones que lo impidan, dentro del límite de la responsabilidad punible, para autodeterminarse y conducirse conforme a tal forma, o para haber tenido conocimiento de la antijuridicidad de acto o, en fin, para que hubiera podido serle exigible otra conducta diversa por él realizada.⁵³

2. El Criterio de la peligrosidad, dicho criterio es opuesto al principio de culpabilidad aludido, ya que éste tiene como principio punir las conductas ilícitas en función de la peligrosidad manifiesta de la persona, la cual está íntimamente relacionada con la responsabilidad social y no la responsabilidad personal, siendo ésta el principio del criterio de la culpabilidad.

⁵³ Cfr. MALO CAMACHO, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano "Teoría General de La Ley Penal. Teoría General del Delito. Teoría de la Culpabilidad y el Sujeto Responsable. Teoría de la Pena"*, Op. cit., págs. 654-655.

Este criterio, según lo establecido por el doctrinario Gustavo Malo Camacho, aparece definido en función de evitar la comisión de la conducta delictiva futura y no como pena por el delito ya cometido,⁵⁴ y por último tenemos:

3. El Criterio sustentado en la política criminal, este criterio se desprende del conjunto de reformas estructurales que permiten frenar el fenómeno de la delincuencia sobre el cual la Ley Penal mexicana se apoya, puesto que si consideramos que en el párrafo segundo del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se prevé que “Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la *readaptación social del delincuente...*”, es por lo que de ello se desprenden las bases de la decisión política fundamental del Estado Mexicano, que se traducen claramente en la imposición de sanciones cada vez más severas en la comisión de los delitos que el Estado considera como de aquéllos que dañan aún más a la sociedad, lo cual define propiamente la estructura política en nuestro país, que se recoge en la legislación penal, procesal penal, en las leyes de ejecución de sanciones, las leyes de los menores infractores, y demás relativas a la materia.

Es por ello que, a través de la política criminal, las decisiones preventivas no resultan de deducciones lógico abstractas establecidas en teorías para la solución del caso concreto sino que dichas decisiones se inician en base al acontecer cotidiano, es decir, con el problema mismo, y posteriormente es cuando se incorporan al sistema criminal, para así darle solución a sucesos semejantes.

⁵⁴ Idem.

Por lo anteriormente expuesto, válidamente podemos sostener que nuestro sistema penal tiene como base el criterio de culpabilidad, ya que a partir del diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro la autoridad judicial al momento de imponer la punición correspondiente por la comisión de un hecho delictivo dejó de considerar el principio de peligrosidad del sujeto activo, para tomar en cuenta la culpabilidad del autor de un delito; sin embargo, la autoridad judicial a partir de ese entonces no solamente tuvo que considerar estrictamente el acontecimiento ilícito, sino además todas aquellas circunstancias que implicaban la libertad de actuar del sujeto activo, y las circunstancias que hubieran podido serle exigible una conducta diversa a la realizada, ya que si se considera que dentro de las peculiares del acusado se encuentra que éste sea o no primo delincuente, ello es un factor que permite valorarlo desde una perspectiva diferente de aquél que cuente con antecedentes penales, ya que éste de cierta manera conoce con mayor precisión las consecuencias jurídicas que produce el ejecutar una conducta delictiva, además de revelar cierto desprecio hacia el orden jurídico establecido, por lo que si bien es cierto al momento de individualizar la pena, el juzgador debe tomar en cuenta preponderantemente, los aspectos objetivos del hecho delictuoso, ello no implica que se dejen de considerar los antecedentes penales anteriores del activo, y además hoy día también debe considerar la política criminal que impera, tal y como así ha quedado asentado en la siguiente tesis de jurisprudencia que es del tenor literal siguiente:

- - - "CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO, DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO, EN TÉRMINOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, DE 10 DE ENERO DE 1994. Del proceso legislativo de la referida reforma se advierte que tuvo como finalidad abandonar el criterio de la peligrosidad como el eje fundamental sobre el que debía girar la individualización de la Pena, para adoptar la figura del reproche de culpabilidad. Al respecto, los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal vigentes a la fecha, establecen un esquema de individualización de la Pena que es una especie de combinación de dos sistemas, el de culpabilidad de acto como núcleo del

esquema, y el de culpabilidad de autor como una suerte de cauce hacia una política criminal adecuada. El numeral 52 indica que al imponer la Pena respectiva debe atenderse al grado de culpabilidad del agente, en tanto que el artículo 51 dice que deben tenerse en cuenta las circunstancias peculiares del propio sujeto activo, entre las que destaca, en términos del artículo 65 del mismo cuerpo de leyes, la reincidencia. Por otra parte, la fracción VIII del propio artículo 52 señala que debe atenderse a las condiciones propias del sujeto activo, que sirvan para determinar la posibilidad que tuvo el mismo de haber ajustado su conducta a lo previsto en la norma. Todas estas reglas tienen como finalidad específica servir de medio por virtud del cual el Derecho Penal proporcione la seguridad jurídica a que aspira, teniendo para ello como objetivo la prevención de conductas delictivas, al ser una de las formas que asegura la convivencia de las personas en sociedad, y así cumplir con la prevención especial a que alude el numeral 51 del ordenamiento legal citado, que deriva de la aplicación de la Pena a un caso concreto para evitar la posterior comisión de delitos por parte del sentenciado. Por tanto, si bien las alusiones a la culpabilidad deben ser entendidas en la forma de una culpabilidad de acto o de hecho individual, en esas referencias necesariamente deben encontrarse aspectos claramente reveladores de la personalidad del sujeto, ya que es incuestionable que la personalidad desempeña un papel importante en la cuantificación de la culpabilidad, toda vez que es uno de los datos que nos indican el ámbito de autodeterminación del autor, necesario para apreciar el por qué adoptó una resolución de voluntad antijurídica pudiendo adoptar una diferente. En ese orden de ideas, es claro que el juzgador al determinar el grado de culpabilidad del acusado, debe tomar en cuenta sus antecedentes penales, para así estar en posibilidad de verificar si la prevención especial consagrada en el artículo 51 ha funcionado o no.”- - - - -

“Contradicción de tesis 16/2000. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Penal del Tercer Circuito. 4 de abril de 2001. Mayoría de tres votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo.”- - - - -

“Tesis de jurisprudencia 76/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de quince de agosto de dos mil uno, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente en funciones Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo.”- -

Una vez acotado lo anterior es importante precisar el significado del vocablo individualizar o individualización, para de esta forma comprender de una mejor manera dicho concepto, por lo que atendiendo a la definición proporcionada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española,

debemos entender que “individualizar” o “individuar” es especificar una cosa, tratar de ella con particularidad y pormenor. Determinar individuos comprendidos en la especie, y por ello podemos comprender por dicho concepto se significa especificar o determinar, por lo que para efectos de la presente sustentación entenderemos que la individualización de las penas es la determinación de la punición.

Ahora bien, atenderemos a las conceptualizaciones que los doctrinarios han dado de ésta; siendo así como el maestro Luis Rodríguez Manzanera define a la individualización judicial, como él mismo la denomina, como “la fase de determinación de la punición, es el momento en que el Juez escoge entre el arsenal de punibilidades que la Ley le proporciona para el delito en cuestión, la que sea más adecuada tomando en cuenta tanto al ilícito, y sus circunstancias como la personalidad y las características del delincuente...”⁵⁵

En ese mismo orden de ideas, el tratadista Eugenio Cuello Calón establece que “El momento judicial. El verdadero momento de la individualización penal es éste, el de la individualización judicial, la realizada por los juzgadores, que determinarán, si la Ley lo permite, la clase de pena y, en todo caso, su duración...”⁵⁶

En esa misma tesitura de ideas, la Doctora Irma García Andrade, precisa que “la individualización judicial corre a cargo del órgano Jurisdiccional, esto es, aplicar la pena de acuerdo a la personalidad del delincuente...”⁵⁷

Por lo que fundadamente podemos concluir que la individualización judicial, es la concretización de la punición que impone la autoridad judicial

⁵⁵ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Op. cit., pág. 102.

⁵⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. cit., pág. 740.

⁵⁷ GARCÍA ANDRADE, Irma. *El Sistema Penitenciario Mexicano “Retos y Perspectivas”*, Ed. Sista, México, 2001, pág. 49.

(intuite personae), considerando para ello la política criminal preponderante del Estado, así como el grado de culpabilidad del delincuente, y las peculiaridades del mismo.

2. 3. 1. *Parámetros para la Imposición de las Penas.*

Para el estudio del presente tema es importante considerar el contenido de algunas teorías que imperan para la imposición de las penas, las cuales nos darán una mayor claridad sobre la imposición de éstas, siendo dentro de las más importantes las siguientes:

1. La Teoría de la Pena Exacta o Puntual, esta teoría considera posible calcular exactamente, en el caso concreto, cuál es la pena que corresponde a la culpabilidad del autor, puesto que existe una sola pena para ello.⁵⁸

2. La Teoría del Espacio de Juego, dicha teoría es de origen alemán, y la misma propugna por establecer que la pena adecuada a la culpabilidad debe comprenderse entre un marco determinado de un mínimo y un máximo, dentro de los cuales se debe establecer la pena puntual a que haya lugar.⁵⁹

3. La Teoría del Acto de Gestación Social, ésta ha sido defendida fundamentalmente por el doctrinario Eduard Dreher, y a través de dicha teoría se precisa que “el Juez parte de la pena exacta que él personalmente considera adecuada a la culpabilidad, pena que modifica a favor de otros fines de la pena, esto es, a través de la combinación de las diferentes posibilidades de sanción. Pero la pena fijada por el Juez sólo puede desviarse de la pena adecuada a la culpabilidad en la medida en que guarde una estrecha relación a ojos de la comunidad jurídica con su fundamento (la culpabilidad). En su sentir

⁵⁸ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención General e Individualización de la Pena*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, España, 1999, pág. 187.

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 189.

ciertamente correcto, como predica la teoría del espacio juego, que para un hecho concreto no hay ninguna determinada pena justa como magnitud objetiva, pero cree asimismo que tampoco hay valores fronterizos fijos de la pena justa hacia arriba o, en su caso, hacia abajo.”⁶⁰

4. La Teoría del Valor Jerárquico del Empleo, “esta teoría exige una separación tajante entre una pura determinación del máximo de pena fundamentada culpablemente (primera fase, en que la culpabilidad tiene por misión determinar por sí sola la duración de la pena), y una individualización penal, que sólo podrá realizarse desde puntos de vista preventivos y que consiste en la elección del tipo de pena, y en la aplicación o no de la suspensión de la pena para la remisión condicional, o el apercibimiento con reserva de pena (segunda fase, que debe orientar la decisión sobre los aspectos mencionados).”⁶¹

De dichas teorías, podemos claramente desprender que la predominante en nuestro sistema penal es la teoría del espacio de juego, toda vez que es el órgano legislativo, quien a través de las normas penales precisa de manera abstracta las punibilidades habidas por la comisión de algún delito, esto es, establece los márgenes de punibilidad enmarcados dentro de parámetros mínimos y máximos, los cuales originan el margen con que cuenta la autoridad judicial para imponer la sanción correspondiente de acuerdo a su libre arbitrio, aunque para ello está condicionada a respetar los parámetros establecidos en la Ley sustantiva penal, además que obviamente su determinación debe estar debidamente fundada y motivada. Siendo por ello que en nuestro país surgió la necesidad de buscar ciertos parámetros que guiaran a la autoridad en el ejercicio de su facultad decisoria, evitando con eso arbitrariedades, por lo que

⁶⁰ JESCHECK HANS, Heinrich. *Tratado de Derecho Penal “Parte General”*, 4ª ed., Ed. Granada, España, 1976, págs. 794-795.

⁶¹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Op. cit., págs. 199-200.

han surgido algunos métodos establecidos para que evitar tal situación, como lo son:

a) El Método del Olfato, éste consiste en que el Juez, de acuerdo a su criterio y en uso de su facultad discrecional, decide a cuales elementos de los que la Ley le obliga a considerar les concede más peso, sea para imponer la pena mínima o máxima, o bien en un grado intermedio, sin necesidad de ponderar pormenorizadamente dichos elementos, bastando con mencionar el proceso lógico que lo condujo a establecer la cuantía de la sanción.⁶²

b) El Método Decimal, éste implica la propuesta de cuantificar la pena en la medida de la culpabilidad partiendo del límite mínimo y estableciendo una escala de diez puntos, donde cada punto es un elemento considerado por el Juez para acreditar su culpabilidad, y con ello una aportación a su medida de pena. En la propuesta de este método decimal se señala que el arbitrio judicial busca una metodología que permita seguridad jurídica en la cuantificación de la pena.⁶³

c) El Método de los Once Grados, en este modelo se parte de la consideración de que si bien es cierto la Ley únicamente señala los parámetros mínimos y máximos de punibilidad para cada delito en particular, también lo es que no precisa grados o escalas intermedios entre los mínimos y los máximos, siendo por ello por lo que le corresponde al Juez, en uso de su arbitrio, sopesar los elementos que en forma abstracta y general le obligan los artículos 71, 72 y 73 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, utilizando para eso el modelo de los once puntos como una herramienta, los cuales se deducen si, en un primer paso, se obtiene el grado medio, el cual deriva de sumar la pena del tipo penal que se elija, en su mínimo y máximo, y dividirla entre dos, y ese es el

⁶² Cfr. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *La Individualización de la Pena de Prisión*, Op. cit., pág. 207.

⁶³ Ibidem, págs. 208-209.

grado medio; y después, de igual forma, se podrá sumar la pena mínima y la media y obtener otro grado; y sumar la media y la máxima y obtener otro grado, y así sucesivamente hasta que se obtengan los once grados, los cuales para el doctrinario Octavio Alberto Orellana Wiarco serían:⁶⁴

1. Mínimo;
2. Ligeramente superior al mínimo;
3. Entre el mínimo y el medio, con tendencia al primero;
4. Equidistante entre el mínimo y el medio;
5. Entre el mínimo y el medio, con tendencia al segundo;
6. Medio;
7. Ligeramente superior al medio;
8. Entre el medio y el máximo, con tendencia al primero;
9. Equidistante entre el medio y el máximo;
10. Entre el medio y el máximo, con tendencia al segundo, y
11. Máximo.

2. 3. 2. La Individualización de la Pena.

Previo a este tópico en particular debemos retomar los puntos destacados con antelación, es decir, tendremos que considerar que, de acuerdo a la Teoría Funcionalista, propuesta por el doctrinario alemán Claude Roxín, el punto a estudiar en este apartado es precisamente el momento en que el juzgador entra al estudio de la culpabilidad del sujeto, así como de las circunstancias concurrentes del delito, y los parámetros de punibilidad establecidos por el legislador para con ello encontrarse en la posibilidad de aplicar la punición correspondiente, por lo que en este apartado estudiaremos la

⁶⁴ Ibidem, págs. 210-211.

segunda etapa del “ius punendi”, denominada doctrinalmente como la individualización judicial.

En nuestro sistema judicial local, las escalas de interpretación en la individualización que deberá utilizar la autoridad judicial, de acuerdo al jurista Gustavo Malo Camacho, pueden distinguirse de la siguiente manera:⁶⁵

a) De acuerdo al grado del injusto;

b) De acuerdo al grado de la culpabilidad; y

c) De acuerdo al correctivo por la peligrosidad, aunque esta última ya no es aplicable en nuestra legislación, de acuerdo a lo asentado líneas anteriores; por ende solamente entraremos al estudio de las dos primeras de ellas.

Este tratadista precisa que el “grado del injusto” comprende la posibilidad y la necesidad de graduar la mayor o menor gravedad del delito en cuestión, esto es, implica el estudio de todos aquellos aspectos objetivos y subjetivos relacionados con la conducta y el resultado típico.⁶⁶ Es por ello que, los aspectos que la autoridad judicial deberá considerar para determinar el grado del injusto serán aquellas circunstancias exteriores de ejecución del delito, que son:

2. 3. 2. 1. *El Intervalo de Punibilidad Previsto para los Delitos.*

La autoridad judicial deberá acatar lo establecido en el artículo 70 del Código Penal para el Distrito Federal, cuyo contenido literal es el siguiente:

⁶⁵ Cfr. MALO CAMACHO, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano “Teoría General de La Ley Penal. Teoría General del Delito. Teoría de la Culpabilidad y El Sujeto Responsable. Teoría de La Pena*, Op. cit., pág. 662.

⁶⁶ Ibidem, pág. 664.

Artículo 70.- (Regla general). “Dentro de los límites fijados por la Ley, los jueces y tribunales impondrán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, en los términos del artículo 72 de este Código.”

Por ello el órgano judicial, en estricto acatamiento a dicho numeral, al momento de punir las conductas ilícitas, si bien es cierto goza de la facultad discrecional para ello, previamente deberá considerar lo que el legislador denominó como los “límites fijados por la Ley”, o como correctamente debió denominársele, *los parámetros de punibilidad* establecidos para cada ilícito en concreto que, acorde a la teoría alemana denominada Teoría del Espacio de Juego, la cual contempla que el legislador establecerá los parámetros mínimos y máximos de punibilidad, dentro de los cuales el juzgador precisará la punición, aunque la autoridad jurisdiccional está obligada a ceñirse a lo que el legislador denominó como los “términos mínimo y máximo”, establecido en el numeral 71, párrafo segundo, del Código Penal vigente en el Distrito Federal, el cual prevé:

Artículo 71.- ”... Cuando se prevea la disminución o el aumento de una pena con referencia a otra, se fijará con relación a los términos mínimo y máximo de la Punibilidad que sirva de referencia...”

Siendo así como la autoridad judicial deberá precisar el grado de punición, dentro de dichos “términos”, por lo que no podrá imponer sanciones por debajo de los parámetros mínimos, y mucho menos aplicarlos por encima de los máximos previstos en la Ley; aunque al momento de cuantificar la pena deberá establecerse claramente el grado de punición para que la misma sea acorde con las sanciones impuestas, y por ello cuando la autoridad jurisdiccional establezca la nominación que se atribuya al grado de culpabilidad, deberá hacerlo de manera precisa para que no genere confusión, tal como lo han sustentado nuestros máximos tribunales, en la Tesis de Jurisprudencia número I.1o.P. J/14., cuya fuente se encuentra en la Gaceta del Semanario

Judicial de la Federación, en el Tomo XIII, de febrero de dos mil uno, en la página 1668, que es del tenor literal siguiente:

- - - "PENA. DEBE SER CONGRUENTE CON EL GRADO DE CULPABILIDAD DEL SENTENCIADO, LA CUAL DEBE ESTABLECERSE EN FORMA INTELIGIBLE Y PRECISA. De acuerdo a lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, el Juez deberá de tomar en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución, las peculiares del delincuente, así como las referidas al hecho y a la víctima, para la individualización de la Pena; si bien es cierto que la cuantificación de la Pena corresponde exclusivamente al juzgador, que goza de plena autonomía para fijar el monto que a su amplio arbitrio estime justo dentro de las máximos y mínimos señalados en la Ley; también lo es que ese arbitrio encuentra limitación en el acatamiento de las reglas normativas de la individualización de la Pena. En este orden de ideas, se tiene que para alcanzar claridad la resolución del juzgador y hacer verificable que la individualización de la Pena sea acorde con el grado de culpabilidad estimado, es menester que la nominación que se atribuya al grado de culpabilidad sea precisa, así, entre la mínima y la máxima pueden expresarse las graduaciones: "equidistante entre la mínima y la media", "media" o "equidistante entre la media y la máxima", o las intermedias entre los puntos mínimo, medio y máximo, en relación con las equidistantes entre éstos. La cita de los medios de graduación referidos evita el uso de locuciones ambiguas y abstractas que no determinan el nivel exacto de culpabilidad, lo que se traduce en una deficiente individualización de la Pena que impide dilucidar el aspecto de congruencia que legalmente debe existir entre el cuántum de la sanción impuesta y el índice de culpabilidad del delincuente, ya que al determinarse tal aspecto e imponer una condena que aritméticamente se ubique dentro del nivel de culpabilidad resultante, ello hace posible colegir con certeza, si la Pena es acorde a la individualización determinada. De ahí que se deba establecer el grado de culpabilidad del sujeto activo en forma inteligible y precisa, pues imponer una pena que no corresponda al grado de culpabilidad resulta violatorio de garantías para el sentenciado."- - - - -

"PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO."- - - - -

"Amparo Directo 1225/99. 13 de septiembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Felipe Álvarez Medellín."- - - - -

"Amparo Directo 3717/99. 13 de septiembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Carlos López Cruz."- - - - -

"Amparo Directo 3313/99. 28 de septiembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Rosa Guadalupe Malvina Carmona Roig. Secretaria: Alma Rosa Bolaños Espino."- - - - -

"Amparo Directo 3821/99. 28 de septiembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Misael David Soto López."- - - - -

Parámetro mínimo: 3 tres meses de prisión y 30 treinta días multa.

Parámetro máximo: 1 una año de prisión y 75 setenta y cinco días multa.

Nuevo parámetro de punibilidad:

Parámetro mínimo: 9 nueve meses de prisión y 90 noventa días multa.

Parámetro máximo: 3 tres años de prisión y 225 doscientos veinticinco días multa.

Debiendo por ende, destacarse que la autoridad judicial tiene la obligación de considerar como base para la imposición de la punición, el nuevo margen de punibilidad, aunque éste no podrá rebasar los extremos previstos para cada caso concreto, de acuerdo a lo establecido en los párrafos antepenúltimo, penúltimo, y último, del artículo 71, del Código Penal para el Distrito Federal, toda vez que literalmente prevé:

Artículo 71.- "... Cuando se prevea la disminución o el aumento de una pena con referencia a otra, se fijará con relación a los términos mínimo y máximo de la Punibilidad que sirva de referencia... En estos casos, el juzgador individualizará la Pena tomando como base el nuevo marco de referencia que resulte del aumento o disminución.

En ningún caso se podrá rebasar los extremos previstos en este Código."

2. 3. 2. 3. *Las Escalas Específicas para los Delitos Dolosos y Culposos.*

Conforme al artículo 18, del Código Penal para el Distrito Federal, las acciones u omisiones de carácter ilícito podrán ser dolosas o culposas, definiéndose en el párrafo segundo de dicho precepto legal que obra dolosamente aquél que, teniendo conocimiento de los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o bien, previendo como posible el resultado típico, quiere y acepta su realización, en tanto que obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible, o previó confiando en que no

se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

Y para ello el legislador estableció en el párrafo tercero del artículo 76 del código punitivo, los delitos que podrían ser sancionados como culposos, toda vez que dicho dispositivo legal prevé:

Artículo 76.- “Sólo se sancionaran como delitos culposos los siguientes: Homicidio, a que se refiere el artículo 123; Lesiones, a que se refiere el artículo 130; Aborto, a que se refiere la primera parte del párrafo segundo del artículo 145; Lesiones por Contagio, a que se refiere el artículo 159; Daños, a que se refiere el artículo 239; Ejercicio Indebido de Servicio Público, a que se refieren las fracciones III y IV del artículo 259, en las hipótesis siguientes: destruir, alterar o inutilizar información o documentación bajo custodia o a la cual tenga acceso, propicie daños, pérdida o sustracción en los supuestos de la fracción IV del artículo 259; Evasión de Presos, a que se refieren los artículos 304, 305, 306 fracción II y 309 segundo párrafo; Suministro de medicinas nocivas o inapropiadas a que se refieren los artículos 328 y 329; Ataques a las Vías y a los Medios de Comunicación a que se refieren los artículos 330, 331 y 332; Daño al Ambiente, a que se refieren los artículos 343, 345, 347 y 350; y los demás contemplados específicamente en el presente Código y en otras disposiciones.”

Contemplando además en el párrafo primero del artículo aludido, que la punibilidad aplicable para tales ilícitos consistirá en la imposición de una cuarta parte de la punición de que se trate, exceptuando aquellos delitos en que la Ley precise una punibilidad específica. Verbigracia, en tratándose del delito de Ejercicio Indebido del Servicio Público, hipótesis prevista en la fracción III, del numeral 259 del Código Penal para el Distrito Federal, la punibilidad aplicable será de 2 dos a 7 siete años de prisión y de 50 cincuenta a 500 quinientos días multa, por lo que si la autoridad judicial, al momento de punir alguna conducta que encuadre en dicha hipótesis normativa decide imponer un grado de culpabilidad ubicado en el punto medio entre la punibilidad mínima y la punibilidad máxima, la punición aplicable será:

MÍNIMA	MEDIA	MÁXIMA
2 AÑOS PRISIÓN	4 años 6 meses	7 AÑOS DE PRISIÓN
50 DÍAS MULTA	275 días multa	500 DÍAS MULTA

Es por ello que, si la autoridad judicial tiene la obligación de imponer una cuarta parte de la punición de que se trate, en el caso concreto la punición aplicable de acuerdo al grado del injusto lo será 4 cuatro años, 6 seis meses de prisión y multa de 275 doscientos setenta y cinco días, y una cuarta parte de dicha punición lo es 1 un año, 1 un mes, 15 quince días de prisión y 68 sesenta y ocho días multa.

2. 3. 2. 4. *La Escala Relativa al Grado de Consumación del Delito.*

Este tópico en particular se refiere a los delitos consumados o tentados, los cuales normativamente están previstos en el artículo 20, del Título Segundo, Capítulo II, del Código Penal para el Distrito Federal, el cual literalmente dispone:

Artículo 20.- (Tentativa punible). “Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.”

