

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO E
INVESTIGACIÓN

“LA NECESIDAD DE INCREMENTAR EL TERMINO MEDIO ARITMÉTICO DE
CINCO A DIEZ AÑOS PARA ALCANZAR LA LIBERTAD CAUCIONAL
ARTICULO 286 DEL C.P.P PARA EL D.F.”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO,

PRESENTA:

SEBASTIÁN FERNANDO MIRANDA ESPINOZA

TUTOR: DR. ELÍAS POLANCO BRAGA

SAN JUAN DE ARAGÓN AGOSTO 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas

Tesis Digitales

Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

“Nosotros tenemos

que ser el cambio

que queremos ver

en el mundo”

Mahatma Gandhi

DEDICATORIAS

GRACIAS A DIOS

Por permitirme alcanzar una nueva etapa de mi vida profesional

A MI ALMA MATER

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA

DE MEXICO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO E INVESTIGACIÓN
Y FACULTAD DE ESTUDIOS
SUPERIORES ARAGON

Por

Brindarme la oportunidad de prepararme
bajo la dirección de profesores altamente calificados
y capaces para cumplir con esa noble tarea.
a todos los que participaron en el presente
trabajo.

GRACIAS CON INFINITA GRATITUD

A MIS PADRES Y SUEGRO

In memoriam

Dedico el presente trabajo
a quienes desde el cielo seguro estoy
continúan enviándome bendiciones que
influyen y me dan el valor de luchar
con perseverancia

Amelia Espinoza González

Adolfo Miranda Hernández

Gabriel Pérez Castro

A mi adorable esposa

LUZ DEL CARMEN PÉREZ SÁNCHEZ

(LUCERO)

Por todo su amor

paciencia, comprensión y tiempo, dedicado a la presente obra.

(GRACIAS POR ESPERAR)

A mi segunda madre OLAGA SANCHEZ VDA.

DE PEREZ, por su apoyo familiar gracias.

a

Mis hijos

LINDA NALLELY MIRANDA PEREZ

Y ANGEL EMANUEL MIRANDA PEREZ

A mi hija y nieto a quienes adoro esperando sirva de estímulo este esfuerzo.

TABLA DE CONTENIDO

PORTADA Y EPÍGRAFE	1-2
PENSAMIENTO Y AGRADECIMIENTOS	2-3
TABLA DE CONTENIDO	4
INDICE	5-10
PROLOGO	11-12
INTRODUCCIÓN	13-17
ABREVIATURAS UTILIZADAS	292

CAPITULO PRIMERO
ANTECEDENTES DE LA LIBERTAD CAUCIONAL EN MEXICO

	PAG(S)
1. Antecedentes de la libertad caucional en México	18
1.1 Breve historia de la Libertad Provisional	19
1.1.1 La Constitución de 1824	20
1.1.2 Las Siete Leyes Constitucionales de 1836	22
1.1.3 Acta de Reforma de 1847	24
1.1.4 Decreto del 28 de agosto de 1846	25
1.1.5 La Constitución de 1857	25
1.1.6 Las Leyes de Reforma e incorporación a la Constitución 1873	28
1.1.7 La Constitución de 1917	33
1.2. Breve estudio Artículo 20 Constitucional	40
1.2.1 Artículo 20 en la Constitución de 1857	40
1.2.2 Artículo 20 de la Constitución de 1910	42
1.2.3 Proyecto de Constitución (Artículo 20) de Venustiano Carranza año 1917	44
1.2.4 Artículo 20 Constitución de 1917	52
1.2.5 Reforma al Artículo 20 Constitucional de 1947	53
1.2.6 Artículo 20 del Texto Constitucional de 1984	55
1.2.7 Artículo 20 Constitucional, Reforma del 3 de Septiembre de 1993	57
1.2.8 Artículo 20 Constitucional, Reforma de 1996	59
1.2.9 Metodología y técnica empleadas	61

CAPITULO SEGUNDO
MARCO CONCEPTUAL Y LEGAL
DEL ARTÍCULO 20 FRACCIÓN PRIMERA

2.	Concepto de Caución	62
2.1	El Fiador esta obligado a pagar si el deudor no cumple	64
2.2	Concepto de Fianza dentro del Derecho Penal	65
2.3	Caución ante Autoridad Administrativa	65
2.4	Concepto de caución como género	66
2.5	Auto que señala una fianza elevada para que se conceda la libertad bajo caución	67
2.6	Libertad caucional y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia	67
2.7	Libertad dentro del Derecho Penal	68
2.8	Libertad por falta de méritos	69
2.9	Libertad provisional, caucional, previa o administrativa	71
2.10	Libertad provisional	72
2.11	Libertad como garantía penal constitucional	73
2.12	Garantía patrimonial	75
2.13	Garantía patrimonial y el salario mínimo	78
2.14	Libertad caucional como resultado de la apelación	90
2.15	Libertad en el Derecho procesal penal Artículo 20 fracción primera constitucional y 399 del C.F.P.P.	91
2.16	Libertad caucional y la revocación	100
2.17	Privación de la libertad por orden judicial y obtención de la misma sin fianza o caución	104
2.18	Excepción de flagrancia	111
2.19	Segunda excepción: La urgencia	116