El legislador al establecer una diferencia entre los delitos consumados y los que no lo son, igualmente precisó punibilidades diferentes para los mismos, puesto que la punibilidad que deberá aplicarse para los delitos tentados, conforme al artículo 78 del código sustantivo penal, será la que corresponda de imponer entre una tercera parte de la punibilidad mínima, y dos terceras partes

de la punibilidad máxima previstas para el delito consumado de que se trate. Verbigracia, en tratándose del delito de Extorsión, el cual está previsto en el numeral 237 del Código Penal, cuyo margen de punibilidad mínimo es de 2 dos años de prisión y multa de 100 cien días, y máxima de 8 ocho años y 800 ochocientos días multa, y considerando como ejemplo las punibilidades de dicho tipo penal, al aplicarle las disposiciones para los delitos tentados, los parámetros de punibilidad sobre los cuales la autoridad judicial deberá establecer la punición aplicable serán los siguientes:

MÍNIMA	MÁXIMA
8 MESES DE PRISIÓN	6 AÑOS PRISIÓN
33 DÍAS MULTA	600 DÍAS MULTA

Por lo que a partir del nuevo margen de punibilidad el juzgador determinará la punición aplicable, siendo pertinente resaltar que dicha regla igualmente se aplicará para las punibilidades previstas para aquellas circunstancias que califiquen a los delitos tentados, esto es, el mínimo en una tercera parte, y el máximo en dos terceras partes, de conformidad a lo que estatuye el artículo 78, párrafo primero, del Código Penal, y aunque ciertamente es importante resaltar que en la tesis de jurisprudencia que aparece bajo el rubro de: "ROBO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA, COMETIDO CON VIOLENCIA FÍSICA Y MORAL. PENAS APLICABLES", emanada del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en el Tomo VI, de agosto de 1997, en la página 610, se estableció que no podían aplicarse para las calificativas las reglas que se preveían para la punibilidad de los delitos tentados, ya que lo que no llegaba a consumarse era el ilícito, no así las calificativas, la misma fue superada con la jurisprudencia número 151/2003-PS, de mayo de 2004, que resolvió la contradicción de tesis sustentadas entre dicho

tribunal y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, que a la letra expone:

- - - “TENTATIVA DE DELITO CALIFICADO. PUNIBILIDAD. Si la Ley Penal prevé que la tentativa se castiga con sanción equivalente a una fracción de la correspondiente al delito consumado, resulta evidente que cuando el inculpado (como acontece en los artículos 63 y 78 del anterior y nuevo Código Penal para el Distrito Federal, respectivamente), entre los actos de ejecución de un delito calificado, realiza la conducta calificante, pero dicho ilícito no se consuma por causas ajenas a su voluntad, la Pena deberá consistir en la suma de la aplicable al tipo básico más la de la conducta calificante, reducidas ambas en términos de la regla de la tentativa referida. En consecuencia es inadmisibles que el Juez únicamente reduzca la Pena correspondiente al tipo básico y aplique en su integridad la relativa a la conducta calificante, por estimar que esta última sí llegó a consumarse, pues el dispositivo que contiene la calificativa constituye sólo un componente de la conducta típica sancionada por el orden jurídico. Por ende, su actualización, aisladamente considerada, no puede ser sancionada como si se tratara de un delito autónomo.”- - - - -

“Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: José Alberto Tamayo Valenzuela.”- - -

2. 3. 2. 5. La Escala Relativa al Grado de Participación en la Comisión del Delito.

El artículo 22, del Código Penal para el Distrito Federal, contempla en seis fracciones las formas en las que se manifiesta la responsabilidad de las personas, a través de la autoría o de la participación, y para ello prevé diversas punibilidades, ya que en tratándose de los cómplices, contemplados en las fracciones V y VI de dicho precepto legal, conforme al artículo 81, la autoridad judicial al momento de punir la conducta delictiva considerará como nuevo marco de punibilidad la tercera parte de la punibilidad mínima y máxima del delito cometido, y dentro del nuevo marco de referencia precisará la punición aplicable. Y en el supuesto que exista una autoría indeterminada, es decir, cuando se presente una intervención plurisubjetiva en el hecho ilícito, y no pueda precisarse el daño que cada uno causó, entonces se estará a lo previsto

en el artículo 82 del Código Penal, esto es, se tomará en cuenta un nuevo margen de punibilidad, el cual será de tres cuartas partes de la punibilidad mínima y tres cuartas partes de la punibilidad máxima previstas para el delito cometido, y a partir del mismo el juzgador impondrá la punición correspondiente.

2. 3. 2. 6. *La Escala Relativa al Concurso de Delitos y al Delito Continuado.*

El Código Penal para el Distrito Federal, prevé la existencia del concurso de delitos, ya que el artículo 28, de dicho ordenamiento punitivo contempla expresamente:

Artículo 28.- (Concurso ideal y real de delito). “Hay concurso ideal, cuando con una sola acción o una sola omisión se cometen varios delitos.
Hay concurso real, cuando con pluralidad de acciones y omisiones se cometen varios delitos.
No hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado.
En caso de concurso de delitos se estará a lo dispuesto en el artículo 79 de este Código.”

Por lo que la autoridad judicial, en tratándose de concurso de delitos deberá tomar en cuenta lo previsto en el último párrafo del artículo precitado, el cual alude a lo que se establece en el precepto 79 del código punitivo en vigor, mismo que contempla que en caso de concurso ideal, se deberán imponer las sanciones que prevea el delito que merezca la mayor punibilidad, mismas penas que podrán aumentarse, aunque sin rebasar la mitad de la punibilidad máxima contemplada para el o los delitos restantes, esto cuando se trate de ilícitos de la misma naturaleza, y si se tratara de delitos de diversa naturaleza se impondrán las puniciones correspondientes por el o los delitos restantes, pero no podrán exceder de los máximos establecidos en el Capítulo I, Título Tercero, del código punitivo, esto es, de 50 cincuenta años de prisión.

Por otro lado, si se trata de concurso real, se impondrá la punición del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las PUNICIONES que la Ley contemple para cada uno de los delitos restantes, obviamente sin que rebasen los máximos señalados en el artículo 33 del Código Penal. En esa misma tesitura, y tratándose de delitos continuados se aumentará en una mitad más la punibilidad que la Ley prevea para el ilícito cometido.

2. 3. 2. 7. La Escala del Error.

Sobre este tópico en particular es importante considerar que en el Capítulo V, correspondiente a las causas de exclusión del delito, en la fracción VIII, del artículo 29, del Código Penal vigente, establece como una causa de exclusión del delito el Error de Tipo y el Error de Prohibición, y en tratándose de que dichos errores, tanto el de tipo, como el de prohibición, sean vencibles, la punibilidad aplicable será la contemplada en el párrafo primero y segundo del artículo 83, de la Ley sustantiva penal, es decir, por una parte si el error de tipo es vencible la punibilidad aplicable será la del delito culposo, y por otro lado, si es vencible el error de prohibición, la punibilidad será la correspondiente a la aplicación de una tercera parte del delito de que se trate.

2. 3. 2. 8. La Escala Relativa a la Comunicabilidad de Circunstancias Objetivas y Subjetivas.

Igualmente el juzgador al momento de punir las conductas delictivas deberá tomar en cuenta la circunstancia prevista normativamente en el artículo 73 del Código Penal, en donde se establece que no será imputable al acusado el aumento de agravantes provenientes de circunstancias particulares del ofendido, si las ignoraba inculpablemente al momento de cometer un delito. Verbigracia: Un sujeto que priva de la vida a un hombre, sin saber que éste era su padre.

Asimismo, tenemos que el artículo 74, de la Ley en comento establece que el aumento o la disminución de la punibilidad, que estén fundados en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél, solamente serán aplicables las que se funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas.

Por otro lado, el Doctrinario Gustavo Malo Camacho considera dentro del grado del injusto la escala relativa a *la sustitución de las sanciones*; sin embargo, dicho tópico será materia de un estudio pormenorizado en otro punto del presente estudio.

2. 3. 2. 9. Escala Especificadora de los Criterios de la Individualización de la Pena Prevista en los Artículos 71 y 72 del Código Penal.

El doctrinario Gustavo Malo Camacho establece que los artículos 51 y 52, actualmente previstos en los numerales 71 y 72, del código punitivo contemplan de manera ambivalente los aspectos relativos al grado del injusto y al del grado de culpabilidad, aunque existe una diferencia entre éstos que no pueden confundirse, puesto que el grado del injusto siempre tendrá que ver con las circunstancias exteriores de ejecución, en tanto que los aspectos que se relacionan con la libertad de la persona en su actuar siempre serán aspectos concernientes al grado de culpabilidad.⁶⁷

Sobre esta última situación en particular, es decir, en lo concerniente al grado de culpabilidad cabe destacar que el juzgador al momento de individualizar las penas debe tomar en consideración los anteriores ingresos anteriores a prisión que aparezca que tiene el encausado, ello debido a que si

⁶⁷ Ibidem, pág. 668.

bien es cierto que a partir del diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro se suprimió en nuestro país el criterio de peligrosidad que era el eje fundamental sobre el cual giraban los criterios para la individualización de la pena, y en su lugar se adoptó el criterio de culpabilidad, no menos cierto es que nuestro código punitivo establece una combinación del criterio de culpabilidad de acto, y del criterio de culpabilidad de autor, ya que inclusive el numeral 70, párrafo primero, parte primera, de dicho ordenamiento prevé claramente: “...*los jueces y tribunales impondrán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuentas las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente...*”, inclusive se contempla en el artículo 72, párrafo primero, del código punitivo para el Distrito Federal que para efectos de la individualización se considerará *la gravedad del ilícito* y el *grado de culpabilidad del agente*, entre las que destaca, en la fracción VIII de dicho numeral que debe atenderse a las condiciones propias del sujeto activo, que sirvan para determinar la posibilidad que tuvo el mismo de haber ajustado su conducta a lo previsto en la norma. Es por ello, que los criterios que deben considerarse respecto a la culpabilidad deben ser entendidos en la forma de una culpabilidad de acto o de hecho individual; sin embargo, en dicho criterio deben encontrarse aspectos que revelen la personalidad del sujeto, puesto que la personalidad desempeña un papel relevante para la cuantificación de la culpabilidad, ya que ésta es uno de los datos que pueden precisar el ámbito de autodeterminación del autor, y con ello poder apreciar el motivo por el que el activo adoptó la resolución de adoptar una voluntad antijurídica, cuando que en su caso pudo adoptar una diferente a la realizada. Siendo por ello mismo que el A quo al momento de precisar el grado de culpabilidad del acusado, debe tomar en cuenta sus antecedentes penales, para verificar con ello si la prevención especial ha funcionado o no.

Igualmente el doctrinario en cita, Gustavo Malo Camacho, considera que la base para estudiar el grado de la culpabilidad, el cual es necesario para

individualizar las penas, es considerarlo con el reproche por la responsabilidad de la persona, la cual se asienta, según lo considera aquél, en:

- a) Los aspectos relativos a la imputabilidad del agente;
- b) Los aspectos relativos al conocimiento y comprensión de la antijuridicidad de la conducta; y
- c) Los aspectos relativos a la no exigibilidad de otra conducta.⁶⁸

2. 4. Facultad Potestativa del A Quo para Conceder el Beneficio de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena o la Suspensión de las Penas al Momento de Dictar Sentencia.

Primeramente debemos entender que la sustitución de las penas y el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, son instituciones que tienen una naturaleza jurídica diferente, ya que la primera implica, como su nombre lo refiere, la sustitución de la pena de prisión, por multa, por trabajo en beneficio de la víctima, o en favor de la comunidad, por tratamiento en libertad o semilibertad, o bien la sustitución de la sanción pecuniaria por trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad, mientras que la suspensión condicional de la ejecución de la pena tiene como único efecto, como su nombre lo dice, la suspensión, previo el otorgamiento de una garantía u otra medida similar, de las sanciones corporal y económica, hasta su extinción por el transcurso del tiempo. Sin embargo, ni el beneficio ni los sustitutivos constituyen un derecho que la Ley Penal tutele en favor del sentenciado, sino que es una facultad potestativa del Juez, tal y como así se ha establecido en la tesis de jurisprudencia número 465, cuya fuente consultable se encuentra en el apéndice de 1995, en el Tomo II, Parte TCC, en la página: 275, cuyo título y contenido es el siguiente:

⁶⁸ Ibidem, pág. 669.

- - - “LA CONDENA CONDICIONAL Y SUSTITUCIÓN DE SANCIONES. SON BENEFICIOS Y NO DERECHOS EN FAVOR DE LOS SENTENCIADOS. La condena condicional y la sustitución de sanciones son beneficios establecidos en favor de los sentenciados, cuyo otorgamiento queda siempre al prudente arbitrio del juzgador, cuando se cumplen los requisitos que la Ley precisa y no derechos o imperativos que necesariamente deban influir en su concesión, por lo que no causa agravio la negativa por otros motivos.”- - - - -
“CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Octava Época.”- - - - -
“Amparo Directo 2016/92. Alejandro Santos Sánchez Regino. 5 de noviembre de 1992. Unanimidad de votos.”- - - - -
“Amparo Directo 2263/92. Esteban Uzcanga Aldán. 29 de enero de 1993. Unanimidad de votos.”- - - - -
“Amparo Directo 2349/92. Arturo Hernández García. 19 de febrero 1993. Unanimidad de votos.”- - - - -
“Amparo Directo 332/93. José Nava García. 13 de mayo 1993. Unanimidad de votos.”- - - - -
“Amparo Directo 788/94. Francisco o Francisco Claudio Contreras Guadarrama. 15 de junio de 1994. Unanimidad de votos.”- - - - -
“NOTA: Tesis I.4o.P.J/4, Gaceta número 85, pág. 55; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo XV-Enero, pág. 75. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI, Julio de 1997, pág. 98, tesis por contradicción 1a./J.30/97.”- - - - -

2. 4. 1. Beneficio de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena.

La Suspensión Condicional de la Ejecución de la pena se encuentra contemplada en el Capítulo VIII, el cual se localiza dentro del Título Cuarto, correspondiente a la Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad, regulada del artículo 89 al 91, del Código Penal vigente en el Distrito Federal.

Primeramente el numeral 91 de dicho ordenamiento penal, precisa que la suspensión condicional de la ejecución de la pena comprende tanto la pena de prisión, como la multa, y sobre las demás sanciones impuestas, la autoridad judicial resolverá lo procedente tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto; asimismo, el numeral 89 de la Ley de la que se habla establece los requisitos para su procedencia, la cual podrá ser de oficio, esto es, que la

autoridad judicial la otorgue sin que medie petición expresa, siempre y cuando ésta resulte procedente, o bien cuando el sentenciado considere que a su juicio la misma procede, aunque para ello promoverá el incidente respectivo solicitando la suspensión de las penas.

Ahora bien, estudiaremos los requisitos que se establecen para la concesión de la suspensión, los cuales son los siguientes:

a) Que la duración de la pena de prisión no exceda de cinco años, esto es, que de acuerdo al grado de culpabilidad impuesto al sentenciado se le condene a una pena privativa de la libertad que no exceda de dicho término, puesto que si ello ocurre no será procedente dicha suspensión;

b) Que conforme a las condiciones personales del acusado no sea necesario sustituir las penas, de acuerdo al fin para el que fueron impuestas, esto es, procederá la suspensión de las penas siempre y cuando el Juez considere que no es necesario que éstas deban ser sustituidas. Sobre este requisito en particular cabe destacar que el Noveno Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito, en la tesis aislada número TCO19025.9PE.1, aprobada en la sesión del quince de abril de dos mil tres, de acuerdo a la interpretación que realizó de dicho inciso, dejó establecido que sólo puede concederse la sustitución de las penas o la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pero nunca las dos en un mismo momento, toda vez si se otorga la sustitución de las penas, ésta excluye la concesión del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la sanción, ya que para su otorgamiento, es necesario que se actualicen todos y cada uno de los requisitos previstos en el precepto 89 del código punitivo, tesis cuyo contenido literal es el siguiente:

- - - "SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 84 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, SU OTORGAMIENTO EXCLUYE LA CONCESIÓN DEL BENEFICIO DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA, PREVISTO EN EL DIVERSO 89 DE ESE ORDENAMIENTO LEGAL.- De acuerdo con el artículo 89 del Código Penal para el Distrito Federal, vigente a partir del trece de noviembre de dos mil dos, para que proceda el otorgamiento del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la Pena, se deben actualizar los siguientes requisitos: a) la duración de la Pena impuesta no debe de exceder de cinco años de prisión; b) que conforme a las condiciones personales del sujeto no sea necesario sustituir las pena (sic), en función del fin para el que fueron impuestas; y c) el sentenciado deberá contar con antecedentes personales positivos y un modo honesto de vida; y demás el Juez para su otorgamiento considerará la naturaleza, modalidades y móviles del delito. De ahí que actualmente conforme a la fracción II del precepto 89 del referido código, sólo puede concederse la sustitución de la Pena de prisión o la suspensión condicional de la ejecución de la Pena, pero no ambas, pues de acuerdo con dicha fracción, el otorgamiento de la sustitución de la Pena excluye la concesión del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de ésta; ya que para el otorgamiento del citado beneficio, es indispensable que se actualicen todos y cada uno de los requisitos previstos en el precepto 89 del código punitivo; por tanto si se otorgó al sentenciado la sustitución de las penas, el segundo de los requisitos no se actualizaría, y en consecuencia haría improcedente la concesión de dicho beneficio."- - - - -

c) Que el sentenciado cuente con antecedentes personales positivos y un modo honesto de vida, sobre este punto en particular cabe destacar que si el sentenciado cuentas con antecedentes penales, ello puede ser un obstáculo para que se le niegue la suspensión de la pena privativa de la libertad, puesto que la autoridad judicial puede considerar que sus antecedente personales no son positivos. El Juez considerará además la naturaleza, modalidades y móviles del delito para la concesión de la misma.

Por otro lado, el artículo 90 de la Ley sustantiva penal establece los requisitos que deberán cumplimentar aquellos sentenciados a quienes se les concede dicha suspensión, siendo los siguientes:

a) Primeramente, el beneficiado por la suspensión de las penas deberá otorgar la garantía que le sea fijada para su goce, o bien, deberá sujetarse a las medidas que se le ordenen para asegurar que comparezca ante la autoridad cuando le sea requerido;

b) Además se obligará a residir en un determinado lugar, del que no podrá ausentarse sin que previamente pida la autorización de la autoridad que esté ejerciendo su cuidado o vigilancia, ello con el propósito de que el beneficiado no se sustraiga, y evada el cumplimiento de la obligaciones que le fueron impuestas;

c) Asimismo se obligará a desempeñar una ocupación lícita, entendiéndose con ello toda aquella actividad que no sea contraria a derecho;

d) Deberá abstenerse de ocasionarle molestias al ofendido o a los familiares de éste; y por último,

e) Deberá acreditar que ha cubierto la reparación del daño, ello solamente aplicará cuando el sentenciado haya sido condenado al pago del mismo, aunque sobre este punto en particular es importante precisar que la autoridad judicial podrá fijar plazos para que sea cubierto el monto considerando la situación económica del sentenciado.

En esa tesitura, es importante precisar que la suspensión condicional de la ejecución de la pena, será igual al tiempo de la pena suspendida, obviamente que será conforme al tipo de sanción que se imponga y que haya de ser suspendida, aunque una vez transcurrido el tiempo de la suspensión, la pena se considerará extinguida, siempre y cuando al sentenciado ejecutoriado no se le haya instruido un nuevo proceso que hubiere concluido con una sentencia condenatoria; por ende, los hechos que originen el nuevo proceso interrumpen el plazo de la suspensión, esto es, se interrumpirá el cómputo desde que inicie el proceso hasta que se resuelva el mismo por sentencia ejecutoriada, tanto en delitos dolosos como culposos, de acuerdo a lo que prevé el cuarto párrafo del artículo 91 de la Ley de la materia; sin embargo, sobre este punto en particular

cabe destacar que si se tratara de una sentencia ejecutoriada por la comisión de un ilícito en la que al sentenciado se le hubiere absuelto de la acusación ministerial, la autoridad estará obligada a declarar extintas las sanciones que se suspendieron, y tomará en cuenta para el cómputo de dicha suspensión el tiempo durante el cual se interrumpió el plazo de la misma. Por otra parte, es importante destacar que no obstante que al beneficiado con la suspensión se le instruya un nuevo proceso en el que sea considerado penalmente responsable, el juzgador tomando en cuenta las circunstancias y la gravedad del delito resolverá si debe o no aplicarse la pena suspendida.

Sin embargo, la autoridad judicial podrá hacer efectiva la pena suspendida si el reo falta al cumplimiento de las obligaciones contraídas, previstas en el artículo 90 de la Ley sustantiva penal, o bien en su caso, podrá apercibirlo para que no incurra en el incumplimiento de alguna de tales condiciones, y si incumpliere, en ese caso hará efectiva la pena.

Por último, el párrafo sexto, del artículo 91 de la Ley en comento establece que a los sentenciados a quienes se les suspendiera la ejecución de la sentencia se le hará del conocimiento el contenido del artículo aludido, y ello deberá quedar asentado en una diligencia formal, aunque cabe precisar que si esa circunstancias no ocurre, tal situación no impide la aplicación de dicha medida, esto es, de la ejecución de la sentencia.

2. 4. 2. Los Sustitutivos de las Penas.

Por su parte, la sustitución de las penas se encuentra contemplada en el mismo Título Cuarto, correspondiente a la aplicación de penas y medidas de seguridad, aunque dicha figura se encuentra contemplada en el Capítulo VII, del artículo 84 al numeral 88 del Código Penal vigente en el Distrito Federal.

Previo al estudio del presente tema es importante puntualizar que solamente podrán sustituirse las penas de prisión y multa, por lo que una vez acotado lo anterior estudiaremos las condiciones para que sea procedente dicha suspensión, las cuales están contempladas en el artículo 86, del código punitivo vigente, mismas que son:

a) Que el sujeto no haya sido condenado por sentencia ejecutoriada, por un delito doloso, que se persiga de oficio. Sobre este punto en particular caben destacar diversos puntos. Por una parte, la sustitución de las penas no procederá cuando el acusado haya sido considerado penalmente responsable por la comisión de un anterior delito, y que dicha resolución haya causado ejecutoria, esto es, que se hayan agotado todos los medios de impugnación a través de los cuales se pudiera modificar o revocar el fallo en el que se haya determinado ello, aunque el delito de que se trate deberá ser doloso, es decir, que el sujeto activo conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, haya querido o aceptado su realización, y además que se persiga de oficio, es decir, que no sea procedente el perdón en el mismo.

b) Que se cubra la reparación del daño, aunque sobre este aspecto, cabe precisar que la autoridad judicial podrá fijar plazos para ello, tomando en consideración la situación económica del sentenciado; y

c) Cuando las leyes respectivas lo prohíban, en tratándose de delitos que trasgredan en perjuicio de la hacienda pública.

Ahora bien, primeramente estudiaremos de qué forma podrá ser sustituida la pena de prisión, la cual conforme al artículo 84 de la Ley sustantiva de la materia, podrá ser sustituida por la autoridad judicial por las siguientes penas:

a) Cuando la pena privativa de la libertad no exceda de tres años, podrá ser sustituida por multa, o bien por trabajo en beneficio de la víctima, o a favor de la comunidad. Entendiéndose por la multa como el pago de una cantidad de dinero al Gobierno del Distrito Federal fijada de acuerdo a la percepción neta diaria del inculpaado en el momento de cometer el delito, o bien conforme al salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de la comisión del evento delictivo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 38, párrafo primero y segundo del Código Penal vigente. La equivalencia de la multa sustitutiva de la pena de prisión, será en razón de un día multa por un día de prisión, tomando en cuenta la posibilidad económica del sentenciado.

Por otra parte deberá entenderse como trabajo en beneficio de la víctima, la prestación de servicios remunerados, en institución públicas, educativas, empresas de participación estatal o en empresas privadas, en los términos de la legislación correspondiente, conforme al artículo 36, párrafo primero, de la Ley de que se habla.

En tanto que por trabajo en favor de la comunidad, deberá entenderse como la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas, educativas, de asistencia o servicio social, o en instituciones privadas de asistencia no lucrativas, que la Ley regule.

b) Cuando la pena privativa de la libertad no exceda de cinco años, se podrá sustituir por tratamiento en libertad o semilibertad. Debe entenderse el tratamiento en libertad como la aplicación, según el caso, de las medidas laborales, educativas, de salud o de cualquier otra índole autorizadas por la Ley, orientadas a la readaptación social del sentenciado y bajo la supervisión de la autoridad ejecutora.

Mientras que la semilibertad será la alternación de períodos de libertad, y privación de la libertad, conforme al diverso 35 del Código Penal. La cual se impondrá y cumplirá, dependiendo de las circunstancias del caso, en: I. Externación durante la semana de trabajo, con reclusión el fin de semana; II. Salida de fin de semana con reclusión el resto de ésta; III. Salida diurna con reclusión nocturna; o bien, IV. Salida nocturna con reclusión diurna; para ello se establecerán sitios especiales para el cumplimiento de dicho sustitutivo, los cuales serán establecidos por la autoridad ejecutora, que en el caso concreto lo será la Dirección de Ejecución de Sanciones Penales, dependiente de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social del Gobierno del Distrito Federal.

Ahora bien, la pena de multa sólo podrá ser sustituida por trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad, de acuerdo al artículo 85 de la Ley sustantiva de la materia.

Por otra parte, la Ley establece que la autoridad judicial podrá dejar sin efecto la sustitución, y en su caso ordenar que se ejecute la pena de prisión impuesta, cuando el sentenciado no cumpla con las condiciones que le fueron señaladas para tal efecto, salvo que el juzgador estime conveniente solamente apercibirlo de que si incurre en una nueva falta se hará efectiva la sanción sustituida, aunque respecto de estos casos se fijará garantía para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones que le originaron el sustitutivo concedido, y cuando el sentenciado sea condenado por la comisión de un delito doloso, y grave. Si se tratara de un delito doloso no grave, o bien culposo, la autoridad judicial resolverá sobre si debe o no aplicarse la pena sustituida. Aunque en caso de hacerse efectiva la pena de prisión se tomará en cuenta el tiempo durante el cual el sentenciado hubiere cumplido la pena sustitutiva.

CAPÍTULO TERCERO
RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA
DEFINITIVA, DICTADA POR UN JUEZ PENAL DE PRIMERA INSTANCIA.

3. 1. La Sentencia.

En el sentido etimológico la palabra sentencia proviene del latín "sententia" y ésta, a su vez, de "sentiens, sentientis", participio activo de "sentire" que quiere decir, lo que el Juez siente.

Entre las distintas definiciones de la palabra sentencia, podemos mencionar que para el doctrinario Giuseppe Chiovenda es “el pronunciamiento relativo a la demanda de fondo o con más precisión, la resolución del Juez que afirma existente o inexistente la voluntad concreta de la Ley deducida en juicio.”¹

El gran jurista Hugo Rocco define a la sentencia como "un acto intelectual por medio del cual el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales competentes, declara la tutela jurídica que otorga el derecho violado y aplica la sanción que corresponde al caso concreto.”²

El maestro Becerra Bautista apunta a su vez, que la sentencia es “la resolución del órgano jurisdiccional que dirime, con fuerza vinculativa, una controversia entre partes.”³

¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Tr. E. Gómez Orbaneja. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen 3, Editorial Jurídica Universitaria, España-México, 2001, pág. 467.

² ROCCO, Hugo. *Teoría General del Proceso Civil*, Ed. Porrúa, 1959, pág. 480.

³ BECERRA BAUTISTA, José. *El Proceso Civil en México*, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, pág. 181.

Por su parte, el procesalista uruguayo Eduardo J. Couture concibe a la sentencia desde dos puntos de vista: como un acto jurídico, y como un documento. En el primer supuesto, la sentencia es aquel acto jurídico que emana de los agentes de la jurisdicción, y mediante el cual se decide la causa o punto sometido a su conocimiento. En el segundo supuesto, la sentencia como documento es la pieza escrita, emanada de un tribunal, que contiene el texto de la decisión emitida.⁴

El doctrinario Eduardo Pallares, define a la sentencia como “el acto jurisdiccional por medio del cual el Juez resuelve las cuestiones principales materia del juicio o las incidentales que hayan surgido durante el proceso.”⁵

La sentencia según el tratadista Ovalle Favela es “la resolución que emite el juzgador sobre el litigio sometido a su conocimiento y mediante la cual normalmente pone término al proceso.”⁶

Por último, para el estudioso Manresa y Navarro, la sentencia es “el acto solemne que pone fin a la contienda judicial, resolviendo sobre las pretensiones que han sido objeto del pleito.”⁷

Después de haber transcrito diferentes definiciones del vocablo sentencia, de las mismas podemos desprender los siguientes elementos:

- a) Es un acto jurisdiccional;
- b) Existe un órgano jurisdiccional que pone fin a una controversia suscitada entre dos o más partes;

⁴ Cfr. COUTURE, J. Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 16 reimpr., Ed. Depalma, Argentina, 1990, págs. 279-291.

⁵ PALLARES, Eduardo. *Derecho Procesal Civil*, 10ª ed., Ed. Porrúa, México, 1986, pág. 430.

⁶ OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal Civil*, 7ª ed., Ed. Harla, México, 1995, pág. 161.

⁷ MANREZA Y NAVARRO, José María. *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Imprenta de la Revista de la Legislación, España, 1983, pág. 95.

- c) Dicha autoridad aplica la norma legal al caso concreto; y
- d) Tiene fuerza vinculatoria para las partes.

Por nuestra parte, podemos afirmar que la sentencia es un acto jurisdiccional que emite una autoridad facultada para ello, a través del cual se dirime un conflicto de intereses suscitado entre dos o más partes, aplicando la norma al caso concreto, cuyos efectos son vinculatorios. Siendo por eso mismo que la sentencia contiene un mandato jurisdiccional que convierte la norma jurídica general, en norma concreta y particular.

Ahora bien, una vez acotada tal definición, para efectos del presente trabajo, es importante entrar al estudio de la sentencia, pero de una manera aún más específica, es decir, debemos estudiar a la sentencia penal, por lo que atenderemos a las definiciones que han proporcionado sobre el presente tema.

Primeramente, para el profesor Manuel Rivera Silva, la sentencia es “el momento culminante de la actividad jurisdiccional. En ella, el órgano encargado de aplicar el Derecho, resuelve sobre cuál es la consecuencia que el Estado señala para el caso concreto somerido a su conocimiento, en la sentencia el Juez determina el enlace de una condición jurídica, con una consecuencia jurídica.”⁸

Para el jurista Juan José González Bustamante, la sentencia es aquella en la que “el tribunal, mediante el empleo de las reglas del raciocinio, declara en la forma y términos que las leyes establecen, si el hecho atribuido a determinada persona reviste los caracteres del delito, y decreta la imposición de las sanciones o de las medidas de seguridad que procedan.”⁹ Para dicho doctrinario en la sentencia concurren dos elementos: uno volitivo y otro lógico,

⁸ RIVERA SILVA, Manuel. *El Procedimiento Penal*, 31ª ed., Ed. Porrúa, México, 2002, pág. 309.

⁹ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, 9ª ed., Ed. Porrúa, México, 1988, pág. 232.

el primero de ellos es la manifestación de la voluntad soberana del Estado, la cual tiene que cumplirse, y el segundo, el cual es el más importante, toda vez que constituye el fundamento del fallo, debe contener los razonamientos legales en que se apoya, ya que para el autor de mérito, no solamente basta con que se exprese la voluntad del Estado, si ésta no se encuentra regida por una apreciación lógica y jurídica de los hechos.¹⁰

En tanto que para el estudioso Fernando Arilla Bas, la sentencia penal es “el acto decisorio del Juez, mediante el cual afirma o niega la actualización de la conminación penal establecida por la Ley.”¹¹

Mientras que el tratadista Guillermo Colín Sánchez define a la sentencia penal como “la resolución del Estado por conducto del Juez, fundada en los elementos del injusto punibles y en las circunstancias objetivas, subjetivas y normativas condicionantes del delito y en la cual se define la pretensión punitiva estatal, individualizando el derecho y poniendo con ello fin a la instancia.”¹²

Por nuestra parte, concluimos de manera acorde al doctrinario Fernando Arilla Bas que la sentencia penal es una resolución dictada por la autoridad judicial, a través de la cual se actualiza o no la acción penal, ya que ésta necesariamente debe ajustarse a los términos de la acusación, esto es, no comprenderá acontecimientos o conductas ajenas a los que expresamente haya hecho valer el Ministerio Público, ya que de lo contrario, ello constituiría una invasión a las funciones exclusivamente reservadas al titular de la acción penal, que es, precisamente, el Ministerio Público; puesto que inclusive, si bien es cierto el fallo judicial constituye un juicio lógico y ha de fundarse en los

¹⁰ Idem.

¹¹ ARILLA BAS, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*, 22ª ed., Ed. Porrúa, México, 2003, pág. 202.

¹² COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 15ª ed., Ed. Porrúa, México, 1995, pág. 574.

hechos o conductas, y fundamentos legales, también lo es que la aplicación de éstos deberá solicitarse por el Ministerio Público.

Ahora bien, dentro del campo de las sentencias, éstas se han clasificado de diversas maneras y puntos de vista de diferentes autores, entre ellas tenemos:

3. 1. 1. Por sus Efectos.

a) Declarativas.- Son también llamadas sentencias de mera declaración, y se limitan a la simple y pura declaración de la existencia de un derecho. Para Guissepe Chiovenda son “aquéllas que estiman la demanda del actor, cuando no tiende a la realización del derecho, sino cuando se limita a pedir la declaración de la existencia de su derecho o la inexistencia del derecho ajeno.”¹³

b) Constitutivas.- Son aquéllas que “crean situaciones jurídicas nuevas, precisamente derivadas de la sentencia.”¹⁴ Ésto ocurre cuando no existe una norma jurídica abstracta que sea aplicable, y es cuando el juzgador crea el derecho a través de la sentencia, o bien, cuando a consecuencia del fallo, se crean estados jurídicos nuevos, distintos a los existentes.

c) De Condena.- Son aquéllas que imponen el cumplimiento de una prestación a alguna de las partes, ya sean de dar, hacer o no hacer. Este tipo de sentencias son las más frecuentes dentro del Poder Judicial Mexicano.

3. 1. 2. Por su Resultado.

a) Estimatorias.- Son aquéllas sentencias en las que el juzgador determina fundada la pretensión del demandante.

¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., pág. 124.

¹⁴ COUTURE, J. Eduardo. Op. cit., pág. 319.

b) Desestimatorias.- Son aquéllas en las que el juzgador determina infundada la pretensión del accionante.

3. 1. 3. Por la Función en el Proceso.

a) Interlocutorias.- Son las sentencias que resuelven un incidente planteado en el juicio.¹⁵ Podemos establecer que son interlocutorias, porque sus efectos jurídicos en relación a las partes son provisionales, ya que sus consecuencias pueden ser modificadas en la sentencia definitiva.

b) Definitivas.- Son aquéllas que deciden y ponen fin a la controversia de fondo que es sometida a un proceso.

3. 1. 4. Por su Impugnabilidad.

a) Definitivas.- Son aquellas sentencias que son susceptibles de ser impugnadas por algún medio establecido en la Ley. Por ejemplo, la sentencia dictada en un juicio ordinario penal es susceptible de ser impugnada a través del recurso de apelación.

b) Firmes.- Son aquéllas en contra de las cuales no procede recurso alguno. Este tipo de sentencias son las consideradas cosa juzgada.

Sin embargo, para el estudio del presente tema, estaremos a la siguiente clasificación en materia penal:

a) Condenatorias.- Son aquellas sentencias en donde se determina que la condenación del acusado es procedente, cuando la existencia del delito y la responsabilidad penal del agente se encuentran plenamente comprobados.

b) Absolutorias.- Son aquéllas en donde existe una falta de reconocimiento de la existencia de la acción penal, puesto que a través de las

¹⁵ OVALLE FAVELA, José. Op. cit., pág. 174.

mismas se determina que si bien es cierto se estimó que existía acción penal, al dictarse una sentencia absolutoria lo único que se concluye es que tal derecho, no existe, o no está debidamente acreditado.

3. 2. Concepto de Recurso.

En todo proceso, debe existir un principio general de impugnación, es decir, que las partes contendientes o involucradas en un procedimiento tengan a su alcance medios suficientes, para combatir las resoluciones dictadas por los tribunales, por considerarlas erróneas, ilegales o equívocas al momento de ser pronunciadas, y dentro de estos medios encontramos a los recursos.

Los recursos, nacen a la vida jurídica dentro de un procedimiento y adquieren gran relevancia, ya que su existencia se justifica sobre la base de que el ser humano no es infalible, esto es, como la administración de la justicia es llevada a cabo por el hombre, éste puede cometer errores o injusticias en el desarrollo del cumplimiento de sus funciones, por lo tanto, el legislador consideró esa situación y estableció la posibilidad de volver a examinar las resoluciones de las autoridades para subsanar fallas u omisiones en que incurran, a través de la figura jurídica denominada recurso.

Ahora bien, la palabra recurso proviene de latín “*recursus*”, que en su acepción común implica la acción y efecto de recurrir, a su vez “recurrir” significa acudir a un Juez o autoridad con una demanda o petición. Asimismo, según el Diccionario de la Real Academia Española recurso es “la acción que concede la Ley al interesado en un juicio o en otro procedimiento para reclamar contra las resoluciones, o ante la autoridad que las dictó, o ante alguna otra.”¹⁶

¹⁶ Biblioteca de Consulta Microsoft® *Diccionario de la Real Academia Española*, Microsoft Corporation, 2004.

Para entender con la mayor claridad posible este término, es menester transcribir las definiciones que diversos autores han propuesto, y encontramos que para el procesalista argentino Ibáñez Frocham el recurso “es el acto procesal mediante el cual las partes en el proceso, o quien tenga legitimación para actuar en el mismo, piden se subsanen errores que lo perjudican, cometidos en una resolución judicial.”¹⁷

El doctrinario Eduardo Pallares define a los recursos como “los medios de impugnación que la Ley otorga a las partes y a los terceros, para que obtengan mediante ellos, la revocación o modificación de una resolución judicial sea esta auto o decreto. Excepcionalmente, el recurso tiene por objeto nulificar la resolución o la instancia misma.”¹⁸

Para el profesor emérito Ignacio Burgoa Orihuela el recurso es “un medio jurídico de defensa que surge dentro de un procedimiento judicial o administrativo para impugnar un acto del mismo y que tiene como finalidad revocarlo, confirmarlo o modificarlo, mediante un nuevo análisis que genera la prolongación de la instancia en la cual se interpone, conservando o manteniendo de ésta, en su substanciación, los mismos elementos teleológicos motivadores del acto atacado.”¹⁹

Afirma el jurista Octavio Andrés Hernández que el recurso es “un medio de impugnación que la Ley concede a quien tiene interés jurídico legalmente reconocido en un procedimiento judicial o administrativo (partes, terceros), para impugnar las resoluciones incidentales o definitivas que le sean desfavorables, generalmente ante el superior jerárquico del órgano que las emitió y mediante la sustanciación de una nueva instancia cuya tramitación responde a la necesidad

¹⁷ FROCHAM IBAÑEZ, Manuel M. *Tratado de los Recursos en el Proceso Civil*, Ed. Impresora, Argentina, 1969, pág. 27.

¹⁸ PALLARES, Eduardo. Op. cit., pág. 430.

¹⁹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*, 27ª ed., Ed. Porrúa, México, 1990, pág. 578.

de que se examinen nuevamente los fundamentos de la resolución combatida para que ésta sea modificada, revocada o, en su caso, confirmada.”²⁰

Por su parte, el profesor Carlos Arellano García precisa que el recurso es “la institución jurídica mediante la cual, la persona física o moral, presuntamente afectada por una resolución jurisdiccional o administrativa, de autoridad estatal, la impugna ante la propia autoridad o autoridad estatal diversa, al considerar que le causa los agravios que hace valer, concluyéndose con una nueva resolución confirmatoria, revocatoria o modificatoria de la resolución impugnada.”²¹

Con los elementos comunes de las anteriores definiciones podemos afirmar que los recursos son medios de impugnación concedidos a las partes o a quienes tienen un interés legitimado para combatir una resolución. ya sea judicial o administrativa, que considera le afecta a sus intereses, con el propósito de que la autoridad, generalmente un superior jerárquico, reexamine mediante una nueva instancia el fallo reclamado, concluyéndose con una nueva determinación en la que se resuelva si se revoca, modifica o confirma dicha resolución.

Del anterior concepto podemos establecer los siguientes elementos:

- 1.- Todo recurso es un medio de impugnación;
- 2 - Son a instancias de parte, es decir, que únicamente las partes pueden interponerlos, o quien se encuentre legitimado para actuar;
- 3.- Quien interpone el recurso lo intenta porque la resolución combatida le afecta, y hace valer en contra de ella los presuntos agravios que considere le ocasiona la resolución impugnada;

²⁰ HERNÁNDEZ, Octavio A. *Curso de Amparo “Instituciones Fundamentales”*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1983, págs. 313-314.

²¹ ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Práctica Forense del Juicio de Amparo*, 14ª ed., Porrúa, México, 2001, pág. 634.

4.- Se interpone con el propósito de combatir una resolución judicial o administrativa que le afecta y, su estudio, generalmente lo hace un superior jerárquico en una nueva instancia;

5.- Se interpone con la finalidad de sustituir o modificar la resolución combatida, por otra diversa que se ajuste a la norma jurídica, y aunque nunca se interpone para que sea confirmada, pues bastaría no recurrirla para confirmarse, no obstante ello puede ocurrir;

6.- Los recursos no tienen por objeto declarar la nulidad de la resolución, aunque a veces opera de manera excepcional, sino reformarla;

7.- Han de deducirse los recursos en el mismo procedimiento, para que tengan el carácter de verdaderos recursos; y

8.- La autoridad que tenga competencia legal para resolver sobre el recurso interpuesto, puede conceder o negar la razón al recurrente, o puede concederla y negarla parcialmente, mediante su resolución que revoca, modifica o confirma la resolución recurrida.

3. 3. Concepto de Recurso de Apelación en Materia Penal.

Etimológicamente, “apelación proviene del latín *apellatio* o *apellare*, lo cual significa llamamiento o reclamación, aunque también quiere decir alzada o elevación, lo que permite estimar a la apelación, en un primer momento, como el acto por el cual se pide al Tribunal de Alzada (al superior) que modifique o revoque una resolución del inferior, que irroga agravios.”²²

Para el tratadista Carnelutti el vocablo apelación, proviene de la palabra *apellare*, lo cual significa llamar, es decir, implica “el hecho de dirigirse la parte a otro Juez a fin de que juzgue mejor que el Juez que haya juzgado ya.”²³

²² HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. *Los Recursos Ordinarios en el Proceso Penal*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001, pág. 157.

²³ CARNELUTTI, Francesco. Tr. y comp. Enrique Figueroa Alfonso. *Derecho Procesal Civil y Penal* “Colección Clásicos del Derecho”, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1994, pág 153.

Por su parte el jurista Juan José González Bustamante establece que la apelación es “la provocación hecha del Juez inferior al superior, por parte legítima, por razón del agravio que entiende se le ha causado o pueda causársele por la resolución de aquél, o la reclamación o recurso que el litigante u otro interesado a quien cause o pueda causar perjuicio la sentencia definitiva, con un gravamen irreparable, pronunciada por el Juez inferior.”²⁴

En tanto que para el doctrinario Guillermo Colín Sánchez, la apelación es un medio de impugnación a través del cual las partes en el proceso manifiestan su inconformidad en contra de una resolución judicial que se les hace de su conocimiento, lo cual origina que los integrantes de un tribunal de superior jerarquía dicten una nueva resolución judicial, ya sea confirmando, modificando o revocando la resolución impugnada, ya que al respecto dicho autor establece literalmente que la apelación es “un medio de impugnación ordinario, a través del cual el Agente del Ministerio Público, el procesado, acusado o sentenciado, o el ofendido, manifiestan inconformidad con la resolución judicial que se les ha dado a conocer, originando con ello, que los integrantes de un tribunal distinto y de superior jerarquía, previo estudio de lo que consideran agravio, dicten una nueva resolución judicial: confirmando, modificando o revocando aquélla que fue impugnada.”²⁵

Para el tratadista Marco Antonio Díaz de León la apelación es “un recurso que se plantea ante una competencia superior para obtener la revocación total o parcial de una decisión del Juez inferior.”²⁶

Mientras que el profesor Manuel Rivera Silva define la apelación como “un recurso ordinario, devolutivo, en virtud del cual un tribunal de segunda instancia confirma, revoca o modifica una resolución impugnada.”²⁷

²⁴ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit., pág. 266.

²⁵ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit., pág. 619.

²⁶ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Op. cit., pág. 666.

Para dicho autor los elementos que la conforman son:

- 1.- La intervención de dos autoridades;
- 2.- La revisión de la resolución recurrida, y
- 3.- Una determinación en la que se confirma, revoca o modifica la resolución recurrida.

El Maestro Carlos Barragán Salvatierra, al realizar un análisis de las diversas definiciones que se han dado del vocablo apelación ha concluido que éste se compone de los siguientes elementos:

a) El primero de ellos implica la presencia de dos autoridades: *Judex A Quo* y *Judex Ad Quem*, ello obedece a que la resolución contra la cual se concede el recurso de apelación requiere la intervención de otra autoridad, la cual deberá revisar la resolución, y de esta manera pueda aplicar adecuadamente una Ley;

b) El segundo implica la revisión de la resolución recurrida, existiendo para ello tres tendencias, la primera de ellas establece que el tribunal de segunda instancia debe revisar en su totalidad la resolución recurrida (doctrina de la irrestricción); la segunda contempla que la revisión debe ceñirse a los agravios señalados por las partes y, por ende, no debe exigirse una revisión oficiosa de toda la resolución (sistema de encuadramiento estricto) y, por último, tenemos una tendencia mixta, consistente en adoptar el sistema de irrestricción en todo lo que favorezca al reo, y el encuadramiento estricto en lo que atañe a la apelación interpuesta por el Ministerio Público, y

c) Una determinación en la que se confirma, revoca o modifica la resolución recurrida.

²⁷ RIVERA SILVA, Manuel. Op. cit., pág. 329.

Ahora bien, una vez consideradas las anteriores definiciones del vocablo apelación, nos remitiremos a la definición que se encuentra contemplada en el artículo 414 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, el cual literalmente prevé:

“Artículo 414. El recurso de apelación tiene por objeto que el tribunal de segunda instancia estudie la legalidad de la resolución impugnada.”

De dicho concepto se desprenden los siguientes elementos:

- a) Se trata de un recurso;
- b) Un tribunal de superior jerarquía será quien conocerá del recurso; y
- c) El objeto del recurso será estudiar la legalidad de la resolución impugnada.

Por lo que una vez acotado lo anterior, válidamente podemos sostener que la apelación es un recurso que las partes procesales legitimadas para ello pueden hacer valer contra una resolución dictada por el judex A quo que, a su parecer, les causa agravios, a través del cual un tribunal de superior jerarquía revisa la determinación impugnada, y emite una nueva en la que puede resolver que se revoque, modifique o confirme la anterior, aunque sobre este punto cabe destacar que el hecho de que se confirme la resolución no es la esencia de la apelación.

3. 3. 1. Resoluciones Apelables.

Conforme al artículo 418 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, podrán ser apelables las siguientes resoluciones:

a) Las sentencias definitivas, incluyendo aquéllas que se pronuncien en los procesos sumarios, esto último corresponde a la reforma de mil novecientos noventa y cuatro;

b) Los autos que se pronuncien sobre cuestiones de jurisdicción o competencia;

c) Los autos que manden suspender o continuar la instrucción;

d) Los autos que ratifiquen la detención;

e) Los autos de formal prisión o de sujeción a proceso;

f) Los autos que nieguen la formal prisión o sujeción a proceso;

g) Los autos que concedan o nieguen la libertad;

h) Los autos que resuelvan las excepciones fundadas en alguna de las causas que extingan la acción penal;

i) Los autos que declaren no haber delito que perseguir;

j) Los autos que concedan o nieguen la acumulación de los procesos;

k) Los autos que decreten la separación de los procesos;

l) Los autos en los que se niegue la orden de aprehensión o de comparecencia, ésta sólo podrá interponerse por el Ministerio Público; y

m) Todas aquéllas resoluciones que el Código de Procedimientos Penales expresamente así lo prevea.

Sin embargo, si bien es cierto existen diversas resoluciones que pueden ser materia de la apelación, para efectos del estudio del presente tema solamente estaremos a la fracción I, del citado artículo 418, el cual establece que podrán ser apelables las sentencias definitivas, incluyendo aquéllas que se pronuncien en los procesos sumarios, esto último corresponde a la reforma de mil novecientos noventa y cuatro, aunque para ello debemos precisar qué es una sentencia definitiva, entendiéndose por ésta como la que pone fin al procedimiento de fondo, ello para distinguirla de las sentencias interlocutorias que pueden pronunciarse en los incidentes que surjan durante la tramitación del juicio principal, tal y como así lo ha sostenido la Primera Sala de la Suprema

Corte de Justicia de la Nación en la tesis jurisprudencial de la Quinta Época. visible en el Tomo XCVIII, en la página 323, del Semanario Judicial de la Federación, la cual es del tenor literal siguiente:

- - - “NOTIFICACIONES, NULIDAD DE (FALSEDAD DE CONSTANCIAS JUDICIALES. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha dictado varias ejecutorias, en las que, apegándose a los términos textuales del artículo 32 de la Ley orgánica de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, ha resuelto que no procede el incidente de nulidad a que se refiere dicho artículo, cuando se trata de declarar la nulidad de notificaciones, que correspondan a resoluciones posteriores a la sentencia de primera instancia; pero la misma Sala juzga que una interpretación más racional de dicho precepto, conduce a admitir el incidente de nulidad de que se trata, aun cuando se refiera a notificaciones posteriores al fallo de primera instancia. Es verdad, que, en términos usuales, se entiende por sentencia definitiva la que se dicta en primera instancia, para distinguirla de las sentencias interlocutoras que pueden pronunciarse en los incidentes que surjan o puedan surgir en el caso de la tramitación; pero es evidente que lo que el legislador quiso expresar en la disposición legal que se viene examinando, al decir que el incidente de nulidad de que se trata procede únicamente en relación a aquellas notificaciones que no fueron hechas en forma legal, de resoluciones dictadas antes de pronunciarse sentencia definitiva, quiso significar por tal aquella sentencia en que no se admite ya ningún recurso, ya sea de primera instancia, que, por circunstancias especiales cause ejecutoria o sea de segunda instancia; porque resultaría absurdo que si el propio legislador da un medio legal para combatir una notificación mal hecha, de resoluciones dictadas antes del fallo de primera instancia, ese medio legal no existiera respecto a notificaciones nulas de resoluciones posteriores a ese fallo de primera instancia, pues en ese caso se establecería impunidad para actos notoriamente ilegales, por el simple hecho de que éstos ocurrieron con posterioridad a la fecha en que el Juez que conoce de una controversia, hubiese dictado el fallo correspondiente. Así es que, de acuerdo con esta nueva interpretación que debe darse el citado artículo 32 de la Ley orgánica del juicio de amparo, no habiéndose dictado sentencia ejecutoriada en el juicio de amparo en que se hizo la mala notificación que reclama el promovente, éste está en aptitud de entablar el incidente de nulidad a que se refiere dicho artículo y la circunstancia especial de tratarse, no precisamente de una notificación mal hecha, sino de una situación que, según el propio recurrente es falsa, porque no es suya la firma que la suscribe, y la que, por tanto, constituye un acto criminal cuya averiguación y castigo corresponde a autoridades del orden penal, no basta para que, para efectos de carácter meramente civil, el Juez de Distrito investigue y resuelva sobre la falsedad cometida, pues esto se puede afirmar, teniendo en cuenta lo dispuesto

por el artículo 153 de la misma ley orgánica del juicio de amparo, según el cual, si al presentarse un documento por una de las partes, otra de ellas lo objetare de falso, el Juez suspenderá la audiencia para continuarla dentro de los diez días siguientes, plazo en el que se presentarán las pruebas y contrapruebas relativas a la autenticidad del documento; precepto legal que, aun cuando se refiere a casos distintos del actual, debe aplicarse al presente por analogía, y aún por mayoría de razón; porque ese precepto está indicado que un Juez que conoce de un juicio de amparo que puede referirse a asuntos meramente civiles, sin embargo para efectos de esa misma naturaleza, dicho funcionario tiene potestad para investigar sobre la falsedad, real o inexistente, de un documento cuya autenticidad se ha puesto en duda; lo que indica que ese mismo Juez tiene esa misma facultad, pues no hay razón para suponer lo contrario, cuando se trata de la falsedad de una constancia judicial cuya falta de autenticidad se ha alegado con posterioridad a la audiencia de derecho, por tratarse precisamente de una constancia judicial relativa a actuaciones posteriores a esa audiencia.”-----
“Queja en Amparo civil 272/48. Sánchez José María. 11 de octubre de 1948. Mayoría de tres votos. Disidentes: José Rebolledo y Fernando de la Fuente. La publicación no menciona el nombre del ponente.”-----

Siendo así, podemos desprender que el término que califica a la sentencia como definitiva, como ya se precisó, solamente obedece a una diferencia específica que permite distinguirla de lo que es una sentencia interlocutoria, la cual no pone fin a un proceso, sino solamente a un incidente tramitado en el principal, por lo que válidamente podemos afirmar que las sentencias que pongan fin al procedimiento podrán ser apelables, y para efectos del presente tema estaremos al estudio de la apelación de las sentencias definitivas en materia penal.

3. 3. 2. Las Partes en el Proceso que Pueden Apelar las Sentencias Definitivas.

Previo al estudio del presente tema, es importante considerar que dentro de los requisitos necesarios para la admisión del recurso de apelación se requieren dos presupuestos, los cuales son la procedencia y la legitimación. El primero de ellos lo estudiamos en el punto que antecede, ya que de manera precisa se puntualizó cuáles resoluciones son apelables conforme a las cinco

fracciones del artículo 418 del Código de Procedimientos Penales, y el segundo de los requisitos se refiere a que dicho recurso sólo se abrirá a petición de parte legítima, esto es, que solamente podrán interponerlo aquéllas partes que estén facultadas para ello, tal y como así lo ha sostenido nuestro máximo tribunal en la Tesis de Jurisprudencia 42/97, aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en el Tomo VI, de noviembre de 1997, en la página 87, que es del tenor literal siguiente:

- - - "APELACIÓN IMPROCEDENTE. LO ES AQUÉLLA QUE INTERPONE EL INDICIADO EN CONTRA DEL ACUERDO QUE NEGÓ LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN, SI CONTRA ÉSTE SE LIBRÓ ORDEN DE APREHENSIÓN Y NO SE CUMPLIMENTÓ. La admisión del recurso de apelación requiere de dos presupuestos: procedencia, la que en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, por ser el ordenamiento aplicable, se establece en el artículo 418, al precisar cuáles son las resoluciones apelables; y legitimación, ya que el precepto 415 exige que la segunda instancia sólo se abra a petición de parte legítima, reservándose tal derecho, en los términos del dispositivo 417, al Ministerio Público, al acusado y su defensor, así como al ofendido y sus legítimos representantes en lo que se refiere a la reparación del daño. No obstante lo anterior, en la específica hipótesis que se analiza, el recurso se interpone por el indiciado, en contra de quien se libró una orden de aprehensión que no se cumplimentó, para combatir la determinación del Juez de no tener por prescrita la acción penal, que previamente le había solicitado; y si bien la resolución es apelable de conformidad con la fracción III del artículo 418 invocado, no es de admitirse el recurso, por carecer de legitimación quien lo interpone, en virtud de que no se ha sujetado a la potestad jurisdiccional, sometiéndose a juicio, pues, por lo contrario, se encuentra evadido de la justicia, lo cual impide reconocerle la calidad de sujeto procesal y menos aún de parte, por surgir ésta hasta el momento en que es puesto a disposición del Juez como detenido, o presentado para que se le instruya la causa, y mientras esto no acontezca, se encuentra suspendido el procedimiento. Sin embargo, lo anterior no constituye óbice para que si estimase que la determinación judicial es violatoria de garantías en su contra, pueda impugnarla a través del juicio de amparo."- - - - -

"Contradicción de tesis 14/97. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito. 1o. de octubre de 1997. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal."- - - - -

“Tesis de jurisprudencia 42/97. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de cinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo, previo aviso a la Presidencia.”-----

Por ende, en el presente tópico precisaremos quiénes podrán apelar las sentencias definitivas, por lo que primeramente debemos entender qué se entiende como "parte" en el proceso penal; sobre este punto en particular mucho se ha discutido, ya que diversos autores han sostenido que este concepto es una herencia del procedimiento civil, el cual no podría aplicarse al Derecho Penal, puesto que como el Ministerio Público y el acusado intervienen de manera directa en el proceso, a éstos no se les debe considerar como partes, sino como sujetos procesales que actúan por iniciativa propia o de una manera circunstancial, en virtud de que si las relaciones jurídicas que nacen de la comisión de un delito afectan substancialmente al interés público y, secundariamente, al interés privado en un orden estrictamente patrimonial, por eso mismo no es conveniente llamar partes a las personas que intervienen directamente en el proceso, sino se les debe denominar sujetos procesales, porque estrictamente el concepto de parte debe aplicarse aquéllos que defienden intereses privados, ya que inclusive si nos remitimos a la teoría general del proceso, se conceptualiza a la parte como: “La persona que hace valer en el proceso alguna pretensión.”²⁸

Sin embargo, el Código de Procedimientos Penales establece lisa y llanamente en el artículo 417, quiénes están facultados para apelar, ya que literalmente prevé:

Artículo 417.- “Tendrán derecho de apelar:
I El Ministerio Público;
II El acusado y su defensor;

²⁸ DORANTES TAMAYO, Luis. *Elementos de La Teoría General del Proceso*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1986, pág. 265.

III El ofendido o sus legítimos representantes, cuando aquél o éstos coadyuven en la acción reparadora y sólo en lo relativo a ésta.”

Por lo que respecta al estudio de la fracción I del numeral transcrito, conforme al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es necesario acotar lo siguiente: el Ministerio Público tiene el deber de la tutela jurídica de los intereses del Estado y de la Sociedad, por lo que a dicha institución se le encomienda la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal, en su caso; derivándose de éstas dos de sus funciones, la primera de ellas cuando actúa con el carácter de autoridad al llevar a cabo la investigación de los acontecimientos delictivos que le son hechos de su conocimiento, en éstos casos, las resoluciones que dicte con esa carácter estarán investidas de potestad de imperio; y la segunda de las funciones se refiere al momento posterior al ejercicio de la acción penal, que es cuando el Ministerio Público pierde el carácter de autoridad que mantenía durante la averiguación previa, para convertirse en un sujeto procesal durante la prosecución del juicio penal instaurado, por lo que el mismo está facultado para interponer el recurso de apelación en contra de las sentencias definitivas que considere le causan agravios.

Ahora bien, conforme a la fracción II, del artículo 417 del código procesal penal, se establece que también tendrán el derecho de apelar el acusado y su defensor, el cual puede ser el designado por el Estado, o bien, ser contratado por el mismo encausado.

Primeramente el acusado tendrá el derecho de apelar, ya que éste es un sujeto integrante en la misma relación, en virtud de que es a él a quien el Ministerio Público le imputa la comisión de hechos delictivos; por ende, “resulta claro que debe otorgarse al inculcado como sujeto indispensable de la relación procesal y así lo reconozca la Ley adjetiva, la posibilidad de inconformarse con las resoluciones que le causen o puedan causarle perjuicios en su esfera de

derechos, a riesgo de producirse su indefensión en caso contrario, pudiendo entenderse inmersa esta potestad recursiva, dentro de las diversas garantías que le concede nuestra Carta Fundamental.”²⁹

Por lo que se refiere a la defensa, éste sólo tiene el carácter de un órgano auxiliar del inculpado, a quien le presta su asistencia técnica, basada en los conocimientos que tiene como perito en el Derecho, tal y como así lo sostiene el doctrinario Juan José González Bustamante,³⁰ el cual está inmerso en la garantía consagrada en el artículo 20, apartado “A”, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que el inculpado tendrá “el derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el Juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera”. Por ende, tanto el acusado, así como su defensor se encuentran facultados para interponer el recurso de apelación cuando consideren que el dictado de una sentencia definitiva le causa agravios al primero de los mencionados.

Por último, conforme a la fracción III, del artículo 417, también tendrán derecho a apelar el ofendido o sus legítimos representantes, siempre y cuando aquél o éstos coadyuven en la acción reparadora y sólo en lo relativo a ésta. Ahora bien, conforme al artículo 20, apartado “B”, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en todo proceso penal, la víctima o el ofendido por la comisión de algún delito tendrán derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el

²⁹ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. Op. cit., pág. 234.

³⁰ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit., págs. 244-245.

Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera, y las demás que señalen las leyes.

Asimismo, el numeral 9 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece:

Artículo 9.- “Los denunciantes, querellantes y víctimas u ofendidos por la comisión de un delito tendrán derecho en la averiguación previa y en el proceso:

X A coadyuvar con el Ministerio Público en la integración de la averiguación y en el desarrollo del proceso;

XV A que el Ministerio Público solicite debidamente la reparación del daño y a que se les satisfaga cuando ésta proceda;

XVII A ser restituidos en sus derechos cuando éstos estén acreditados...”

Por lo que de igual forma también resulta justo que a los denunciantes, querellantes y víctimas u ofendidos se les otorgue la facultad para interponer el recurso de apelación, ya que no debe perderse de vista su calidad de damnificados por el hecho delictivo, aunque se limitará solamente a lo concerniente con la reparación del daño y a las medidas precautorias para garantizar su pago, debido a que la Ley no permite a los ofendidos inconformarse sobre las determinaciones que se refieren a la comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad del acusado; sin embargo, para que el denunciante, querellante, ofendido, o víctima del delito, o bien, sus legítimos representantes puedan apelar una sentencia definitiva primeramente deberán haber sido reconocidos como coadyuvantes del Ministerio Público, tal y como así lo ha sostenido el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito en la Tesis número V.1o.17 P, de la Novena Época, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en el Tomo III, de Junio de 1996, página 883, que es del tenor literal siguiente:

- - - “OFENDIDO, CARECE DE LEGITIMACIÓN PARA ACUDIR AL JUICIO CONSTITUCIONAL. El ofendido carece de legitimación para acudir al juicio constitucional a reclamar en amparo directo el auto que declaró desierto el recurso de apelación hecho valer por el Ministerio Público, en contra de la sentencia de primer grado, porque conforme a los artículos 309 y 310 del Código de Procedimientos Penales del Estado, la segunda instancia solamente se abre a petición de parte legítima y éstas son el Ministerio Público por una parte y por la otra el acusado y su defensor, y, por excepción puede apelar el ofendido o su representante, pero únicamente en cuanto afecten de manera directa sus derechos a la reparación del daño, siempre que hayan sido reconocidos por el Juez del conocimiento como coadyuvantes del Ministerio Público; pues la Ley no permite a los ofendidos impugnar lo referente a la comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad del acusado. Lo que lleva a colegir que si el ofendido se constituyó como coadyuvante del fiscal y como tal tenía derecho a apelar de la sentencia de primer grado, únicamente respecto de la reparación del daño y, sin embargo, no hizo uso de ese derecho, la tutela de sus derechos la supeditó a la actuación que el Ministerio Público desplegara durante la tramitación del recurso, y si se declaró desierto el recurso de apelación y firme la sentencia apelada, porque el Ministerio Público no expresó agravios en el término que se señaló, el ofendido carece de legitimación para impugnarlo en la vía constitucional ante la omisión de impugnar la sentencia interponiendo el recurso de apelación y no dejar sus derechos a la sola actuación del Ministerio Público y esa falta de legitimación también la tiene para expresar agravios contra la sentencia de primer grado, ya que no puede impugnarla ante su omisión de apelar contra la misma, y por ello, además carece de interés jurídico para ejercitar la acción constitucional.”- - - -
“Improcedencia 59/95. Francisco Montaña Ocejo. 16 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Germán Tena Campero. Secretario: Gregorio Moisés Durán Álvarez.”- - - - -

Ahora bien, el recurso de apelación deberá interponerse ante la misma autoridad judicial cuya resolución se considere causa agravios, el cual podrá ser por escrito o de palabra, esto es, podrá realizarse a través de un escrito en donde se exprese la inconformidad planteada contra la resolución, o bien se podrá realizar de viva voz, y los términos para la interposición del mismo, conforme al artículo 416 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, serán de 3 tres días si se tratara de un auto, o en tratándose de una sentencia definitiva, será de 5 cinco días, y de 2 dos días si se trata de cualquier otra resolución, dichos términos comenzarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución apelada.

Tratándose de sentencias definitivas, al notificarse la misma se le hará saber al sentenciado el plazo que la Ley le concede para interponer el recurso de apelación, de lo cual deberá quedar constancia, ya que la omisión de este requisito surtirá el efecto de duplicar el plazo legal para interponer el recurso aludido, además que el Tribunal de Alzada le impondrá como medida de apremio al Secretario de Acuerdos del juzgado de primera instancia una multa que no excederá de 5 cinco días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, ello de conformidad con el artículo 420 de la Ley adjetiva de la materia, además como así lo ha sostenido el Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, en la Tesis número XXIII.1 P, de la Novena Época, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en el Tomo II, de diciembre de 1995, en la página: 490, cuyo título y contenido es el siguiente:

- - - “APELACIÓN EN MATERIA PENAL FEDERAL, REQUISITO PARA QUE OPERE LA AMPLIACIÓN DEL TÉRMINO PARA SU INTERPOSICIÓN. De acuerdo a lo establecido en el artículo 369 del Código Federal de Procedimientos Penales, basta que al momento en que se notifique al procesado la sentencia dictada en su contra en primera instancia, se omita hacerle saber el término que establece la Ley para la interposición del recurso de apelación, para que el mismo se duplique, independientemente de que el citado medio de defensa lo interponga el reo por sí o por conducto de su defensor y la resolución de primera instancia le haya sido notificada también a este último.”-----
“Amparo Directo 790/95. Juan Pablo Barbosa Rodríguez. 15 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Arroyo Moreno. Secretario: Agustín Arroyo Torres.”-----

3. 3. 3. Efectos en los que se puede Admitir el Recurso de Apelación.

El recurso de apelación puede admitirse con efecto devolutivo, suspensivo y en ambos efectos. El jurista Juan José González Bustamante precisa que al admitirse la apelación en efecto suspensivo, el A quo paraliza totalmente su jurisdicción, y en adelante nada puede hacer; en tanto que la admisión con efecto devolutivo, sólo se restringe temporalmente la jurisdicción

del tribunal de primera instancia, el cual puede seguir actuando libremente si se trata de resoluciones que puedan ser apelables durante el curso de la instrucción del proceso; por ende la interposición del recurso admitido con este efecto, no impedirá la continuación del procedimiento, que podrá llegar a su término hasta que se pronuncie sentencia definitiva; es por ello que, a través de dicha admisión, se mantiene la jurisdicción de los jueces de primera instancia, aunque restringida para que no entorpezcan la marcha del proceso.³¹

Conforme al artículo 419 del Código de Procedimientos Penales, se establece que salvo determinación expresa el recurso de apelación procederá sólo en efecto devolutivo, y muy especialmente respecto de las sentencias definitivas que absuelvan al acusado, Sobre el tópico en particular, cabe destacar que la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha dejado asentado en la tesis de jurisprudencia, de la Séptima Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, en el Tomo 57, Cuarta Parte, visible en la página 13, qué se debe entender por el efecto devolutivo, el cual se plasma de la siguiente forma:

- - - "APELACIÓN, EN QUE CONSISTE EL EFECTO DEVOLUTIVO DE LA. La función jurisdiccional correspondió en sus orígenes, como se sabe, al soberano; mas como éste, ante la imposibilidad material de atender a todos los casos sometidos a su consideración, tuvo necesidad de delegar el ejercicio de esa función en los Jueces, de ahí resultaba que cuando alguna de las partes no estaba conforme con la resolución de éstos, se alzaba en su contra, devolviéndose así la aludida facultad al soberano, quien con plenitud de jurisdicción resolvía el caso, confirmando, revocando o modificando la resolución del Juez. Dentro de la actual teoría tripartita de poderes adoptada por nuestro derecho, tal función del soberano, como es sabido, es ejercitada por los Tribunales Superiores de Justicia que, al conocer en apelación de los fallos de sus inferiores, no hacen sino ejercer con la misma plenitud de jurisdicción la facultad que por una ficción del derecho se entiende delegada en los Jueces y que con la apelación se devuelve al superior, y que es precisamente en lo que consiste el efecto devolutivo de aquélla."- - - - -

³¹ Cfr. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, Op. cit., pág. 273.

“Amparo Directo 4614/72. Manuel Hurtado Molina. 10 de septiembre de 1973. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.”- - - - -
“Quinta Época: Suplemento 1956, página 68. Amparo Directo 4398/52. Adán García y coagraviado. 19 de junio de 1953. Cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.”- - - - -

Sin embargo, tratándose de Sentencias Definitivas Condenatorias, que es el tema que nos ocupa, éstas se admitirán en ambos efectos, ello debido a que la determinación que se considere que causa agravios por las razones en las que se haya resuelto, no podrá ejecutarse inmediatamente, sino hasta que el Tribunal de Alzada que conozca del recurso dicte un nuevo fallo, en virtud de que a través de dicha admisión se transfiere la jurisdicción al tribunal superior, y se suspende la del inferior para poder seguir actuando y para ejecutar la sentencia, aunque ésta, aún suspendida por la apelación en ambos efectos, rige única y exclusivamente desde el momento en que es pronunciada la situación jurídica del reo, con total abstracción e independencia de las anteriores determinaciones judiciales, tal y como así lo ha sostenido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Unión, en la tesis por contradicción, visible en la Página 7562, del Semanario Judicial de la Federación, de la Quinta Época, del Tomo LXXIII, cuyo tenor literal es el siguiente:

- - - “LIBERTAD PERSONAL, RESTRICCIÓN DE LA (CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA). No puede aceptarse que la apelación admitida en ambos efectos, contra una sentencia condenatoria, impida el cambio de situación jurídica creada a través del auto de sujeción a proceso, pues aunque no pueda ejecutarse la sentencia por virtud del recurso interpuesto, no hay que confundir la existencia del acto mismo con la posibilidad de ejecutarlo; ya que si bien el mandatorio judicial no puede ejecutarse desde luego, esto no quiere decir que no exista, pues fácilmente se comprende que el uso del recurso es para combatir un acto que ha nacido a la vida jurídica, y si la apelación en ambos efectos, impide que una sentencia tenga ejecución inmediata, esto no es óbice para que produzca otros efectos, como son el poner fin a determinados momentos o estados procesales que se sustituyen por otros; es decir, la sentencia, aún suspendida por la apelación en ambos efectos, rige única y exclusivamente desde el momento en que es pronunciada, la situación jurídica

del reo, con total abstracción e independencia de las anteriores determinaciones judiciales, entre ellas, el auto de sujeción a proceso, puesto que en adelante, la prueba del acto antijurídico, la responsabilidad del agente y las penas a imponer, tienen como única fuente la sentencia cuya efectividad se detiene solamente mientras se agotan los recursos que la Ley establece; pero sin desconocer su plena significación como determinante única a la que hay que atender para estudiar y definir la condición del reo, en relación con el acto imputado. Por tanto, habiendo cesado los efectos del auto de sujeción a proceso, desde el momento en que fue pronunciada la resolución apelada, se impone el sobreseimiento respecto aquél, así como de las consecuencias y efectos de ese acto y su ejecución, porque éstos deben seguir la suerte del que los genera.”- - - - -

“Amparo penal en revisión 4770/42. Bustamante Luis Felipe. 30 de septiembre de 1942. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.”- - - - -

“Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IV, octubre de 1996, página 73, tesis por contradicción P./J. 55/96, de rubro "ORDEN DE APREHENSIÓN. NO CESAN SUS EFECTOS CUANDO SE DICTA EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN (INTERRUPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1113 DE LA PRIMERA SALA Y ANÁLISIS DE LA FRACCIÓN XVI DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE AMPARO).”- - - - -

3. 3. 4. Admisión del Recurso de Apelación.

Una vez acotado lo anterior, es importante precisar que respecto de la admisión del recurso de apelación pueden ocurrir tres supuestos, el primero de ellos es que al momento de interponerse el recurso de apelación ante el A quo éste resuelva no admitirlo, ya sea porque las partes no están legitimadas para hacerlo, o bien que determine que fue interpuesto extemporáneamente; ante ello la parte procesal agraviada puede inconformarse, e interponer el Recurso de Denegada Apelación para que el Tribunal de Alzada revise el motivo por el que no se admitió la Apelación, y a través de un fallo determine si era o no procedente la admisión de dicho recurso, y en el supuesto de que resolviera que no era procente, entonces se mandará archivar el toca respectivo, en tanto que si la autoridad Ad quem determina que sí lo es, entonces se estará a las reglas aplicables para la apelación, ello de conformidad con el artículo 421 del

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual expresamente prevé:

Artículo 421.- “Interpuesto el recurso de apelación dentro del plazo legal y por quien tuviere personalidad para hacerlo, el juez, de plano, sin substanciación alguna, lo admitirá si procediere, contra este auto no se da recurso alguno. Si no admitiere la apelación, procederá el recurso de denegada apelación.”

Igualmente, puede ocurrir que una vez que el Tribunal de Alzada tenga por recibido el testimonio o los autos correspondientes a la resolución apelada, cuando ésta mande citar a las partes para notificarles sobre la audiencia de vista, si las mismas consideraran que el recurso de apelación fue mal admitido, entonces tendrán 3 tres días hábiles, que comenzarán a contar a partir del día siguiente al de su notificación, para impugnar la admisión del recurso, o bien, el efecto o efectos en que fue admitido, y para ello la Sala tendrá 3 tres días hábiles para resolver lo conducente, y en caso de que se determinara que la apelación fue mal admitida, sin revisar la resolución, la devolverá al juzgado de origen.

Por último, y relacionado a la admisión del recurso de apelación, a pesar que se haya celebrado la audiencia de vista el Tribunal de Alzada está facultado para declarar que el mismo fue mal admitido, no obstante que no se hubiere promovido el incidente aludido, a pesar de lo anterior la Sala, sin revisar la resolución, la devolverá al juzgado de origen. Estas dos últimas hipótesis, tal como las contempla la parte segunda y tercera del párrafo segundo, del numeral 423 del código procesal penal, que literalmente prevé:

Artículo 423.- “...

...Pueden igualmente dentro de los tres días siguientes a la notificación, impugnar la admisión del recurso o el efecto o efectos en que fue admitido y la Sala dentro de los tres días siguientes resolverá lo pertinente y en caso de declarar que la apelación fue mal admitida, sin revisar la sentencia o auto

apelado, devolverá la causa al Juzgado de su origen, si se le hubiere enviado con motivo del recurso. También podrá la Sala, después de la vista, declarar si fue mal admitida la apelación, cuando no se hubiere promovido el incidente que autoriza el presente artículo, y sin revisar la sentencia o auto apelado devolverá en su caso la causa al Juzgado de origen.”

3. 3. 5. Substanciación de la Apelación.

Una vez que se tenga por admitido el recurso de apelación, si éste fuese admitido en ambos efectos, y no existieran otros procesados en la misma causa que hubieren apelado, y además que no se perjudicara con ello la instrucción, o bien cuando se tratare de una sentencia definitiva, en ambos casos se remitirá original de la causa al Tribunal de Alzada, y en todos los demás supuestos, se enviará el testimonio de las constancias que las partes designen, y de las que el A quo considere pertinentes, debiendo para ello remitirse el original o el testimonio a la sala dentro del plazo de 5 cinco días siguientes a la fecha en que se tenga por admitido el recurso de apelación, aunque en el supuesto de que el A quo no enviara las constancias dentro del plazo señalado para ello, entonces la parte procesal apelante podrá interponer el recurso de queja contra el Juez de primera instancia por no haber remitido los originales o el testimonio dentro del plazo señalado por la Ley. Después que el Tribunal de Alzada tenga por recibido el original o testimonio de todo lo actuado, mandará citar a las partes para la audiencia de vista, la cual se celebrará dentro de los 15 quince días hábiles siguientes.

Sin embargo, si el tribunal de apelación, después de celebrada la audiencia de vista, considerara que para ilustrar su criterio fuera necesario la práctica de alguna diligencia podrá decretarla para mejor proveer, la cual desahogará dentro de los siguientes 10 diez días hábiles, aunque para ello deberá tomarse en cuenta las disposiciones comunes a los medios de prueba contemplados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en

el mismo Código de Procedimientos Penales. Asimismo, si alguna de las partes quisiera promover el desahogo de alguna probanza lo hará al ser citada para la audiencia de vista, o bien dentro de los 3 tres días siguientes a la misma, aunque para ello deberá expresar el objeto y la naturaleza de la prueba, y la Sala al día siguiente de presentada la promoción decidirá sin mayor trámite si la admite o no, en caso afirmativo la prueba se desahogará dentro de los 5 cinco días siguientes. En tratándose de la prueba testimonial ésta no se admitirá en segunda instancia, sino solamente respecto de hechos que no hayan sido examinados.

El día señalado para la celebración de la audiencia de vista, en ella primeramente el Secretario de Acuerdos de la Sala realizará una relación del proceso, y enseguida tendrá la palabra la parte procesal apelante, en caso de que fueran más de una, el Presidente de la Sala determinará el orden, y después las demás partes comparecerán en el orden que lo indique el mismo Magistrado Presidente, encontrándose en la posibilidad de comparecer por último el sentenciado o su defensor; sin embargo, en el supuesto de que las partes a pesar de que hubiesen sido debidamente notificadas no concurriesen a la audiencia de vista, a pesar de ello la audiencia podrá llevarse a cabo, aunque no sin al menos la presencia de dos de los tres magistrados integrantes de la sala, tal y como lo establece el numeral 424 del código procesal penal para el Distrito Federal.

Asimismo, de conformidad con el artículo 425 de la ley adjetiva de la que se habla, una vez que se declare visto el proceso se turnará el testimonio o el sumario para su estudio al Magistrado ponente, quien elaborará su proyecto de resolución y lo presentará dentro de los 15 quince días hábiles siguientes al de la vista, lo cual fue recientemente una reforma del veintiocho de enero de dos mil cinco, ya que hasta antes de la fecha de que se habla solamente se preveía que el magistrado ponente debía presentar su proyecto dentro de un plazo de

10 diez días hábiles, y en si el expediente excediera de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará al plazo aludido 1 un día hábil, aunque éste nunca será mayor a 30 treinta días.

Una vez elaborado el proyecto éste se turnará a los demás Magistrados para su revisión, quienes tendrán sucesivamente 10 diez días hábiles para realizarla, pero si alguno de ellos no estuviere de acuerdo con el mismo podrá formular un nuevo proyecto, para lo cual se le concederán al Magistrado Disidente, al nuevo Magistrado Ponente y al Magistrado Vocal los plazos aludidos para que realicen sus proyectos respectivos para su revisión y para la formulación del voto particular en su caso.

Sin embargo, cabe resaltar que las Salas Penales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, si bien es cierto se integran por tres Magistrados, éstos podrán actuar en forma Unitaria o Colegiada, ya que el numeral 44, párrafo segundo, de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal literalmente prevé:

Artículo 44.- "...

Las Salas en materia Penal resolverán de manera colegiada, cuando se trate de apelaciones contra sentencias definitivas dictadas en procesos instruidos por delito grave, o en los casos en que se imponga pena de prisión mayor a cinco años, resoluciones que versen sobre hechos que en el correspondiente pliego de consignación se haya ejercitado acción penal cuando menos por algún delito grave, con independencia de que se determine la comprobación o no del cuerpo del delito, la reclasificación de los hechos o la inacreditación de alguna agravante o modalidad que provisionalmente determine que el delito no sea grave; o en contra de cualquier resolución en la que se haya determinado la libertad. En todos los demás casos, las resoluciones se dictarán en forma unitaria conforme al turno correspondiente."

Es por ello, que la Sala resolverá de manera colegiada cuando se trate de apelaciones contra sentencias definitivas dictadas en procesos instruidos por

delito grave; en los que se imponga pena de prisión mayor a cinco años; resoluciones que versen sobre hechos que en el correspondiente pliego de consignación se haya ejercitado acción penal cuando menos por algún delito grave; o en contra de cualquier resolución en la que se haya determinado la libertad; fuera de estos casos la resoluciones que emita el Tribunal de Alzada serán dictadas de manera unitaria, con la única excepción de que si a juicio de los magistrados con dicha resolución pudiere establecerse algún precedente o criterio de suma importancia, la ejecutoria podrá ser dictada de manera colegiada, y los términos para que resuelva serán los mismos que se precisaron con anterioridad, aunque con su salvedad, por cuanto a que sólo un Magistrado resolverá.

Ahora bien, cabe destacar que el Tribunal de Alzada, cuando concurra alguna de las causas establecidas en las quince fracciones del artículo 431 del Código de Procedimientos Penales, puede resolver la reposición del procedimiento, pero no podrá decretarla de oficio, sino que deberá haberse expresado como agravio, aunque obviamente no será procedente aquél en el que las partes se hayan conformado expresamente, o bien cuando no se hubiere interpuesto el recurso que proceda, o cuando no existiera algún recurso, si no se inconformó contra dicho agravio en la instancia en la que se ocasionó, tal y como así lo ha sostenido el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la tesis aislada de la Séptima Época, visible en el Tomo 79, Sexta Parte, del Semanario Judicial de la Federación, en la Página 74, cuyo título y contenido es del tenor literal siguiente:

- - - "REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO OFICIOSA ORDENADA ILEGALMENTE POR EL TRIBUNAL DE APELACIÓN. La Sala de apelación no puede ordenar oficiosamente la reposición del procedimiento, invocando la facultad que la Ley le confiere para suplir la deficiencia de los agravios en el recurso interpuesto por el inculpado, pues de conformidad con el artículo 430

del Código de Procedimientos Penales, la reposición del procedimiento sólo puede ordenarse a petición de parte. Si, además, la reposición lejos de favorecer al inculpado lo perjudica en sus intereses jurídicos, resulta evidente que tal reposición es violatoria de sus garantías individuales. En efecto, aunque la Sala de apelación invoque en apoyo de su resolución el artículo 160, fracción III, de la Ley de Amparo, que se refiere a la omisión de los careos entre el reo y los testigos de cargo, la misma Sala procede ilegalmente si no se limita a ordenar la práctica de tales careos, sino que ordena la reposición del procedimiento con las consecuencias que produce de conformidad con el Código de Procedimientos Penales, al ordenar una nueva celebración de la audiencia de vista, así como nueva formulación de conclusiones. Si la Sala hace descansar, por otra parte, esta decisión, en el artículo 415 de ese ordenamiento, que establece la suplencia de los agravios deficientes y que, en tal virtud, necesariamente debe aplicarse en favor del acusado, olvida la Sala, sin embargo, que la reposición del procedimiento, anulando diligencias anteriores y dando lugar a comenzar de nuevo el procedimiento desde la parte eliminada, puede acarrear efectos desfavorables para el inculpado, pues mediante nuevas diligencias puede llegar a establecerse más claramente su responsabilidad, o bien, circunstancias agravantes del delito. Así pues, al ordenar la Sala la reposición del procedimiento sin que el inculpado lo solicitara, causa a éste el consiguiente agravio. Tradicional criterio para la interpretación de la Ley y su aplicación al caso concreto, es aquél que se refiere a indagar cuál es el interés jurídico que un determinado precepto o un conjunto de disposiciones tratan de proteger, lo que es equiparable al examen sobre la finalidad perseguida por la Ley. Atento este principio, la correcta aplicación de esta última solamente se produce cuando al regular el caso particular, la disposición legal cumple los fines designados por el legislador y protege, por tanto, en la práctica, los intereses que ese mismo legislador trató de salvaguardar. La disposición legal que establece la suplencia de los agravios deficientes en la apelación y, por otra parte, los preceptos de la Ley de Amparo que establecen la procedencia de este último cuando se han violado las leyes del procedimiento de manera que se atacan las defensas del inculpado, no persiguen otra finalidad que la de beneficiar a este último. Por tal razón si en determinado caso concreto la aplicación de esas disposiciones no llegara a beneficiar al reo, sino por el contrario, lo perjudicara, resultarían frustradas lamentablemente esas mismas disposiciones. No deja de ser interesante apuntar que, en este caso se produciría la paradoja que desde tiempos antiguos fue señalada por los jurisconsultos romanos y que se produce cuando en el intento de realizar la justicia máxima, se desemboca en la deplorable situación de causar la más grande injusticia.”-----
“Amparo en revisión 48/75. José Manuel Monroy Cruz. 31 de julio de 1975. Ponente: Víctor Manuel Franco.”-----

3. 3. 6. Limitaciones Jurisdiccionales del Tribunal de Alzada Sobre el Recurso de Apelación en Materia Penal.

Toda vez que el A quo le devuelve la jurisdicción al Ad quem, por esa razón éste tiene las mismas facultades que aquél, ya que el numeral 427 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, así literalmente lo prevé, al establecer: “La Sala al pronunciar su sentencia, tendrá las mismas facultades que el Tribunal de Primera Instancia..”; sin embargo es importante precisar que dicha sustitución es de carácter restrictivo, esto es, que las facultades no pueden ser otras que las relativas a la jurisdicción, excluyéndose la decisión de puntos cuya resolución demanda un acto de iniciativa del Ministerio Público y de la defensa, por ende, tal y como lo afirma el tratadista Fernando Arilla Bas, de dicho numeral se desprenden los siguientes principios:

a) La Sala solamente tiene las facultades para resolver aquellos puntos que no hayan sido resueltos por el tribunal de primera instancia;

b) Si el recurso se ha interpuesto contra una resolución interlocutoria, que obviamente no afecta al negocio principal, la Sala está impedida para resolver sobre el fondo;

c) La interposición del recurso contra la sentencia definitiva, que resuelve el fondo del negocio, no veda a la Sala a entrar a examinar los presupuestos procesales, susceptibles de ser apreciados de oficio, pero no los que sean renunciables por el Ministerio Público y la defensa; y,

d) La Sala solamente puede conocer de aquellos puntos que hayan sido objeto del recurso de apelación, pero no de aquéllos otros que, por no haber

sido impugnados, se presumen tácitamente aceptados por las partes, el cual tiene que ver con el apotegma *tantum appellatum quantum devolutum*.³²

Ahora bien, con relación al inciso c), cabe destacar que efectivamente la interposición del recurso contra la sentencia definitiva no impide al Tribunal de Alzada examinar los presupuestos procesales, susceptibles de ser apreciados de oficio, lo cual implicaría, como ya lo establecimos en la parte in fine del apartado que antecede, la reposición del procedimiento, generando con ello que el original o el testimonio regresara al A quo, para que éste subsanara las deficiencias u omisiones habidas durante el proceso, y hecho lo anterior dictara sentencia definitiva, pero como ya se precisó ello deberá ser de oficio, tal y como lo establece el artículo 430 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Por otra parte cabe destacar que tratándose de la apelación contra sentencias definitivas rigen dos principios a favor del sentenciado, los cuales son la "non reformatio in peius" y la suplencia en la deficiencia en la expresión de agravios.

En ese orden de ideas, primeramente estudiaremos el principio de "non reformatio in peius", el cual se refiere a que el tribunal de apelación no podrá empeorar o agravar la situación del acusado, siempre y cuando la parte o partes procesales apelantes sean el sentenciado, o bien su defensor, ya que se supone que la intención de éstos al interponer el recurso de apelación es para mejorar la situación del sentenciado, y no para originarle un perjuicio, es por ello que cuando solamente apelen una sentencia definitiva el acusado o su defensor operará dicho principio, tal y como así se prevé en artículo 427 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual expresamente dispone:

³² Cfr. ARILLA BAS, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*, Op. cit., pág. 215.

Artículo 427.- “La Sala al pronunciar su sentencia, tendrá las mismas facultades que el Tribunal de Primera Instancia; pero si sólo hubiese apelado el reo o su defensor, no podrá aumentarse la Pena impuesta en la sentencia apelada.”

Y que de igual forma lo ha sostenido la Primera Sala de nuestro máximo tribunal, en la Tesis de Jurisprudencia número 29, de la Quinta Época, visible en la página 17, del Apéndice de 1995, Tomo II, Parte SCJN, que es del tenor literal siguiente:

- - - “APELACIÓN EN MATERIA PENAL. NON-REFORMATIO IN PEIUS. Si únicamente apelan del fallo de primera instancia el acusado y su defensor, la autoridad de segunda instancia no está facultada para agravar la situación de dicho acusado.”-----
“Amparo Directo 1278/45. Cortés Gudelia Marcial. 20 de julio de 1945. Unanimidad de cuatro votos.”-----
“Amparo Directo 7649/48. Valdivieso Artemio. 9 de febrero de 1950. Unanimidad de cuatro votos.”-----
“Amparo Directo 8632/49. Flores Verdugo Fernando. 17 de febrero de 1950. Unanimidad de cuatro votos.”-----
“Amparo Directo 192/48. Díaz Fidel. 3 de agosto de 1950. Unanimidad de cuatro votos.”-----
“Amparo Directo 1176/51. Rivera Corral Rodolfo. 14 de febrero de 1952. Unanimidad de cuatro votos.”-----
“NOTA: En el Apéndice de 1954 cambió rubro era "APELACIÓN EN MATERIA PENAL.”-----

Además, si también hubiese apelado el Ministerio Público, el Tribunal de Alzada deberá ceñirse estrictamente a los agravios formulados por éste, sin suplirlos ni ampliarlos en sus términos, por ser su estudio de estricto derecho y además, respetando lo establecido por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precepto que, entre otras cuestiones, expresa que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal, facultado para investigar y perseguir los delitos, y como tal, debe considerársele como un órgano técnico, por lo que no cabe enmendar sus deficiencias, pues de hacerlo se invadiría la división de funciones categóricamente establecidas en la citada descripción constitucional, lo que además es congruente con un

estado de derecho como el que se encuentra delineado en nuestro máximo ordenamiento, y que de no realizarse así, entonces se convertiría en una revisión oficiosa, transgrediendo el principio de que se habla.

El segundo de los principios es el de la suplencia de la deficiencia en la expresión de agravios formulados por el sentenciado o su defensor, este principio tiene que ver con las situación de que el Tribunal de Alzada solamente deberá resolver sobre los agravios que exprese la parte procesal apelante; sin embargo, la Sala podrá suplir la deficiencia que aprecie en la expresión de los mismos, cuando el recurrente sea el sentenciado, o bien cuando se desprenda que su defensor no hizo valer debidamente las violaciones causadas en la resolución recurrida, como así se contempla en el artículo 415 del Código de Procedimientos Penales, y también tal y como así lo resolvió el Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, en la Tesis de Jurisprudencia número 411, de la Octava época, visible en el Apéndice de 1995, Tomo II, parte TCC, en la página 235, el cual a la letra reza:

- - - "APELACIÓN EN MATERIA PENAL. LA SALA ESTÁ OBLIGADA A ESTUDIAR LA TOTALIDAD DE LAS CONSTANCIAS DE PRIMERA INSTANCIA AÚN A FALTA DE AGRAVIOS. CUANDO EL RECURRENTE ES EL INculpADO O SU DEFENSOR. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES). El artículo 344 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Aguascalientes, señala que cuando se interpone la apelación, se expresarán los agravios que cause la resolución recurrida, pero esa regla tiene su excepción señalada por el segundo párrafo del numeral 340 del mismo ordenamiento legal, que menciona que la Sala está obligada a suplir la deficiencia de los agravios y la falta de los mismos es la máxima deficiencia, por lo que, en cualquier caso, la ad quem debe analizar íntegramente las constancias del juicio natural y determinar si existe o no alguna violación substantiva o procesal en perjuicio del sentenciado."-----
"Amparo Directo 281/93. Mario Macías Rosales. 17 de junio de 1993. Unanimidad de votos."-----
"Amparo Directo 301/93. José de Jesús Chávez Flores. 1o. de julio de 1993. Unanimidad de votos."-----
"Amparo Directo 398/93. Sergio Martínez Cruz. 19 de agosto de 1993. Unanimidad de votos."-----

“Amparo Directo 409/93. Julio Eduardo Colmenero Arce. 19 de agosto de 1993. Unanimidad de votos.”-----
“Amparo Directo 598/93. José Luis Ramírez Salazar. 11 de noviembre de 1993. Unanimidad de votos.”-----
“NOTA: Tesis XXIII.J/1, Gaceta número 74, pág. 83; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIII-Febrero, pág. 151.”-----

Aunque si acatáramos estrictamente la connotación gramatical que establece el numeral de que se habla, estaríamos que en el caso de que no se formularan agravios por parte del sentenciado o bien su defensor, en ese supuesto no debería operar la suplencia, ya que ésta solamente aplica cuando existe una deficiencia en los agravios formulados, más no ante la inexistencia de los mismos, pero no obstante lo anterior la Primera Sala de nuestro máximo tribunal estableció en la Tesis de Jurisprudencia número 16, de la Sexta Época, visible en la página 10, del Apéndice de 1995, Tomo II, Parte SCJN, que ante la falta de los agravios deberán suplirse en su totalidad, puesto que ello implica la máxima deficiencia en los mismos, como a continuación se aprecia:

--- “AGRAVIOS EN LA APELACIÓN, FALTA DE. SUPLENCIA DE LA QUEJA. Tratándose del acusado o de su defensor, los tribunales de apelación deben suplir la falta de agravios, que es la máxima deficiencia de los mismos.”-----
“Amparo Directo 4705/57. Francisco Nevárez Rodríguez. 24 de junio de 1958. Unanimidad de cuatro votos.”-----
“Amparo Directo 6140/57. Ernestina Castillo de Ralis. 8 de julio de 1958. Cinco votos.”-----
“Amparo Directo 5181/58. Alejandro Sigüenza Beltrán. 28 de noviembre de 1958. Unanimidad de cuatro votos.”-----
“Amparo Directo 1542/58. Enrique Barreto Barreto y coags. 3 de diciembre de 1958. Cinco votos. Amparo directo 4687/58. Eduardo Mendoza Llamas. 8 de diciembre de 1958. Cinco votos.”-----

Está por demás decirlo, pero cabe precisar que el Ad quem deberá tomar en consideración estos dos principios al momento de estudiar y dictar una sentencia en la que solamente.

3. 3. 7. Efectos que Produce la Sentencia Dictada por el Tribunal de Alzada cuando se trata de la Apelación de una Sentencia Definitiva.

Para entender los efectos que produce la ejecutoria pronunciada por el Ad quem es necesario comprender la función que tiene dicha autoridad, la cual no es la de rebatir la sentencia de primer grado, sino de sustituirse en forma total y completa al inferior para resolver todos los puntos planteados en los agravios que, junto con la sentencia recurrida, integran la litis contestatio de la alzada, fundamentando y razonando su decisión para revocar, confirmar o modificar la sentencia del inferior.

Ahora bien, en el supuesto de que la sentencia definitiva que fue apelada se confirmara, pueden darse las siguientes situaciones:

a) Si la sentencia es condenatoria, al ser confirmada ésta se inicia la ejecución de las sanciones impuestas, por lo que atendiendo al principio de especialidad de las leyes, le corresponde a la Dirección de Ejecución de Sanciones Penales de la Subsecretaría de Gobierno del Distrito Federal ejecutar la sentencia en los términos correspondientes.

En tratándose de la pena privativa de la libertad, si el reo estuviera gozando de la libertad provisional bajo caución y se le hubiese condenado a la pena de prisión, se ordenara su captura. En el caso de que estuviera privado de su libertad en algún centro preventivo al confirmarse la sentencia se le remitirá al centro penitenciario respectivo para que compurgue la sanción restrictiva de la libertad.

Sin embargo, en alguno de estos dos supuestos si al reo se le hubiera concedido algún sustitutivo o la suspensión condicional de la ejecución de la pena hasta este momento podrá acogerse a alguno de ellos, y en caso de que no se le hubieran concedido, entonces deberá compurgar la pena restrictiva de la libertad, y por otro lado hacerse ejecutivas las demás penas impuestas.

Si el sentenciado se encuentra prófugo comenzarán a correr los términos para la caducidad de la pena, aunque para ello deberá notificarse la sentencia al ofendido y a la representación social.

b) Si la sentencia definitiva fuera absolutoria, al ser confirmada ésta se da por concluido el procedimiento y, con ello, dicha resolución se declara cosa juzgada, conforme al artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

c) Si la sentencia definitiva es modificada, pueden suceder que el sentenciado goce de todos los derechos que se le hayan otorgado con motivo de la apelación interpuesta, obviamente si ésta ha sido beneficiosa para él, de lo contrario, quedará sujeto a que podrán aumentársele las penas, y si en primera instancia de acuerdo al grado de culpabilidad se le hubiere concedido algún sustitutivo o el beneficio de la suspensión de las penas, y en segunda instancia no se le concediera alguna de éstas, entonces deberá cumplir la sanción privativa de libertad y cumplimentar la demás penas impuestas.

d) Por último, si la sentencia definitiva es revocada, si ésta fuera condenatoria, entonces los efectos jurídicos que se producen son los mismos que cuando se confirma una sentencia absolutoria, pero si la sentencia definitiva apelada fuera absolutoria y ésta se revocara, y en virtud de dicha situación se le condenara, e impusieran penas al acusado, entonces se inician los trámites correspondientes a su reaprehensión con el propósito de que se ejecuten las sanciones impuestas, además que se producirán los efectos jurídicos correspondientes a una sentencia condenatoria confirmada, los cuales apuntalamos con antelación.³³

³³ Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Op. cit., págs. 635-636.

CAPÍTULO CUARTO

PROCEDENCIA DE LA LIBERTAD BAJO CAUCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

4. 1. Libertad Provisional.

Para el estudio del presente tema es importante considerar qué se entiende por la libertad provisional, o mejor dicho por la libertad provisional bajo caución, como así lo establece la fracción I, parte primera, del artículo 20, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por ende, es importante precisar la definición que de la misma se ha dado.

El doctrinario Julio Antonio Hernández Pliego define la libertad provisional como “una medida cautelar que mediante el otorgamiento de una garantía, trata de asegurar la comparecencia del inculpado ante el Juez que conoce de su proceso, o bien la efectividad de la ejecución de la condena que eventualmente se dicte en su contra”; por lo que según lo apunta dicho autor, la libertad provisional “es una medida precautoria, alternativa de la prisión preventiva, que implica la obligación, para su beneficiario, de no sustraerse a la acción de la justicia, ya que se trata de una libertad restringida a los fines del proceso, pero susceptible de revocarse por alguna de las causas establecidas por la Ley.”¹

Por su parte, el tratadista Fernando Gómez de Llano González, de igual forma apuntala que la libertad provisional es “una medida cautelar procedente cuando no se dan los supuestos necesarios para la detención o la prisión, que

¹ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. *El Proceso Penal Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 2002, pág. 309.

obliga al imputado a comparecer periódicamente ante el juzgado, bien bajo la correspondiente fianza o sin ella.”²

Para el doctrinario Juan José González Bustamante, la libertad provisional bajo caución es “la libertad que con carácter temporal se concede a un detenido por el tiempo que dure la tramitación del proceso, previa satisfacción de determinadas condiciones estatuidas en la Ley.”³

En tanto que el estudioso Guillermo Colín Sánchez precisa que la libertad provisional bajo caución es “el derecho otorgado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a toda persona sujeta a un procedimientos penal, para que, previa satisfacción de los requisitos especificados en la Ley, pueda obtener el goce de su libertad.”⁴

Por nuestra parte, primeramente debemos puntualizar que la libertad provisional es una garantía consagrada en el artículo 20, apartado “A”, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tal y como así lo ha establecido el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, de la Octava Época, publicado en el Tomo XIV, de julio de 1994, en la página 658, en la tesis número 1a./J. 4/89, que es del tenor literal siguiente:

- - - “LIBERTAD CAUCIONAL, OTORGAMIENTO DE LA. DEBEN CONSIDERARSE LAS MODIFICATIVAS DEL DELITO IMPUTADO. El hecho de que en cumplimiento de una ejecutoria de amparo se hubiere dictado un nuevo auto de formal prisión en contra del procesado por el delito que se le imputó, dejando de tomar en cuenta las calificativas correspondientes de conformidad con la jurisprudencia de la Primera Sala del máximo Tribunal de la Nación cuyo rubro dice: Auto de formal prisión, no deben incluirse las modificativas o calificativas del delito en el, no significa que aquél tenga derecho a gozar de su libertad provisional bajo caución porque la penalidad del ilícito en

² GÓMEZ DE LLANO GONZÁLEZ, Fernando. *El Proceso Penal “Tratamiento Jurisprudencial”*, 5ª ed., Ed. Forum, España, 1997, pág. 184.

³ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit., pág. 298.

⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit., pág. 568.

el nuevo auto de bien preso, sin las calificativas, no excede de cinco años en su término medio aritmético. Esto es así, en razón de que el auto de formal prisión encuentra fundamento constitucional en el artículo 19 de la Carta Magna, el cual no exige que se incluyan en esa resolución las modalidades o tipos complementados, las cuales, según dicha tesis, deben ser materia de análisis hasta el momento en que se dicte la sentencia que ponga fin a la causa; por otra parte, la libertad provisional bajo caución está prevista como garantía del procesado en el artículo 20 fracción I de la Carta Magna, el cual prevé que para su procedencia el juzgador debe tomar en consideración las circunstancias personales del acusado y la gravedad del delito que se le imputa, siempre que éste, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión; para el otorgamiento de la libertad caucional, deben tenerse presentes las modificativas o calificativas del delito imputado al acusado.”-----
“Amparo en revisión 290/90. Gil Ortega Arcos. 28 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.”-----
“Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo V, Segunda Parte-1, página 286 y Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, número 16-18, tesis 1a./J. 4/89, página 59.”-----

Es por ello que, por nuestra parte, podemos sostener que la libertad provisional es una garantía constitucional de la que gozan todas aquellas personas que están sujetas a un procedimiento penal, previo cumplimiento de los requisitos constitucionales y procesales exigidos para su concesión.

4. 2. Antecedentes Constitucionales de la Libertad Provisional.

Primeramente debemos precisar que en el Capítulo 1, inciso 2. I. de la presente sustentación, abordamos el tema que denominamos como “Antecedentes Constitucionales en el Derecho Mexicano de los Delitos Graves”, el cual guarda íntima relación con la temática que nos ocupa en el presente apartado, puesto que la libertad provisional bajo caución está intrínsecamente relacionada, ya que en la actualidad nuestra Constitución Federal establece que inmediatamente que lo solicite el inculpado se le otorgara la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos que por su gravedad la

Ley expresamente lo prohíba, en ello es en lo que radica la importancia de estudiar las reformas que ha sido sufrido el artículo 20, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puesto que el mismo ha sido el rector de las leyes procesales que han regido dicha figura jurídica.

El texto original del artículo 20, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos era del tenor literal siguiente:

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

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

Debemos precisar que de acuerdo a lo establecido en la citada fracción la libertad provisional debía otorgarse siempre y cuando el delito de que se tratara no fuera castigado con pena mayor a cinco años de prisión; sin embargo, debido a que la forma en la que estaba redactada dicha fracción era ambigua, puesto que de su contenido se entendía que no podía otorgarse la garantía aludida cuando se tratara de delitos que fueran sancionados con una pena máxima de cinco años de prisión, por ello mismo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció al respecto, para el efecto de precisar que el legislador al momento de señalar el límite de cinco años para la procedencia de la libertad provisional, se refería a la penalidad considerada en su término medio correspondiente por el delito que se le atribuyera al inculpado, lo que implicaba claramente que se refería a lo establecido abstractamente en la Ley, esto es, a la punibilidad correspondiente, no así a la pena que procediera imponer al delincuente; siendo por ello mismo que la sanción no podía ser otra que la señalada en su término medio, e inclusive a

través de la tesis de Jurisprudencia intitulada “Libertad Bajo Caución”, pronunciada por la citada sala, visible en el Semanario Judicial de la Federación, en el Tomo LI, página 1885, se consideró que eran anticonstitucionales los preceptos de las leyes secundarias, que en los Estados establecieran la procedencia de la libertad caucional, sólo cuando el máximo de la sanción corporal fijada al delito no excediera de cinco años de prisión. E inclusive nuestro máximo tribunal se pronunció para el efecto de establecer que para el otorgamiento de la libertad provisional no debían considerarse las modalidades del delito, sino solamente la punibilidad del ilícito de que se tratara puesto que, según lo consideró nuestro máximo tribunal, no podía prejuzgarse sobre las modalidades que podían o no aplicarse en la sentencia definitiva, tal y como se establece en la tesis que es del tenor literal siguiente:

- - - “LIBERTAD BAJO CAUCION. El artículo 20 constitucional, fracción I, eleva al rango de garantía individual, la libertad bajo caución, y al señalar el límite de cinco años para la procedencia de dicha libertad, se refiere seguramente a la penalidad tomada en su término, medio; y para llegar a esa conclusión, basta tener en cuenta que la citada fracción alude a la pena que corresponde al delito que se atribuye al acusado; lo cual claramente indica que quiso referirse a lo establecido, en abstracto, en la Ley, al definir y castigar la infracción respectiva y no a la pena que procediera imponer al delincuente; por lo cual, aquella sanción no puede ser otra que la señalada en su término medio; en tal virtud, los preceptos de las leyes secundarias, que en los Estados establecen la procedencia de la libertad caucional, sólo cuando el máximo de la sanción corporal fijada al delito no exceda de cinco años de prisión, son contrarias al Código Fundamental de la República y no deben ser observados, puesto que restringen y hacen nugatoria la garantía de la libertad bajo caución, establecida por la Constitución Federal. Ahora bien, si en la resolución que niega la libertad caucional, se admite en forma probable, que los delitos de homicidio y lesiones, fueron cometidos por improcedencia, aun cuando no se acepte categóricamente esa circunstancia, en el estudio sobre la procedencia de la libertad caucional, hay que atender a esas apreciaciones y si de las constancias que se acompañaron, en calidad de informe, no aparece indicio alguno de que los sucesos se debieron a un propósito criminal y todo hace presumir que fueron el resultado de un accidente, debe tomarse el término medio de la pena, con relación a las sanciones que se establecen para los delitos de improcedencia, sólo en forma provisional y sin que prejuzgue sobre la modalidad que se asigne

provisional, ya que en el texto anterior se establecía que la cantidad máxima sería hasta de \$10,000.00 diez mil pesos, pero debido a que con el transcurso del tiempo dicho monto, por el incremento en los costos de vida era irrisorio, por esa situación la suma aludida fue aumentada, aunque no podía ser superior a \$250,000.00 doscientos cincuenta mil pesos, e inclusive el Constituyente previó que en el supuesto de que se tratara de un ilícito en el que el sujeto activo obtuviera un beneficio económico o le causara a la víctima un daño patrimonial, en esos casos la garantía sería cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado, mismo que podía ser superior a la suma aludida.

Por otro lado, mediante reforma publicada el catorce de enero de mil novecientos ochenta y cinco, el texto del citado artículo 20 constitucional, nuevamente fue reformado, además que se le adicionaron dos párrafos en su fracción I, para quedar como siguen:

Artículo 20.- “...

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

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

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

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

De esta reforma y adiciones podemos desprender que el Constituyente nuevamente estableció que se debía conceder la libertad provisional, siempre que no se tratara de un delito, cuyo término medio aritmético excediera de cinco años de prisión, aunque por otro lado determinó que para establecer ello se debían incluir las modalidades del delito, esto es, las agravantes o calificativas del mismo, y si la suma de la punibilidad del tipo básico con las correspondientes a las modalidades, no merecieran ser sancionados con penas cuyo término medio aritmético fueran superior a cinco años, entonces, en esos casos, podía otorgarse la libertad provisional, tal y como así lo resolvió el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, en la Tesis de Jurisprudencia número III. P. J/1, de la Octava Época, visible en el Semanario Judicial de la Federación, en la página 929, del Tomo III, Segunda Parte 2, de enero a junio de 1989, cuyo título y contenido es el siguiente:

- - - “LIBERTAD PROVISIONAL. MODALIDADES DEL DELITO. Aunque al dictarse la formal prisión no se hayan precisado las modalidades del delito de robo materia del proceso, tales modalidades deben tornarse en cuenta al resolver sobre la libertad provisional solicitada, para ese solo efecto, porque así lo dispone el artículo 20, fracción I, de la Constitución Federal.”- - - - -
“Amparo en Revisión 250/86. José Manuel Contreras Uribe. 13 de octubre de 1986. Unanimidad de votos. Ponente: Lucio Lira Martínez. Secretario: Miguel Ángel Alvarado Servín.”- - - - -
“Amparo en Revisión 320/86. Juez Sexto de lo Criminal del Primer Partido Judicial. 19 de noviembre de 1986. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Núñez Salas. Secretario: Jesús Rentería Dávalos.”- - - - -
“Amparo en Revisión 173/87. Juan José González Orozco. 21 de octubre de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Núñez Salas. Secretario: Jesús Rentería Dávalos.”- - - - -
“Amparo en Revisión 91/88. Juez Sexto de lo Criminal del Primer Partido Judicial. 3 de mayo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Lucio Lira Martínez. Secretario: Miguel Angel Alvarado Servín.”- - - - -

“Amparo en Revisión 327/88. Rafael Zacarías Yerena. 12 de mayo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: J. Guadalupe Torres Morales. Secretario: Oscar R. Valdivia Cárdenas.”-----
“NOTA: Jurisprudencia publicada también en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación número 16-18, página 127.”-----

Asimismo, a partir de la reforma de que se habla el Constituyente dejó de considerar una cantidad determinada como máximo para cubrir el monto de la caución, ya que solamente estableció que la suma de ésta no podía exceder de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito, en virtud de que al fijarse sumas precisas de dinero con el transcurso del tiempo terminaban siendo irrisorias para aquéllos que solicitaban su libertad provisional, puesto que con el aumento en el costo de vida terminaban siendo mínimas, por lo que a través de esta reforma los montos se ajustaban por sí mismos de acuerdo al salario mínimo vigente, además que se establecía que la autoridad judicial considerando la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, podía aumentar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito. Y de igual forma continuaba contemplándose que si el delito era intencional, y éste representaba para su autor un beneficio económico o le causaba a la víctima un daño y un perjuicio patrimonial, entonces el monto de la caución sería cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados, lo cual podía exceder, obviamente, de la percepción última citada.

Continuando con el tópico que nos ocupa, el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos nuevamente fue reformado el dos de noviembre de mil novecientos noventa y tres, siendo publicada dicha reforma al día siguiente de su promulgación, exceptuando el contenido de las fracciones III, V, VI, VII y los tres primeros renglones de la fracción X, para quedar en la parte que nos interesa como sigue:

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

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

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

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

A través de esta reforma, como atinadamente dejó asentado Jesús Zamora Pierce, en su libro intitulado “Garantías y Proceso Penal”, “estamos ante una revolución copérmica. En efecto, con anterioridad a esta reforma, y con fundamento en lo dispuesto por los artículos 18 y 20, fracción I, constitucionales, la regla era que todo procesado por delito que mereciere pena corporal debía ser sometido a prisión preventiva, con la sola excepción de aquéllos a quienes se imputase delito sancionado con pena cuyo término medio aritmético no fuese mayor de cinco años de prisión, ya que éstos no tenían derecho a obtener su libertad bajo caución; pero como resultado de la reforma en estudio, la regla era que todo procesado tenía derecho a la libertad, con excepción de aquéllos casos en que la Ley prohíba expresamente conceder este beneficio, en virtud de la gravedad del delito imputado.”⁵

Siendo con motivo de esta reforma a la Constitución, que se introdujo la calificación de delitos graves al Código Federal de Procedimientos Penales, por lo que el 10 de enero de mil novecientos noventa y cuatro dicho ordenamiento procesal fue reformado, y por ello el legislador se vio en la necesidad de aclarar qué se debía considerar como delito grave, siendo así como en el artículo 194

⁵ ZAMORA PIERCE, Jesús. *Garantías y Proceso Penal*, 11ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001, pág. 312.

los definió como aquellos que "afectan de manera importante a los valores fundamentales de la sociedad."

Por otro lado, es importante destacar que si bien es cierto en los textos anteriores a esta reforma se previó que el juzgador al fijar el monto de la caución o la fianza debía tomar en consideración las circunstancias personales del indiciado, así como la gravedad del delito que se le imputara a éste, también lo es que con la reforma de que se habla el Constituyente estableció que el monto y la forma de la caución debían ser asequibles para el inculpado al momento de precisarlas. De igual forma la autoridad judicial podría disminuir el monto de la caución que en un inicio se estableció.

Aunque cabe puntualizar que a través de esta reforma se facultó al Juez para revocar la libertad provisional cuando el inculpado incumpliera en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de Ley deriven a su cargo en razón del proceso, lo que hasta antes de esta reforma no estaba previsto.

Siguiendo con el tema en comento, por reforma promulgada el dos de julio de mil novecientos noventa seis, la cual fue publicada al día siguiente de su promulgación, nuevamente fue modificado el contenido del artículo 20 constitucional, precisamente en la fracción I, y en su penúltimo párrafo, el cual está íntimamente relacionado con el tema que nos ocupa, cuyo texto quedó como sigue:

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

I. Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la Ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el Juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por

algún delito calificado como grave por la Ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la Ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

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

.....

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

Esta reforma de igual forma es de suma relevancia, puesto que por una parte, y en lo conducente, el Constituyente nuevamente reiteró que Inmediatamente que el inculpado la solicitara, el Juez debía otorgarle la libertad provisional bajo caución, obviamente, siempre y cuando no se tratara de delitos en que por su gravedad las leyes adjetivas penales locales expresamente así lo prohibieran, pero por primera vez se previó que no obstante que se tratara de un delito no grave, a pesar de ello, previa solicitud del Ministerio Público, el Juez podría negar la libertad provisional, siempre y cuando el inculpado hubiera sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la Ley o, bien cuando el representante social le hubiera aportado elementos a la autoridad judicial para determinar que la libertad del inculpado representaba un riesgo para el ofendido o para la sociedad; sin embargo, cabe precisar que para que la solicitud del Ministerio Público de negar la libertad provisional fuera procedente, no obstante que se tratara de un delito no grave, éste no solamente deberá motivar su razonamiento, sino además tendrá que aportar los elementos probatorios

conducentes que acrediten ello, tal y como así lo resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Tesis número 1a./J. 54/2002, de la Novena Época, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en el Tomo XVI, de noviembre de 2002, en la página 109, que es del tenor literal siguiente:

- - - “LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL MINISTERIO PÚBLICO DEBE APORTAR PRUEBAS QUE JUSTIFIQUEN SU SOLICITUD DE QUE AQUÉLLA SE NIEGUE AL INCULPADO EN CASO DE DELITOS NO GRAVES (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN I, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). Del desarrollo legislativo y de una interpretación auténtica del primer párrafo de la fracción I del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se concluye que el Ministerio Público debe aportar pruebas que acrediten los argumentos por los cuales, en el caso de los delitos no graves, solicita al Juez que niegue al inculpado la libertad provisional bajo caución, por considerar que dicha libertad representa un riesgo para el ofendido o para la sociedad. Esto es así, en atención a que, según se advierte del estudio del proceso legislativo del decreto de reformas a dicho precepto de la Carta Magna, publicado en el Diario Oficial de la Federación de tres de julio de mil novecientos noventa y seis, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, del Distrito Federal, y de Estudios Legislativos, Primera Sección, del Senado de la República, expresamente modificaron la iniciativa del Ejecutivo Federal, en el punto que se analiza, por considerar que para negar al inculpado la libertad provisional bajo caución, en el caso de los delitos no graves, no bastaba el simple razonamiento del Ministerio Público, porque sería totalmente arbitrario y discrecional, por no contener ningún elemento objetivo que motivara la petición, ni que guiara la decisión judicial, por lo que se proponía, que se aportaran al Juez elementos que justificaran la petición, como lo era el riesgo que el inculpado representara para el ofendido o la sociedad, por su conducta precedente y las características del delito cometido; modificación que fue aceptada, y con la cual se aprobó el decreto respectivo”.- - - - -

“Contradicción de tesis 106/2001-PS. Entre las sustentadas por el Segundo y Tercer Tribunales Colegiados, ambos del Décimo Cuarto Circuito. 30 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Ángel Ponce Peña”.- - - - -

“Tesis de jurisprudencia 54/2002. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de treinta de agosto de dos mil dos, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente Juan N. Silva Meza, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Juventino V. Castro y Castro”.- - - - -

Por otra parte, anterior a esta reforma solamente se establecía que la autoridad judicial podría disminuir el monto de la caución inicial; sin embargo, a partir de esta reforma se precisó que la autoridad judicial podría modificar el monto de la caución, lo que implica que no solamente podrá disminuirla, sino de igual forma estaría en la posibilidad de aumentar su monto. De igual forma, el Constituyente dejó abierta la posibilidad de que los órganos legislativos locales establecieran los casos graves por los cuales el Juez podría revocar la libertad provisional.

Ahora bien, y en esa misma tesitura de ideas, cabe hacer la siguiente acotación, a través de esta reforma se agregó un último párrafo al artículo 20 constitucional en donde simplemente se consagró que las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX, dentro de las que se encuentra la libertad provisional, también debía ser observada durante la averiguación previa, aunque para ello puntualizó que los términos, requisitos y límites se debían fijar en las leyes locales correspondientes.

Por último, el contenido del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fue modificado por reforma publicada el veintiuno de septiembre de dos mil, simplemente para el efecto de establecer dos apartados en dicho numeral, uno en el que se siguiera especificando las garantías del inculpado y otro apartado en el que se especificaran claramente las garantías que tiene la víctima, aunque tal reforma no tiene mayor relevancia sobre el tema que nos ocupa, sin embargo analizaremos el contenido del mismo, el cual quedó como sigue:

Artículo 20.- “En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad,

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

El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la Ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad del cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

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

A través de esta última reforma, se establece como requisito sine qua non que la libertad provisional se podrá otorgar siempre y cuando no se trate de delitos que por su gravedad las leyes adjetivas penales así lo establezcan, es decir, si se tratara de delitos graves entonces no procederá la misma, aunque para ello se precisa que la gravedad de los ilícitos se establecerá en las leyes adjetivas penales locales. Además, cabe destacar que no obstante de que se trate de delitos no graves, la libertad provisional podrá negarse a solicitud del Ministerio Público, ante los siguientes supuestos:

a) Si el inculpado fue condenado por algún delito calificado como grave; o bien,

b) Cuando el Ministerio Público le aporte elementos al Juez para afirmar que la libertad de éste representa un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

4. 3. Procedencia de la Libertad Bajo Caución conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Para el estudio del presente tema es importante concatenar el estudio que se realizó del artículo 20, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y además analizar el contenido del artículo 556 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal, ello con el propósito de comprender los requisitos exigidos para el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución; por ende, es importante transcribir este último numeral, el cual es del tenor literal siguiente:

Artículo 556.- “Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, si reúnen los siguientes requisitos:

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

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

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

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

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

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

Para el efecto de establecer el riesgo para el ofendido o para la sociedad, se entiende por conducta precedente y por circunstancias características del delito cometido, según corresponda, cuando:

a) El inculpado haya sido condenado en sentencia ejecutoriada por un delito doloso y del mismo género, siempre y cuando no haya transcurrido el término de la prescripción que señala la Ley;

- b) El inculpado esté sujeto a otro u otros procesos penales anteriores por diversos hechos dolosos del mismo género que ameriten pena privativa de libertad;
- c) Exista riesgo fundado de que el inculpado cometa un delito doloso contra la víctima u ofendido, alguno de los testigos que depongan en su contra, servidores públicos que intervengan en el procedimiento o algún tercero, si la libertad provisional le es otorgada;
- d) El inculpado haya cometido un delito doloso en un estado de alteración voluntaria de la conciencia a que se refiere la fracción VII del artículo 138 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal; o
- e) El inculpado se haya sustraído con anterioridad a la acción de la justicia, impidiendo con ello la continuidad del proceso correspondiente.”

Ahora bien, una vez transcrito dicho precepto legal, y considerado el análisis realizado del artículo 20, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es importante precisar los siguientes puntos que se desprenden del mismos:

4. 3. 1. Momento Procedimental en que Puede Solicitarse la Libertad Provisional.

Primeramente es importante remitirnos al artículo 20, fracción I, parte primera, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual literalmente establece: “I. Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle (al inculpado) la libertad provisional bajo caución...”; en este mismo sentido, el artículo 556, párrafo primero, de la Ley adjetiva penal, a la letra prevé: “Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite”; por lo que se desprende del contenido de ambos numerales que de manera inmediata, cuando lo solicite el inculpado, o bien el procesado o sentenciado podrá solicitar su libertad provisional, pero además se puntualiza en el artículo último citado, que aquél podrá gozar de dicha garantía desde la averiguación previa y durante el proceso judicial, lo que

implica que desde el momento en que el indiciado sea puesto a disposición del personal ministerial se le podrá otorgar su libertad provisional, aunque obviamente si estuviera en el supuesto de que cumplimentara los requisitos exigidos para ello; es por ello que se le deberá otorgar la libertad provisional al indiciado a partir del momento mismo en que éste sea puesto a disposición de la autoridad judicial por haberse acreditado el cuerpo del delito y su probable responsabilidad, aunque sobre este punto en particular cabe destacar lo que atinadamente precisa el doctrinario Guillermo Colín Sánchez, quien a su vez cita a Sergio García Ramírez, quien literalmente establece “carece de fundamento el sistema de nuestros Códigos, que posponen la caución hasta el momento en el que el inculpado ha rendido su declaración preparatoria (artículos 290, fracción II, Cdf., y 154, Cf.)...”⁶, que si nos remitimos al contenido del artículo 290 de la Ley adjetiva penal vigente en el Distrito Federal, dicho numeral prevé que hasta el momento en que le sea recabada al inculpado su declaración preparatoria, hasta ese entonces se le hará del conocimiento sobre el derecho que tiene de ser puesto en libertad provisional, por lo que tal precepto estaría condicionando el momento en que se le podría otorgar la libertad provisional al inculpado, toda vez que cuando éste sea puesto a disposición de la autoridad judicial sólo podrá gozar de su libertad una vez que se le recabe su declaración preparatoria, y si además de ello, tomamos en consideración que el artículo 287, párrafo único, parte primera, del Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal establece que dentro de las cuarenta y ocho horas contadas desde que el indiciado queda a disposición de la autoridad judicial encargada de practicar la instrucción, se procederá a recabarle su declaración preparatoria; entonces, tendríamos que el otorgamiento de la libertad, en el supuesto de que ésta procediera, si lo solicita el inculpado contravendría la Constitución Federal, puesto que no sería inmediatamente que lo solicite el inculpado, sino hasta que le sea recabada su declaración preparatoria, para que se le haga del conocimiento la garantía

⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit., pág. 477.

concedida en la fracción I, del artículo 20 constitucional. Sin embargo, ello es sólo una crítica que se realiza sobre tal situación.

Continuando con el tópico que nos ocupa, al párrafo primero del artículo 20 constitucional, establece que en todo proceso penal el inculpado tendrá las siguientes garantías, dentro de las que se encuentran en el apartado "A", la fracción I, la cual es relativa a la libertad provisional, por lo que podemos concluir que el inculpado también podrá solicitar su libertad provisional aun cuando se le esté instruyendo un proceso, pero no solamente podrá ceñirse su otorgamiento durante la instrucción del proceso, sino en cualquier etapa del mismo, sea ésta el cierre de la instrucción, o bien durante la audiencia en que se dé por visto el proceso, e inclusive podrá otorgarse una vez dictada una sentencia condenatoria, si ésta no ha causado ejecutoria porque se hubiere interpuesto el recurso de apelación, por lo que tenemos que la libertad provisional bajo caución también podrá interponerse ante el Tribunal de Alzada, el cual estará obligado a otorgarla, siempre y cuando el sentenciado cumplimentara los requisitos legales exigidos, tal y como así lo han resuelto el Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, en las tesis números VI.1o.68 P y VII.P.19 P, de Octava y Novena Época, publicadas en el Semanario Judicial de la Federación, del Tomo XV-II, de Febrero de 1995, y del Tomo II, de Agosto de 1995, visibles en las páginas 399 y 553, respectivamente, las cuales son del tenor literal siguiente:

- - - "LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. ES IMPROCEDENTE DESPUÉS DE QUE SE DICTA SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA. El derecho a la libertad bajo caución, únicamente opera mientras se esté instruyendo el proceso al inculpado, para que no se substraiga a la acción de la justicia y si, después de dictada la sentencia en primera instancia, la penalidad a que fuera condenado no rebasa el término de cinco años de prisión, en segunda instancia puede solicitar el otorgamiento de tal beneficio, no así en caso contrario. Sin embargo, una vez resuelta la apelación aunque se hubiera

reducido la pena a menos de cinco años, resulta improcedente ese beneficio precisamente por haber concluido el procedimiento.”- - - - -
“Amparo Directo 96/88. Martín Flores Mancilla. 28 de junio de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Manuel Acosta Tzintzún.”- - - - -

- - - “LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. PROCEDENCIA DE LA. Del texto de los artículos 20 constitucional fracción I y 324 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz, la libertad provisional bajo caución sólo se puede solicitar y otorgar durante el curso del procedimiento sea en primera o segunda instancias, esto es, antes del dictado de la sentencia, y si el quejoso solicitó ese beneficio al Tribunal de alzada por haber apelado de la sentencia de primer grado, es claro que al haberse resuelto el recurso no procede dicho beneficio.”- - - - -
“Amparo en revisión 184/95. Jorge Ameca Colorado. 15 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez.”- - - - -

4. 3. 2. Sujetos Procesales Facultados para Solicitar la Libertad Provisional.

El artículo 20, apartado “A”, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece lisa y llanamente que inmediatamente que el inculpado solicite su libertad provisional el Juez deberá otorgársela, de lo que se desprende que éste, o bien el procesado o sentenciado, según se trate, podrá solicitar su libertad provisional; sin embargo, es importante remitirnos al contenido el artículo 557 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, puesto que las reglas para la procedencia de la misma nos remite a la legislación local, por lo que es importante atender al contenido de dicho numeral, el cual es del tenor literal siguiente:

Artículo 557. “La libertad provisional bajo caución podrá pedirse en cualquier tiempo por el acusado, por su defensor o por el legítimo representante de aquél.”

Ahora bien, del contenido de dicho precepto legal se desprende quiénes podrán solicitar la libertad provisional, ya que si apuntamos el contenido del numeral 20, apartado "A", fracción I, constitucional, con el contenido del dispositivo antes aludido, podemos desprender que por una parte el indiciado, el procesado o el sentenciado, por ser el sujeto procesal que está más interesado por obtener su libertad, serán quien estará facultado para hacerlo, y por obvias razones además de éste su defensor, ya sea uno que hubiese sido contratado para la prestación de sus servicios profesionales, o en su caso el que le haya sido asignado por el Estado, quien podrá solicitar la libertad provisional de aquél, ya que éste cuenta con los conocimientos jurídicos para su defensa, y en esa tesitura éste de igual forma podrá solicitar la libertad de su defensor. De igual manera, el artículo 557 de la Ley adjetiva penal establece que el legítimo representante del indiciado, procesado o sentenciado también podrá solicitar la libertad provisional de éste, es decir, será toda aquella persona que sea designe para que lo represente, y en nombre de dicha representación, de igual manera también podrá solicitar su libertad provisional.

De lo anteriormente establecido, válidamente podemos establecer que, a diferencia del Código Federal de Procedimientos Penales, en nuestra legislación penal local se encuentra claramente precisado los sujetos procesales que podrán solicitar la libertad provisional, ciñéndolos con ello, y evitando que existan cualquier tipo de irregularidades.

4. 3. 3. Requisitos para el Otorgamiento de la Libertad Provisional.

Para el estudio del presente tópico primeramente debemos atender a los requisitos exigidos por nuestra Carta Magna, establecidos en el artículo 20, apartado "A", fracción I, el cual establece que inmediatamente que el inculpado lo solicite se le deberá otorgar la libertad provisional, pero establece como requisito sine qua non para el otorgamiento de la misma que no se trate de

delitos que, por su gravedad, la Ley expresamente prohíba concederla, aunque como ya lo hemos precisado en capítulos precedentes, para determinar la gravedad de un ilícito es importante remitirse a la Ley adjetiva penal local correspondiente, siendo por ello que para efectos del presente trabajo debemos atender al contenido del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual prevé en el diverso 268, párrafo quinto, que para todos los efectos legales son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años, el cual se desprende de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos, por lo que si el resultado excede de cinco años, entonces dicho ilícito se reputará como grave; es por ello que en el Distrito Federal no podrá otorgarse la libertad provisional cuando se trate de ilícitos cuyo término medio aritmético exceda de cinco años de prisión, tal y como así lo contempla la parte segunda del párrafo en cita.

Por lo que válidamente podemos concluir que el primer requisito de procedencia será que no se trate de un delito grave.

Ahora bien, cabe hacer la siguiente precisión, en tratándose de delitos no graves, la autoridad judicial podrá negar el otorgamiento de la libertad provisional, aunque previa solicitud del Ministerio Público, por alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave; sin embargo, sobre este punto en particular cabe destacar que para que opere esta circunstancia el inculpado debió haber sido procesado con anterioridad por la comisión de un ilícito reputado como grave, y por el mismo debió haber sido considerado penalmente responsable, y habérsele dictado una sentencia de condena, la cual debió haber causado ejecutoria; o

b) Cuando el Ministerio Público aporte elementos a la autoridad judicial para establecer que la libertad del inculpado, procesado o sentenciado representa, ya sea por su conducta precedente, o por las circunstancias y características del delito cometido un riesgo para el ofendido o para la sociedad; aunque para que ello el juzgador deberá valorar los elementos que le aporte el Ministerio Público, y en base a los mismos determinar si es procedente o no la concesión.

Sobre este último tema, cabe destacar que el artículo 556, fracción IV, del Código de Procedimientos Penales establece que para el efecto de establecer el riesgo para el ofendido o para la sociedad, se deberá reputar como conducta precedente y como circunstancias características del delito cometido, según corresponda, lo siguiente:

I. El inculpado haya sido condenado en sentencia ejecutoriada por un delito doloso de la misma naturaleza de que se trate, siempre y cuando no haya transcurrido el término de la prescripción de dicho ilícito;

II. El inculpado esté sujeto a otro u otros procesos penales anteriores por diversos hechos dolosos de la misma naturaleza que ameriten pena privativa de la libertad.

III. El inculpado se haya sustraído con anterioridad a la acción de la justicia, impidiendo con ello la continuidad del proceso;

IV. Exista el riesgo fundado en el supuesto de que se le otorgue la libertad provisional al inculpado de que cometa un delito doloso contra la víctima u ofendido, alguno de los testigos que depongan en su contra, servidores públicos que intervengan en el procedimiento o algún tercero; y

V. El inculpado haya cometido un delito doloso en estado de alteración voluntaria de la conciencia a que se refiere la fracción VII del artículo 138 del Código Penal para el Distrito Federal.

Ahora bien, una vez estudiado lo anterior, podemos concluir que del contenido del artículo 20 constitucional, éste no exige mayor requisito para la procedencia de la libertad provisional que el delito de que se trate no se repute como grave, sin embargo, debido a que el numeral en cita sólo nos proporciona los lineamientos generales para la procedencia de la libertad provisional, en el caso que nos ocupa también debemos atender a los requisitos contemplados en el código procesal penal vigente en el Distrito Federal, por lo que estaremos al contenido del numeral 556 de dicho cuerpo normativo, el cual contempla los siguientes requisitos:

a) Que se garantice el monto estimado de la reparación del daño, este requisito únicamente operará cuando se trate de delitos de resultado material, en virtud de los cuales por su ejecución se haya ocasionado un daño, deterioro, perjuicio, o detrimento, por lo que para el otorgamiento de la libertad provisional, el solicitante deberá cubrir el monto de por concepto de la reparación del daño. Aunque en tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, entonces el monto que deberá cubrirse por concepto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicando las disposiciones correspondientes de la Ley Federal del Trabajo.

b) Que se garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que, en su caso puedan imponerse, sobre este punto en concreto, cabe hacer la siguiente acotación; conforme al artículo 37 del Código Penal para el Distrito Federal, la sanción pecuniaria comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica; sin embargo, por una parte, si atendemos al inciso anterior el mismo contempla que para el otorgamiento de la libertad provisional deberá

garantizarse la reparación del daño, y por otro lado, el inciso que nos ocupa de manera genérica prevé que deberá garantizarse el monto de las penas pecuniarias que puedan imponerse, lo cual implicaría que el legislador estaría redundando sobre un punto, que sería precisamente la garantía de la reparación del daño, pero entendiendo que posiblemente el legislador no contempló que la sanción pecuniaria comprende no solamente la multa y la sanción económica, sino además la reparación del daño, en el presente inciso solamente estaremos a las dos primeras sanciones pecuniarias aludidas, puesto que esta última ya quedó precisada con antelación. Ahora bien, precisado lo anterior, por una parte debemos establecer que si el delito cometido tiene como punibilidad una multa, entonces la autoridad judicial o administrativa establecerá a su libre arbitrio, aunque considerando para ello que se asequible para el solicitante; el monto de la misma; pero cabe destacar que en la práctica las autoridades fijan el monto de la misma tomando como parámetro el punto medio entre el mínimo y el máximo de la punibilidad correspondiente para el o los delitos de que se traten.

Por otra parte, por cuanto hace a la sanción económica, conforme al artículo 52, del Código Penal para el Distrito Federal, esta se aplicará en los delitos cometidos por servidores públicos, a que se refieren los Títulos Décimo Octavo y Vigésimo del Libro Segundo del mismo ordenamiento penal, la cual consistirá en la aplicación de hasta tres tantos del lucro obtenido y de los daños y perjuicios causados, por lo que la autoridad judicial o administrativa, al momento de otorgar la libertad provisional deberá considerar también el monto de éstos, para su garantía.

c) Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de Ley se deriven a su cargo en razón del proceso. Ahora bien, para el otorgamiento de la libertad provisional, además de garantizarse las posibles sanciones pecuniarias, igualmente se deberá exhibir una garantía que asegure

al inculpado, y que lo constriña para el cumplimiento de sus obligaciones que se generan con motivo del procedimiento que se le instruye, tal y como así lo ha sustentado la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Unión, en la Tesis número 2a. CXL/2000, de la Novena Época, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en el Tomo XII, de noviembre de 2000, en la página 355, la cual es del tenor literal siguiente:

- - - "LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PREVISTA EN LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 399 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PROCESALES QUE CONTRAIGA EL SUJETO QUE LA OBTENGA, NO ES CONCLULATORIA DE LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVISTA EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL. La exigencia que impone la fracción III del artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el sentido de que el inculpado podrá obtener su libertad provisional cuando, además de garantizar el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que, en su caso, puedan imponérsele, también otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que, en términos de ley, deriven a su cargo en razón del proceso que se le instruye, no es conculcatoria de la garantía de seguridad jurídica consagrada en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ello es así, en virtud de que el otorgamiento de aquella es una condición que en forma explícita se exigía en el texto original del citado precepto constitucional para la obtención del beneficio de la libertad provisional bajo caución; y no obstante que tal disposición ha sido materia de varias modificaciones, siempre se ha reconocido, aunque sea de manera implícita que, para el otorgamiento del referido beneficio, debe exhibirse una garantía que asegure al inculpado y lo constriña al cumplimiento de sus obligaciones procesales."- - - - -
"Amparo en revisión 601/2000. 13 de septiembre del año 2000. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Pablo Rabanal Arroyo."- - - -
"Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IX, junio de 1999, página 5, tesis P./J. 44/99, de rubro "MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. LA PREVISTA EN LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 269 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE OAXACA, PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PROCESALES QUE CONTRAIGA EL SUJETO QUE OBTENGA LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN, NO ES CONCLULATORIA DE LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVISTA EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL."- - - - -

Cabe destacar que en lo concerniente a este tópico, es decir al otorgamiento de la garantía por concepto de las obligaciones procesales, conforme al artículo 560 del Código de Procedimientos Penales, el monto de la misma, a petición del inculpado o de su defensor podrá reducirse en la proporción que el juzgador considere justa y equitativa, por cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) De acuerdo al tiempo que el procesado lleve privado de su libertad, ello es obvio, puesto que no será lo mismo el monto que se deberá garantizar por este concepto cuando se solicite al inicio de la instrucción del procedimiento, que cuando se esté por concluir éste, como un ejemplo.

b) La disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito, por ejemplo en tratándose del delito de Lesiones, si se causaron unas lesiones que en un principio fueron clasificadas como de aquéllas que ponen en peligro la vida, y que posteriormente las mismas se hayan reclassificado como las que tardan en sanar más de 15 quince días, pero menos de 60 sesenta, el monto de la garantía no será el mismo en un principio en donde las consecuencias del delito cometido era aún más grave, que posteriormente cuando sus consecuencias ya hubieren disminuido.

c) La imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente, aun con pagos parciales, aunque sobre este punto si se llegara a acreditar que para obtener la reducción el inculpado disimuló su insolvencia, o bien, con posterioridad a la reducción de la caución recuperó su capacidad económica para cubrir el monto que inicialmente le fue señalada, de no restituir ésta en el plazo que el Juez señalé para ese efecto, se le revocará la libertad provisional concedida.

d) El buen comportamiento observado en el centro de reclusión de acuerdo con el informe que rinda el Consejo Técnico Interdisciplinario. Sobre este inciso, es obvio que para que ello suceda el procesado tuvo que haber estado privado preventivamente de su libertad, y al solicitar que se le otorgue la misma provisionalmente, requiriendo la disminución por este concepto, podrá acreditar su buen comportamiento con el informe que rinda la autoridad aludida.

e) Otras que racionalmente conduzcan a crear seguridad de que no procurará sustraerse a la acción de la justicia, ello quedará a discrecionalidad de la autoridad judicial.

4. 3. 4. Formas para Garantizar la Libertad Provisional.

Conforme al artículo 561 del código procesal penal la naturaleza de la caución quedará a elección del inculpado, quien al solicitar su libertad provisional manifestará la forma que elegirá para garantizarla, pero en el supuesto de que éste, su representante o su defensor no hicieran algún pronunciamiento al respecto, entonces la autoridad ante quien se esté tramitando la misma, considerando el tiempo que el inculpado lleve privado de su libertad, así como la disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito, la imposibilidad económica demostrada, el buen comportamiento observado, y todas las demás cuestiones que racionalmente conduzcan a crear seguridad de que el inculpado no procurará sustraerse a la acción de la justicia, fijará las cantidades que correspondan a cada una de las formas de la caución, pero sólo en el supuesto de que no se pronuncien los sujetos procesales aludidos, tal y como así lo ha sostenido la Primer Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de la Quinta Época, visible en el Semanario Judicial de la Federación, en el Tomo XLIII, en la página 875, la cual es del tenor literal siguiente:

- - - "LIBERTAD CAUCIONAL EN EL AMPARO. Tanto la Constitución Federal, como el Código Federal de Procedimientos Penales, dejan a elección del inculpado la forma de la caución, y en cuanto a su monto deben tenerse en cuenta los requisitos exigidos por las disposiciones legales respectivas; por eso los Jueces de Distrito, al otorgar la libertad caucional, no pueden fijar precisamente como caución, una suma de dinero en efectivo, pues se dejarían de aplicar, en sus términos, la fracción I del artículo 20 constitucional, y el artículo 403 del Código Federal de Procedimientos Penales."- - - - -
"Queja en amparo penal 343/34. García y García Enrique. 11 de febrero de 1935. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente."- - - - -

Ahora bien, de acuerdo al numeral 562 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal la caución podrá consistir en:

1.- Depósito en Efectivo, que podrá ser realizado en el "Banco Nacional de Servicios Financieros", Sociedad Nacional de Crédito, por el inculpado o bien por terceras personas, la cual expedirá el billete o los billetes de depósito que la autoridad ante quien se deba garantizar la libertad depositará en la caja de valores correspondiente, de lo cual se asentará la razón correspondiente; sin embargo, en el supuesto de que por la cuestión de la hora, o bien porque se trate de un día inhábil, no pueda realizarse el depósito en la institución financiera respectiva, entonces la autoridad ante quien se deba garantizar la libertad recibirá la cantidad exhibida que mandará depositar al siguiente primer día hábil. Pero en el supuesto de que el inculpado no cuente con recursos económicos suficientes para realizar en una sola exhibición el depósito en efectivo, el Juez será el único que estará facultado para autorizar que el inculpado lo realice en parcialidades, pero ciñéndose a los siguientes lineamientos:

a) Que el inculpado pueda acreditar que tiene cuando menos un año de residir en el Distrito Federal o en la zona conurbana;

b) Que demuestre estar desempeñando empleo, profesión u ocupación lícitos que lo provean de un medio de subsistencia;

c) Que el inculpado cuente con fiador personal, que a juicio del Juez, sea solvente e idóneo, quien deberá protestar hacerse cargo de las correspondientes exhibiciones que aquél no realice, aunque el Juez podrá eximirlo de esta obligación, pero como toda resolución judicial, ésta deberá estar debidamente motivada;

d) El monto de la primer exhibición no podrá ser inferior al quince por ciento del monto total de la caución fijada, la cual deberá realizarse antes de que le conceda la libertad; y

e) El inculpado deberá obligarse a efectuar las exhibiciones por los montos y en los plazos fijados por el juzgador.

2.- En Hipoteca, la cual podrá ser otorgada por el inculpado o por terceras personas, sobre inmuebles cuyo valor fiscal no podrá ser menor que el monto de la caución, aunque considerando también para ello la cantidad necesaria para cubrir los gastos para poder hacer efectiva dicha garantía.

3.- En Prenda, en cuyos casos el bien mueble deberá tener un valor de mercado de cuando menos dos veces el monto de la suma fijada como caución.

4.- En Fianza Personal y Bastante, la cual en el supuesto de que exceda del equivalente de cien veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, el fiador deberá comprobar que tiene bienes raíces inscritos en el Registro Público de la Propiedad, cuyo valor no deberá ser menor al monto de la caución, más la cantidad necesaria en el caso de hacer efectiva dicha garantía, además que deberá exhibir certificado de libertad de gravámenes expedido en dicho registro, que comprenderá un término de diez años, y una constancia de que se está al corriente en el pago de las contribuciones respectivas para que con ello el Juez certifique la solvencia económica del fiador. Aunado a que el fiador deberá declarar ante el Juez o ante el tribunal, ello bajo protesta de decir verdad, sobre las fianzas judiciales que con

anterioridad haya otorgado, así como de la cuantía y las circunstancias de las mismas para que dicha declaración sea tomada en cuenta al calificar la solvencia. Sin embargo, estas disposiciones no serán aplicables cuando se trate de afianzadoras legalmente constituidas y autorizadas para ello.

Es importante resaltar que el Reglamento de la Ley de la Defensoría de Oficio del Fuero Común, establece en el Capítulo VI, intitulado “DE LAS FIANZAS DE INTERÉS SOCIAL”, que en los casos en que sean procedentes la Defensoría de Oficio en materia penal gestionará este tipo de fianzas, a fin de que los internos puedan obtener su libertad, aunque para ello deberá de cumplirse con los siguientes requisitos:

- a) Que el interno haya nombrado como su Defensor al de Oficio, puesto que dicho servicio es prestado precisamente por dicha institución;
- b) Que sea de escasos recursos;
- c) Que sea primo delincuente;
- d) Que el monto de la fianza se garantice con bienes muebles o inmuebles que sean propiedad del coobligado; y
- e) Que los datos relacionados con la causa sean ratificados por el Defensor de Oficio adscrito al juzgado de que se trate.

5.- En Fideicomiso de garantía formalmente otorgado.

Por otra parte, una vez que se le notifica al inculpado el auto por virtud del cual se le concede la libertad caucional, se le hará saber que contrae las obligaciones siguientes:

- 1.- Que deberá presentarse ante la autoridad que le haya concedido la garantía aludida cuantas veces sea citado o requerido para ello;
- 2.- Informarle a dicha autoridad los cambios de domicilio que tuviere; y

3.- Presentarse ante la autoridad correspondiente que conozca de su causa un día de cada semana que le sea señalado.

En el mismo auto se deberá asentar constancia de que al inculpado se le hicieron saber las anteriores obligaciones, aunque en caso de omisión, ello no libera al beneficiario de la misma, ni tampoco de las consecuencias que conllevan, ya que la autoridad podrá revocar la libertad provisional cuando a su criterio el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de dichas obligaciones.

Asimismo, el Juez también podrá revocar la libertad concedida cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1.- Cuando desobedeciere, sin causa justa y comprobada, las órdenes legítimas de la autoridad que conozca de su asunto;

2.- En tratándose de que se haya autorizado efectuar el depósito en parcialidades, cuando no se realicen las exhibiciones dentro de los plazos que le hubieren sido señalados;

3.- Cuando fuera sentenciado por un nuevo delito intencional que merezca pena privativa de la libertad, antes de que en la causa en que se le concedió la libertad provisional haya concluido por sentencia ejecutoriada;

4.- Cuando el inculpado haya proferido amenazas contra la parte ofendida o contra algún testigo que haya depuesto en su contra, o tenga que hacerlo;

5.- Cuando tratase de sobornar o cohechar a la parte ofendida, algún testigo que haya depuesto en su contra, o tenga que hacerlo, al Juez, al agente del ministerio público, al secretario del juzgado, o al tribunal que conozca de su asunto;

6.- Cuando así lo solicite el mismo inculpado ante el Juez;

7.- Si durante la instrucción apareciere que el delito o los delitos materia del auto de formal prisión son de los considerados como graves; y

8.- Cuando el proceso instruido en su contra haya causado ejecutoria en sentencia dictada en primera o en segunda instancia.

Asimismo, en el supuesto de que cuando un tercero haya constituido depósito, fianza, hipoteca o fideicomiso para garantizar la libertad de un inculcado, procesado o sentenciado, las órdenes para que éste comparezca se entenderán con aquél, pero si no pudiese presentarlo, el ministerio público, Juez o tribunal podrán concederle un plazo de hasta quince días para que lo haga, ello sin perjuicio, si así lo estimaren, de librar la respectiva orden de reaprehensión, pero si una vez concluido el plazo no lo hiciera, entonces se revocara la libertad provisional.

Debiéndose precisar que previo a que se revoque la libertad provisional del inculcado, procesado o sentenciado se deberá oír al Ministerio Público para que éste manifieste lo que a su derecho convenga, aunque en los casos de incumplimiento grave o de desacato a una orden de la autoridad que la conceda, no es indispensable oír previamente al procesado para que se decrete la revocación de su libertad provisional, aunque para ello deberá de fundar y motivar el auto respectivo los hechos que se estimaron graves y que dieron origen a tal determinación, satisfaciéndose con ello la garantía de legalidad establecida por el artículo 16 de la Constitución General de la República, como así lo ha sostenido la Primer Sala de nuestro máximo tribunal, en la Tesis número 214, de la Octava Época, visible en la página 121, del apéndice de 1995, en el Tomo II, parte SCJN, cuyo título y contenido literal es el siguiente:

- - - "LIBERTAD PROVISIONAL. REVOCACIÓN DE LA. EN LOS CASOS DE GRAVE INCUMPLIMIENTO O DESACATO A UNA ORDEN DEL JUEZ, NO ES INDISPENSABLE OIR PREVIAMENTE AL PROCESADO PARA DECRETAR LA REVOCACIÓN DE LA. Una vez ejercitado, el derecho a la obtención de la

libertad provisional, previsto en la fracción I del artículo 20 de la Ley Fundamental, se convierte en un beneficio cuya permanencia o vigencia está regulada por la Ley adjetiva, dependiendo fundamentalmente de la conducta que observa el procesado, vinculada al proceso. Dados los fines de celeridad y continuidad (que se traducen en la satisfacción de ideal de pronta y eficaz impartición de la justicia), que la sociedad, el Estado y el propio inculpado persiguen en el proceso, el legislador ordinario ha establecido causas de revocación del beneficio, entre las cuales, figura el incumplimiento por parte del procesado a una orden legítima del juez que le ha sido legal y oportunamente notificada. Pero no cualquier incumplimiento puede originar la revocación de la libertad provisional, sino sólo aquellos que sean de tal manera graves que lleven al juez a la convicción de que el procesado intenta evadir la acción de la justicia, sustrayéndose a la autoridad del órgano jurisdiccional; u otros que, por su frecuencia y reiteración, afecten severamente la marcha normal del proceso, retardándolo. Como ejemplo del primero, puede citarse el caso del procesado que no acude al juzgado a firmar el libro de control de reos en libertad provisional durante un lapso prolongado, sin que el juez tenga noticia de su paradero; o el del fiador que es requerido para la presentación del procesado dentro del plazo que para ello se le concede e informa al juez que no obstante haber tratado de localizarlo en reiteradas ocasiones y de haberle dejado recados, no tuvo éxito. Para ilustrar el segundo, sirve el caso del procesado que acude a firmar el mencionado libro, pero que con frecuencia incumple otros mandatos legítimos del juez sin intentar justificar su proceder; por ejemplo, no acude a los careos legalmente decretados. Únicamente causas de esta naturaleza darían lugar a la revocación del beneficio sin audiencia previa del procesado, bastando para fundar y motivar el proveído respectivo que obrara constancia fehaciente en el expediente de los hechos que se estimaron graves y que dieron origen a tal determinación, satisfaciéndose con ello la garantía de legalidad establecida por el artículo 16 de la Constitución General de la República.”- - - - -

“Contradicción de tesis 2/93. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. 14 de febrero de 1994. Unanimidad de cuatro votos.”- - - - -

“NOTA: Tesis 1a./J.2/94, Gaceta número 75, pág. 13; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIII-Marzo, pág. 27.”- - - - -

Sin embargo, una vez que se le haya revocado la libertad provisional del inculpado, procesado o sentenciado se le mandará reaprehender, y salvo que lo solicite el mismo, se hará efectiva la garantía relativa a la reparación del daño a favor de la víctima o del ofendido por la comisión del delito, en tanto que las que versen sobre las sanciones pecuniarias y procesales se harán efectivas a favor del Estado.

Pero en el supuesto de que el sentenciado durante todo el proceso diera cumplimiento a las obligaciones contraídas por concepto de la concesión de su libertad provisional, en el supuesto de que resultara penalmente responsable y se le dictara una sentencia condenatoria, y éste se presentara a cumplir su condena, solamente se harán efectivas las cauciones por concepto de la reparación del daño, a favor de la víctima o el ofendido por la comisión del delito, y por la sanción pecuniaria aplicable, ésta a favor del Estado, puesto que la otorgada para garantizar las obligaciones procesales se le devolverán al sentenciado o a quien éste autorice para recogerlas, o bien en su caso se cancelarán.

Ahora bien, en caso contrario, esto es, en tratándose de que el encausado fuera absuelto de la acusación ministerial o cuando se le dictara auto de libertad o extinción de la acción penal, entonces el ministerio público, el Juez o el tribunal ordenará la devolución de los depósitos o mandará cancelar las garantías.

4. 4. Reforma al Artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Ahora bien, una vez acotado lo anterior cabe precisar que de acuerdo al artículo 20, apartado "A", fracción I, párrafo primero, parte primera, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, la libertad provisional bajo caución procederá siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad las leyes adjetivas penales prohíban conceder dicho beneficio, ya que el numeral aludido literalmente establece:

Artículo 20.- "...
A....

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...”.

De acuerdo con el texto constitucional vigente, se establece que procederá 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, por lo que la Constitución Federal nos remite a las leyes adjetivas locales, toda vez que el Constituyente delegó a ellas la facultad de calificar a los delitos, y de establecer cuáles deberán reputarse como **graves**, por lo que es indispensable atender, para el estudio del presente tema, al contenido del artículo 268, párrafos quinto, sexto y séptimo, del Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal, el cual prevé:

Artículo 268.- “...

Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos.

La tentativa punible de los ilícitos que se mencionan en el párrafo anterior también se considerará delito grave si el término medio aritmético de las dos terceras partes de la pena de prisión que se debiere imponer de haberse consumado el delito excede de cinco años.

Para calcular el término medio aritmético de la pena de prisión se tomarán en consideración las circunstancias modificativas de la penalidad del delito de que se trate”.

Ahora bien, dicho numeral califica como graves aquellos ilícitos cuyo término medio aritmético exceda de cinco años, es decir, aquéllos cuya suma de punibilidades mínima y máxima de la pena de prisión del delito de que se trate, al dividirla entre dos, exceda de cinco años. Asimismo, cabe destacar que antes de las reformas de mil novecientos ochenta y cinco el Constituyente calificaba como delitos no graves aquéllos que merecieran ser sancionados con

pena cuyo término medio aritmético no fuere mayor a cinco años de prisión, incluyendo para ello sus modalidades; sin embargo, en el texto constitucional vigente no se establece lo anterior, puesto que, como ya lo precisamos, dicha situación se delega en las legislaturas locales, o en su caso federal para que en los códigos procesales penales se precise todo lo relativo a la materia, siendo por esa razón que nuestro código adjetivo penal además de calificar qué delitos serán considerados como graves, establece que tratándose de tentativa punible de los ilícitos, éstos también se consideraran como graves si las dos terceras partes de la punibilidad mínima y máxima, que se debiere imponer de haberse consumado el delito, al ser sumada, y dividida entre dos excede de cinco años. Y por otra parte se prevé que para efectos de calcular el término medio aritmético de la pena de prisión se tomaran en consideración las circunstancias modificativas o calificativas de la penalidad del delito de que se trate.

Es por ello mismo que si a un sujeto durante la averiguación previa o la instrucción se le instruye un procedimiento penal en el Distrito Federal por un delito reputado como grave, éste no podrá gozar de su libertad provisional bajo caución durante la etapa de la averiguación previa, así como en la preinstrucción, y aún en el desarrollo del proceso, y estará privado preventivamente de la misma, en lo que se resuelve su situación jurídica. Ahora bien, en tratándose de la instrucción, será hasta que el Juez pronuncie una sentencia definitiva, entendiéndose por ésta como la resolución dictada por la autoridad judicial que pone fin al procedimiento de fondo, a través de la cual se actualiza o no la acción penal, el encausado estará privado de su libertad ambulatoria, y si bien es cierto el texto constitucional prevé que: “inmediatamente que lo solicite (encausado) se le deberá otorgar su libertad provisional bajo caución”, ello no podrá ocurrir porque conforme a la Ley adjetiva penal el ilícito por el que se le instruyó proceso es calificado como grave.

Ahora bien, nos encontramos ante dos supuestos, el primero de ellos se refiere a que si la autoridad judicial considerara que la acusación ministerial no fue procedente, entonces al acusado se le dictaría una sentencia definitiva absolutoria, por lo que se ordenaría su inmediata y absoluta libertad, pero en el supuesto de que la autoridad judicial dictara una resolución concluyendo que se encuentra acreditado el cuerpo del delito, así como la responsabilidad penal del acusado, entonces estaríamos ante una sentencia condenatoria, y continuaría privado de su libertad. Pero para ello al momento en que el juzgador imponga las sanciones correspondientes por el o los delitos cometidos deberá considerar la política criminal preponderante del Estado, así como el grado de culpabilidad del delincuente, y sus peculiaridades, para poder precisar dentro de los parámetros de punibilidad el grado de culpabilidad que le corresponda a éste, e inclusive como el juzgador tiene una mayor cercanía con encausado durante el desarrollo del procedimiento que se le instaure, por eso mismo tiene mayores posibilidades de conocerlo y precisar con mayor exactitud su grado de culpabilidad en la ejecución del ilícito por el que lo consideró penalmente responsable, aunado a que además cuenta con los elementos técnicos que le autoriza la Ley, como lo son los correspondientes dictámenes periciales tendientes a conocer su personalidad para poder determinarlo, siendo toda esas circunstancias las que auxilian al juzgador para poder determinar su grado de culpabilidad, e imponerle las penas correspondientes.

Pero debido a que al dictarse una sentencia condenatoria ésta puede ser materia de apelación, es decir, que las partes pueden inconformarse con su contenido por considerar que el mismo les causa agravios, puesto que conforme a la fracción I del artículo 418 del Código de Procedimientos Penales serán apelables las sentencias definitivas, incluyendo aquéllas que se pronuncien en los procesos sumarios, por lo que las partes legitimadas para ello podrán interponer el recurso de apelación, siendo preciso destacar que lo

estarán aquéllas que prevea el numeral 417 de la Ley adjetiva penal en comento, el cual es del tenor literal siguiente:

Artículo 417.- "Tendrán derecho de apelar:

I El Ministerio Público;

II El acusado y su defensor;

III El ofendido o sus legítimos representantes, cuando aquél o éstos coadyuven en la acción reparadora y sólo en lo relativo a ésta."

Cabe destacar que respecto del recurso de apelación contra sentencias definitivas rigen dos principios a favor del sentenciado, los cuales son la "non reformatio in peius" y la suplencia en la deficiencia en la expresión de agravios.

El primero de ellos, como ya se estableció en el cuerpo de la presente investigación, se refiere a que el tribunal de apelación no podrá agravar o empeorar la situación del acusado, siempre y cuando la parte o partes procesales apelantes sean éste, o bien su defensor, ya que se supone que la intención de ambos al interponer el recurso de apelación es mejorar la situación jurídica del sentenciado, y no originarle un perjuicio, tal y como así se prevé en el artículo 427 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual expresamente dispone:

Artículo 427.- "La Sala al pronunciar su sentencia, tendrá las mismas facultades que el Tribunal de Primera Instancia; pero si sólo hubiese apelado el reo o su defensor, no podrá aumentarse la Pena impuesta en la sentencia apelada."

Por otro lado, y respecto al segundo de los principios, es decir, el de la suplencia de la deficiencia en la expresión de agravios formulados por el sentenciado o su defensor, este se refiere a que el Tribunal de Alzada solamente deberá resolver sobre los agravios que exprese la parte procesal apelante; sin embargo, la sala podrá suplir la deficiencia que aprecie en la expresión de los mismos, cuando el recurrente sea el sentenciado, o bien

cuando se desprenda que su defensor no hizo valer debidamente las violaciones causadas en la resolución recurrida. Por lo que si el sentenciado o su defensor apelaran una sentencia condenatoria, la Ad quem que conozca de dicho recurso deberá acatar los principios de que se hablan.

Ahora bien, hasta este momento hemos establecido que respecto de los delitos graves no procede la libertad provisional bajo caución, por lo que a pesar de que al sentenciado se le haya impuesto una pena privativa de la libertad que no exceda del término medio aritmético de cinco años, si el ilícito previera como parámetros de punibilidad cuyo término medio aritmético excediera de cinco años, entonces, por ese solo hecho continuaría siendo grave, puesto que lo que se debe de considerar es el parámetro de la pena a aplicar y no a la pena de prisión impuesta, tal y como así lo han sostenido diversos tribunales de Distrito en Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal, y sobre el particular se ejemplifica con el Juicio de Amparo 1314/2005-IV, pronunciado el seis de julio de dos mil cinco, por el Juzgado Quinto de Distrito "B" de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal, en el que sobre el particular resolvió:

"Ahora, aun cuando al quejoso se le haya impuesto una pena de prisión de cinco años de prisión (sic), con lo cual no excede del término fijado por la Ley para la procedencia de la libertad caucional, tal criterio no es aplicable puesto que no está previsto por la norma.

A este respecto, debe aclararse que es verdad que mientras dure el proceso penal, el encausado tiene una situación jurídica provisional, la cual cambia al dictarse la sentencia, para volverse una situación definitiva, y en esos términos, la pena aplicable durante el proceso es en medida abstracta, que se concretiza al emitirse la sentencia, considerando las particularidades del delito y del propio delincuente.

Sin embargo, la Ley impone que para la concesión del beneficio en estudio, no debe atenderse a condiciones subjetivas, es decir, no debe tomarse en cuenta si la pena de prisión impuesta al sentenciado excede o no del término de cinco años, pues el criterio contenido en la norma es que tal beneficio no es procedente cuando el delito es de los considerados como graves, debiéndose también aclarar que tal calificativo no es determinado por el juzgador, sino por

la Ley misma, por lo que no queda a criterio de éste la calificación de la gravedad del delito.

En tal tesitura, el interés perseguido por la Ley es prohibir que los procesados o sentenciados, en su caso, obtengan la libertad caucional cuando el delito cometido sea de los que afecten gravemente intereses de la sociedad o sus valores fundamentales, sin consideración de las circunstancias personales y de la forma de comisión del ilícito, sino más bien del tipo de delito cometido.

Así pues, resulta intrascendente las circunstancias personales del sentenciado como su grado de culpabilidad, su personalidad destacada, dado que lo realmente importante es qué delito cometió y si éste es grave o no según la Ley...”

Criterio que no solamente es compartido por diversos Juzgados de Distrito, sino también en vía de revisión por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, el cual ha sostenido en la Tesis número I.5o.P.1 P, de la Novena Época, visible en la página 767, del Tomo XII, de septiembre de 2000, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, lo siguiente:

- - - “LIBERTAD CAUCIONAL. ES IMPROCEDENTE SU CONCESIÓN, RESPECTO DE LOS DELITOS CONSIDERADOS COMO GRAVES, AUN TRATÁNDOSE DE SENTENCIADOS. Si el quejoso promueve demanda de amparo directo contra una sentencia en la que la Sala responsable le impuso una pena de prisión, menor de cinco años, y solicita la libertad provisional bajo caución, con apoyo en los artículos 20, fracción I, constitucional y 268, fracción III, párrafo quinto, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al argumentar que la pena impuesta no rebasa el término de cinco años de prisión establecido por la Ley para conceder dicho beneficio, su concesión resulta improcedente, porque el parámetro establecido por el artículo 268, fracción III, párrafo quinto, del código adjetivo invocado, para determinar si un delito es grave o no, es abstracto y genérico, es decir, se refiere a una sanción que no ha sido aplicada a un caso concreto. En el texto actual de dicho numeral, el legislador abandona el listado específico de los delitos considerados como graves y vuelve a la fórmula del término medio aritmético de cinco años, para determinar cuáles son, pero respecto al parámetro de la pena a aplicar y no a la pena de prisión impuesta, por lo que aun cuando ésta no sea mayor a cinco años, el delito sigue siendo grave frente a otros que no lo son, requisito que antes no contemplaba la Ley y que impide la procedencia de la libertad caucional, habida cuenta de que lo que cambia es la situación jurídica del procesado, pero el ilícito no pierde su característica de "grave", pues para ello

sería menester que el propio legislador suprimiera ese término tanto en el citado precepto constitucional, como en el del código adjetivo vigente.”- - - - -
“Queja 55/2000. 25 de mayo de 2000. Mayoría de votos. Disidente y ponente: Carlos Hugo Luna Ramos. Secretaria: Miriam Sonia Saucedo Estrella.”- - - - -

Por lo que si bien es cierto que la libertad provisional bajo caución deberá otorgarse en cualquier etapa del procedimiento, puesto que el artículo 20, apartado A, fracción I, parte primera, de nuestra Constitución Federal, prevé: “inmediatamente que lo solicite (inculcado, procesado o sentenciado), el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución..”, esto es, que la misma puede solicitarse y otorgarse durante el curso del procedimiento sea desde la averiguación previa, así como en primera o segunda instancias, es decir, antes del dictado de la sentencia definitiva ejecutoriada, también lo es que como ya quedó precisado no procede respecto de los delitos reputados como graves no obstante que al acusado se le haya impuesto una pena que no exceda de cinco años de prisión.

Sin embargo, si consideramos que en el supuesto de que el Juez de primera instancia dictara una sentencia condenatoria por la comisión de un delito calificado por el código procesal penal vigente en el Distrito Federal como grave, en la que le impusiera al acusado una pena privativa de la libertad hasta de cinco años, y si dicha resolución solamente le originara un perjuicio al sentenciado, en virtud del cual éste o su defensor, por así estar legitimados, interpusieran el recurso de apelación respecto de dicha determinación, sin que así lo hiciera el Agente del Ministerio Público, independientemente de que el término medio aritmético de la punibilidad establecida para el delito de que se trate, sea superior al señalado por el párrafo quinto del artículo 268 de la Ley adjetiva penal, debemos considerar que desde nuestro punto de vista el sentenciado tiene derecho a disfrutar del beneficio de la libertad provisional bajo caución mientras se tramita y resuelve ese recurso. No obstante que ello no lo permitiría una interpretación gramatical del citado precepto constitucional ni de las disposiciones

secundarias que a ello se refieren, dado que a pesar que exista una sentencia que está imponiendo al enjuiciado una pena de prisión inferior a cinco años, lo cierto es que, literalmente, el "término medio aritmético" de la pena aplicable al delito de que se trate sigue siendo superior a cinco años de prisión; pero esto obedece a que en la sentencia impugnada ya se ha hecho una individualización de la pena y la sanción impuesta ya no se podrá incrementar al no existir apelación por parte del Ministerio Público. Es por ello que debe decirse que la individualización de la pena realizada por el juzgador A quo bien o mal formulada, produce sus efectos en tanto no sea revocada o modificada por quien legalmente puede hacerlo como consecuencia de la interposición de los recursos correspondientes pues, mientras no exista sentencia ejecutoriada para no conceder el beneficio de la libertad caucional, sería tanto como ir contra el principio constitucional que establece el beneficio de la libertad en favor de los acusados para evitar que sufran una prisión indebida, máxime que, aún en el caso, existe la posibilidad de que a través del fallo de segunda instancia, o de una sentencia de amparo, llegue a reconocerse la inculpabilidad del sentenciado. E inclusive el criterio para conceder o negar la libertad provisional en segunda instancia no ha sido homologado en nuestros tribunales, puesto que si bien es cierto en la mayoría de las Salas Penales del Tribunal superior de Justicia del Distrito Federal, en el supuesto que se alude, niegan la concesión de la libertad provisional bajo caución, también lo es que existen otras que sí conceden en esa misma situación dicha garantía.

Es por ello que consideramos que es absurdo que no se le conceda al sentenciado su libertad provisional en el supuesto de que éste hubiera sido considerado como primo delinciente, es decir, que con anterioridad no hubiese sido sentenciado ejecutoriado por la comisión de otro delito, y que se le hubiera impuesto una sentencia condenatoria cuya pena de prisión hubiera sido hasta de cinco años, puesto que si tomamos en cuenta que respecto del recurso de apelación operan entre otro, el principio de "non reformatio in peius", es decir,

que no podrá agravarse la situación jurídica del sentenciado, y que los efectos de la apelación son que la resolución de primera instancia sea confirmada, modificada o revocada, y que si fuera modificada ésta nunca sería en perjuicio del sentenciado, por lo que ante tales situaciones resulta del todo ilógico que no proceda concedérsele al sentenciado la libertad provisional bajo caución en segunda instancia, ya que a pesar de ello al dictarse la ejecutoria correspondiente con un muy amplio margen de posibilidad puede obtener su libertad a través de un sustitutivo o del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de las penas, por lo que es burdo que se le esté reteniendo en prisión, cuando que al otorgársele provisionalmente su libertad puede propiciarse su inserción a la sociedad, o al menos evitar su contaminación. Aunado a que si destacamos que nuestro máximo tribunal por ejecutoria de la Quinta Época, que corresponde al texto constitucional que fue vigente hasta antes de las reformas realizadas a nuestra Constitución Federal en mil novecientos noventa y tres, en la que se establecía que todo procesado por delito que mereciere pena corporal debía ser sometido a prisión preventiva, con la sola excepción de aquéllos a quienes se imputase delito sancionado con pena cuyo término medio aritmético no fuese mayor de cinco años de prisión, con motivo de la reforma la regla era que todo procesado tenía derecho a la libertad, con excepción de aquéllos casos en que la Ley prohiba expresamente conceder este beneficio, en virtud de la gravedad del delito imputado, siendo a partir de dicha reforma en la que se delegó a las leyes adjetivas penales que éstas calificaran cuáles delitos serían considerados como graves, y en la actualidad nuestro código procesal penal que nos rige determina la gravedad del delito bajo la antigua fórmula que establecía nuestra Constitución, es decir, conforme al término medio aritmético, es por ello que las regla aplicables en esa época, actualmente pueden ser aplicables, puesto que no es dable olvidarse que esto último es lo que más le favorece a los sentenciados, tal y como así lo sostuvo la Primera Sala, en la tesis de la Quinta Época, visible en el

Semanario Judicial de la Federación, en el Tomo XCIX, en la página 636, la cual es del título y contenido literal siguiente:

- - - “LIBERTAD CAUCIONAL, PROCEDENCIA DE LA, EN SEGUNDA INSTANCIA. Independientemente de que el término medio aritmético de la pena que corresponde al delito incriminado, exceda del límite señalado por la fracción I del artículo 20 constitucional para la procedencia de la libertad provisional bajo caución, si la sentencia recurrida en apelación sólo por el reo, le impone una pena que no excede de cinco años, es procedente su libertad bajo fianza, misma que debe concederle el juzgador de segundo grado, porque para ello tiene jurisdicción.”-----
“Amparo penal en revisión 8397/48. Vázquez Raymundo M. 2 de febrero de 1949. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.”-----

4. 4. 1. Propuesta de Reforma al Artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Por lo que la sustentante propone que el criterio de que se habla se homologue a nivel judicial, y para ello es necesario que se adicione al artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal un párrafo, para quedar como sigue:

“Artículo 556.
I....
II...
III...
IV...

“Podrá otorgarse al encausado la libertad provisional bajo caución en segunda instancia, no obstante que el delito por el que se le hubiere instruido el proceso sea considerado por este ordenamiento legal como grave, siempre y cuando al acusado se le hubiere dictado una sentencia condenatoria en la que se le imponga una pena de prisión que no exceda de cinco años, que únicamente el sentenciado o su defensor apelen dicha resolución, que aquél tenga el carácter de primo delincuyente, y que no haya temor de que se sustraiga a la acción de la justicia.”

CONCLUSIONES

PRIMERA. La prisión en nuestro país puede ser considerada como una pena o como una medida cautelar de aseguramiento, y en este caso estaremos hablando de la prisión preventiva que el encausado sufrirá durante el procedimiento penal en cualquiera de sus etapas.

SEGUNDA. La libertad provisional bajo caución es una garantía consagrada en el artículo 20, apartado "A", fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece como requisito sine qua non para el otorgamiento de dicha garantía que no se trate de delitos que por su gravedad los códigos adjetivos penales lo prohíban.

TERCERA. El Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal reputa como graves aquéllos delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años, el cual se desprende de sumar los márgenes de punibilidad mínimo y máximo del delito de que se trate y dividirlo entre dos, por lo que respecto de dichos ilícitos no procede la libertad provisional bajo caución.

CUARTA. La libertad provisional bajo caución podrá solicitarse en cualquier momento del procedimiento penal, esto es, desde que se inicia la averiguación previa, hasta antes de que cause ejecutoria la sentencia definitiva que resuelva el procedimiento.

QUINTA. Si el juzgador determina considerar penalmente responsable a un sujeto, al momento de individualizar la pena, para determinar dentro de los márgenes de punibilidad establecidos en la Ley el grado de culpabilidad de un sujeto, deberá considerar la política criminal preponderante, así como las

circunstancias exteriores de ejecución del delito, y las peculiaridades del delincuente.

SEXTA. En nuestro país se tiene como base el criterio de culpabilidad del autor del delito, el cual fundamenta a la individualización de la pena; y que por ende ha sido rebasado el anterior criterio de la peligrosidad del sujeto activo; sin embargo, la autoridad judicial no solamente deberá considerar el acontecimiento ilícito, sino además todas aquellas circunstancias que implicaban la libertad de actuar del sujeto activo, y las circunstancias que hubiera podido serle exigible una conducta diversa a la realizada, siendo por ello mismo que se deben tomar en cuenta los antecedentes penales del acusado puesto que con ello se puede verificar si ha operado la prevención especial.

SÉPTIMA. Conforme al artículo 418 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal las sentencias definitivas son susceptibles de ser apelables, incluyendo aquéllas que se pronuncien en los procesos sumarios, entendiéndose por “definitivas” aquellas resoluciones que deciden y ponen fin de fondo al procedimiento.

OCTAVA. Las sentencias pronunciadas en procedimientos penales pueden ser apeladas por el sentenciado, su defensor, el Ministerio Público; o bien, por el ofendido o sus legítimos representantes, cuando aquél o éstos coadyuven en la acción reparadora y sólo en lo relativo a ésta, cuando se considere que el contenido de la misma les causa agravios.

NOVENA. Tratándose de la apelación respecto de sentencias que dan por terminado un procedimiento penal, rigen dos principios a favor del acusado, los cuales son la "non reformatio in peius" y la suplencia en la deficiencia en la expresión de agravios.

DÉCIMA. Si solamente apelara el acusado o su defensor una sentencia definitiva por considerar que ésta le causa agravios al primero de los mencionados, la autoridad de segunda instancia no está facultada para agravar la situación de dicho sentenciado.

DÉCIMA PRIMERA. En el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal no existe un criterio uniforme entre las Salas Penales respecto de negar o conceder la libertad provisional bajo caución mientras se sustancia el recurso de apelación, cuando solamente el sentenciado o su defensor hubieren apelado una sentencia condenatoria en la que al primero de los mencionados se le hubiere condenado a una pena de prisión hasta de cinco años.

DÉCIMA SEGUNDA. No existe razón alguna para negarse la libertad provisional bajo caución en segunda instancia, a un sujeto que ha sido considerado penalmente responsable, cuando de acuerdo a las circunstancias exteriores de ejecución del delito y las peculiaridades del delincuente, entre ellas, que éste sea primo delincuente; que se le haya impuesto una pena de prisión hasta de cinco años, y que únicamente éste o su defensor apelaran la sentencia definitiva, por considerar que dicha resolución le causa agravios a aquél, si así lo solicitara el encausado durante la tramitación del recurso aludido deberá concedérsele su libertad provisional bajo caución para que pueda reincorporarse a la sociedad y a su núcleo familiar, en tanto se resuelve el recurso de apelación interpuesto, ello debido a que el Tribunal de Alzada no podrá agravar su situación.

DÉCIMO TERCERA. Se propone a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal que se adicione al contenido del artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal un párrafo, en el que quede asentado que podrá otorgarse al encausado la libertad provisional bajo caución en segunda instancia, no obstante que el delito por el que se le hubiere

instruido el proceso sea considerado por este ordenamiento legal como grave, siempre y cuando al acusado se le hubiere dictado una sentencia condenatoria en la que se le imponga una pena de prisión que no exceda de cinco años, que únicamente el sentenciado o su defensor apelen dicha resolución, que aquél tenga el carácter de primo delinciente, y que no haya temor de que se sustraiga a la acción de la justicia.

PROPUESTA

Después de haber analizado a profundidad nuestro tema de investigación válidamente podemos sostener que deberá concederse la libertad provisional bajo caución al sentenciado en segunda instancia cuando éste, o su defensor consideren que al primero de ellos le causa agravios una sentencia condenatoria por la comisión de un ilícito calificado por la Ley adjetiva penal como grave, en la que se le haya impuesto una pena que no exceda de cinco años de prisión, siempre y cuando éste tenga el carácter de primo delincuente, es decir, que con anterioridad no hubiese sido sentenciado ejecutoriado en la comisión de otro delito.

Ello si tomamos en cuenta que respecto del recurso de apelación operan entre otro, el principio de "non reformatio in peius", es decir, que no podrá agravarse la situación jurídica del sentenciado, y que los efectos de la apelación son que la resolución de primera instancia sea confirmada, modificada o revocada, y que si ésta fuera modificada nunca sería en perjuicio del sentenciado, es por ese motivo que el sentenciado tiene derecho a disfrutar del beneficio de la libertad provisional bajo caución mientras se tramita y resuelve ese recurso.

Lo que obedece a que en la sentencia impugnada ya se ha hecho una individualización de la pena y la sanción impuesta y que no podrá incrementarse al no existir apelación por parte del Ministerio Público, además que la individualización de la pena realizada por el juzgador A quo, bien o mal formulada, produce sus efectos en tanto no sea revocada o modificada por quien legalmente puede hacerlo como consecuencia de la interposición de los recursos correspondientes pues, mientras no exista sentencia ejecutoriada para no conceder el beneficio de la libertad caucional, sería tanto como ir contra el

principio constitucional que establece el beneficio de la libertad en favor de los acusados para evitar que sufran una prisión indebida.

Máxime que, aún en el caso, existe la posibilidad de que a través del fallo de segunda instancia, o de una sentencia de amparo, llegue a reconocerse la inculpabilidad del sentenciado. Por lo que es absurdo que se le esté reteniendo al sentenciado en prisión, cuando que al otorgársele provisionalmente su libertad puede propiciarse su inserción a la sociedad, o al menos evitar su contaminación.

Por lo que la sustentante propone que se adicione un párrafo al artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para quedar de la siguiente manera:

“Artículo 556.

I....

II...

III...

IV...

“Podrá otorgarse al encausado la libertad provisional bajo caución en segunda instancia, no obstante que el delito por el que se le hubiere instruido el proceso sea considerado por este ordenamiento legal como grave, siempre y cuando al acusado se le hubiere dictado una sentencia condenatoria en la que se le imponga una pena de prisión que no exceda de cinco años, que únicamente el sentenciado o su defensor apelen dicha resolución, que aquél tenga el carácter de primo delinciente, y que no haya temor de que se sustraiga a la acción de la justicia”.

B I B L I O G R A F Í A

1. ARELLANO GARCÍA, Carlos. **Práctica Forense del Juicio de Amparo**, 14ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001.
2. ARILLA BAS, Fernando. **El Procedimiento Penal en México**, 22ª ed., Ed. Porrúa, México, 2003.
3. BECERRA BAUTISTA, José. **El Proceso Civil en México**, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999.
4. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. **El Juicio de Amparo**, 27ª ed., Ed. Porrúa, México, 1990.
5. CARNELUTTI, Francesco. Tr. y comp. Enrique Figueroa Alfonso. **Derecho Procesal Civil y Penal**, Colección Clásicos del Derecho, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1994.
6. CARRARA, Francesco. Tr. José J. Ortega Torres. et all. **Programa de Derecho Criminal, Parte General**, Volumen I, Ed. Temis, Colombia, 1988.
7. CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General**, 24ª ed., Ed. Porrúa, México, 1987.
8. CHIOVENDA, Giuseppe. Tr. E. Gómez Orbaneja. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**, Volumen 3, Editorial Jurídica Universitaria, España-México, 2001.

9. COBO DEL ROSAL, Manuel. et all. **Derecho Penal, Parte General**, 5ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, España, 1999.
10. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. **Derecho Mexicano de Procedimientos Penales**, 15ª ed., Ed. Porrúa, México.
11. COUTURE, J. Eduardo. **Fundamentos de Derecho Procesal Civil**, 16 reimpr., Ed. Depalma, Argentina, 1990.
12. CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal, Parte General**, Tomo I, Volumen Segundo, 18ª ed., Ed. Bosch, España, 1981.
13. DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis. **Justicia Penal y Derechos Humanos**, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998.
14. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **Prevención General e Individualización de la Pena**, Ediciones de Universidad de Salamanca, España, 1999.
15. DORANTES TAMAYO, Luis. **Elementos de La Teoría General del Proceso**, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1986.
16. FROCHAM IBAÑEZ, Manuel M. **Tratado de los Recursos en el Proceso Civil**, Ed. Impresora, Argentina, 1969.
17. GARCÍA ANDRADE, Irma. **El Sistema Penitenciario Mexicano “Retos y Perspectivas”**, Ed. Sista, México, 2001,
18. GÓMEZ DE LLANO GONZÁLEZ, Fernando. **El Proceso Penal “Tratamiento Jurisprudencial”**, 5ª ed., Ed. Forum, España, 1997.

19. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. **Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano**, 9ª ed., Ed. Porrúa, México, 1988.
20. HERNÁNDEZ, Octavio Antonio. **Curso de Amparo "Instituciones Fundamentales"**, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1983.
21. HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. **El Proceso Penal Mexicano**, Ed. Porrúa, México, 2002.
22. HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. **Los Recursos Ordinarios en el Proceso Penal**, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001.
23. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Principios de Derecho Penal: La Ley y El Delito**, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1990.
24. MALO CAMACHO, Gustavo. **Derecho Penal Mexicano "Teoría General de la Ley Penal. Teoría General del Delito. Teoría de la Culpabilidad y El Sujeto Responsable. Teoría de la Pena"**, Ed. Porrúa, México, 1997.
25. MANREZA Y NAVARRO, José María. **Ley de Enjuiciamiento Civil**, Tomo II, Imprenta de la Revista de la Legislación, España, 1983.
26. MARQUEZ PIÑERO, Rafael. **Derecho Penal, Parte General**, Ed. Trillas, México, 1986.
27. OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. **Derecho Punitivo "Teoría Sobre Las Consecuencias Jurídicas del Delito"**, Ed. Trillas, México, 1993.

28. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. **Curso de Derecho Penal, Parte General**, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001.
29. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. **La Individualización de la Pena de Prisión**, Ed. Porrúa, México, 2003.
30. OVALLE FAVELA, José. **Derecho Procesal Civil**, 7ª ed., Ed. Harla, México, 1995.
31. PALLARES, Eduardo. **Derecho Procesal Civil**, 10ª ed., Ed. Porrúa, México, 1986.
32. PÉREZ, Luis Carlos. **Tratado de Derecho Penal**, Tomo I., Ed. Temis, Colombia, 1967.
33. RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. **Penología “Estudio de Las Diversas Penas y Medidas de Seguridad”**, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000.
34. RIVERA SILVA, Manuel. **El Procedimiento Penal**, 22ª ed., Ed. Porrúa, México, 1993.
35. ROCCO, Hugo. **Teoría General del Proceso Civil**, Ed. Porrúa, 1959.
36. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. **La Detención Preventiva y Los Derechos Humanos**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1981.
37. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Penología**, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000.

38. VILLALOBOS, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano, Parte General**, 5ª ed., Ed. Porrúa, México, 1990.

39. ZAVALETA, Arturo J. **La Prisión Preventiva y La Libertad Provisoria**, Ed. Arayú, Argentina, 1954.

L E G I S L A C I Ó N

1. **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**. Editores Mexicanos Unidos, México, 2005.
2. **CÓDIGO PENAL FEDERAL**. Ed. Sista, México, 2005.
3. **CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**. Ed. Sista, México, 2005.
4. **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL**. Ed. Sista, México, 2005.
5. **LEY DE LA DEFENSORÍA DE OFICIO DEL DISTRITO FEDERAL**. Ed. Sista, México, 2005.
6. **LEY DE EJECUCIÓN DE SANCIONES PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL**. Ed. Sista, México, 2005.
7. **LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL**. Ed. Sista, México, 2005.

H E M E R O G R A F Í A

1. **CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL COMENTADO** por DÍAZ DE LEÓN, Marco. 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2002.
2. **DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL**. Cabanellas de Torres, Guillermo, 13ª ed., Ed. Heliasta, Argentina, 1998.
3. **CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, COMENTARIOS A LA LEY PENAL** por HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. et all. Ediciones INCIJA, México, 2002.
4. **INDIVIDUALIZACIÓN LEGISLATIVA PENAL**. Revista Mexicana de Justicia, Número 2, Volumen III, Abril-Junio, 1985, publicada por la Procuraduría General de Justicia.
5. **LAS ESCUELAS PENALES “CAPÍTULO MÉXICO”**. Fundación Internacional para la Educación y la Cultura, Grupo Editorial Universitario, México, 2001.
6. **ESTUDIOS CONSTITUCIONALES**. Volumen 6, Serie C, Segunda Serie, Ed. Jus, Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho.
7. **LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA REACCIÓN PENAL**. Revista Mexicana de Justicia, Número 2, Volumen III, Abril-Junio 1985.
8. **NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA**. Tomo VI, Ed. Francisco Seix, España, 1985.

MULTIMEDIA

1. **DICCIONARIO JURÍDICO 2000 DESARROLLO JURÍDICO**. todos los Derechos Reservados DJ2K-800, Copyright, 2000.
2. **DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA 2004**. Biblioteca de Consulta Microsoft® Microsoft Corporation.

PÁGINAS ELÉCTRONICAS

1. **www.scjn.gob.mx**
2. **www.tsjdf.gob.mx**
3. **www.camaradediputados.gob.mx**
4. **www.juridicas.unam.mx**
5. **www.senado.gob.mx**
6. **www.yahoo.gob.mx**
7. **www.google.gob.mx**