2.20	Libertad constitucional, dentro de la etapa preparatoria se presenta por vicios en la detención, conforme Art. 16 fracción VI en relación con el Art. 134 del C.F.P.P.	117
2.21	Libertad caucional y nuestro máximo tribunal	123
2.22	Libertad bajo protesta	130
2.23	Libertad por falta de elementos para procesar conforme al Artículo 167 del C.F.P.P.	131
2.24	Caso en que es infundada la solicitud de reconocimiento de inocencia	136
2.25	Libertad constitucional por falta de entrega de la copia certificada del auto de formal prisión conforme al Artículo 19 última parte de la Constitución Mexicana	137
2.26	Implicaciones del auto de libertad dictado con posterioridad al término constitucional	138
2.27	Libertad por extinción de la acción penal, conforme al Artículo 100 y demás relativos del Código Penal Federal	140
2.28	Libertad por decretarse el auto de formal prisión, por un delito diverso al de la consignación (reclasificación del tipo) y este último se trate de un delito que tiene pena alternativa o no restrictiva de la libertad conforme al Artículo 163 del C.F.P.P.	142
2.29	Libertad por exclusión del delito, aplicación de una ley más favorable, de conformidad con el Artículo 117 del Código Penal	143
2.30	Metodología y técnica empleada	145

CAPITULO TERCERO
DOCTRINAS RELATIVAS A LA APLICACIÓN DEL DERECHO IUS
NATURALISMO, IUS POSITIVISMO Y EL IUS REALISMO, EL DERECHO
INGLES, CANADIENSE Y BREVE ESTUDIO DE LA PENALIDAD

3.1	El Ius naturalismo en esencia sostiene dos tesis	146
3.1.1	Ius naturalismo teológico	147
3.1.2	El Ius naturalismo racionalista	147
3.1.3	Escuela Historicista	148
3.1.4	Corriente de la naturaleza de las cosas	148
3.1.5	Concepción Filosófica de matiz culturista	148
3.1.6	Concepto Ius Positivismo	149
	a) Hans Kelsen	149
	b) H.L.A. Hart	151
	c) Positivismo Teórico (Bobbio)	151
3.1.7	Positivismo Ideológico	152
3.1.8	La autosuficiencia del sistema jurídico	152
3.1.9	Concepto de Derecho Positivista	153
3.1.10	El Concepto del Derecho en el Realismo	154
3.1.11	Posición Realista y Moderada	155
3.2.1	Derecho Inglés y Canadiense	156
3.2.2	La Equity	158
3.2.3	El Derecho Inglés en el mundo	159
3.2.4	Las Fuentes del Derecho Inglés	159
3.2.5	El Derecho Comunitario	162
3.2.6	Profesión Legal en Inglaterra, Jueces y Abogados	162
3.2.7	Organización Judicial	163
3.2.8	Las Cortes del Derecho Inglés	164
3.2.9	Ramas profesionales	169
3.2.10	El Derecho Canadiense. Antecedentes	171

3.2.11	Historia del Derecho Canadiense	173
3.2.12	Constitución Política de Canadá	175
3.2.13	Fuentes del Derecho Canadiense	176
3.2.14	Organización Judicial Canadiense	177
3.2.15	El Sistema Jurídico de Québec	177
3.2.16	Comentarios del Derecho Inglés y Canadiense	179
3.3.1	La Constitución y el Artículo 268 del C.P.P. en el DF.	179
3.3.2	El incremento de las penas y de la delincuencia	180
3.3.3	Formas antiguas de ejecución	181
3.3.4	Formas actuales de ejecución	185
3.3.5	El Régimen de excepción	190
3.3.6	La Ley de Lynch	191
3.3.7	La Teoría de la Reacción Penal	196
3.3.8	La Teoría Absoluta	197
3.3.9	Teorías Relativas, mixtas, y abolicionistas	197
3.3.10	La retribución	199
3.3.11	Crítica a la retribución	201
3.3.12	Crítica a la Prevención General	204
3.3.13	Prevención Especial	209
3.3.14	Crítica a la Prevención Especial	212
3.3.15	Artículo 18 Constitucional y la realidad en México	214
3.3.16	El Causalismo, Teoría de la Causalidad adecuada	215
3.3.17	La Teoría Finalista de la acción	217
3.3.18	El Sistema Legalista	218
3.3.19	La función del Derecho Penal y la Constitución	223
3.3.20	Los Derechos Humanos y la Readaptación Social	224
3.3.21	Metodología y Técnica	229

CAPITULO CUARTO
PROBLEMAS QUE SE DESPRENDEN DEL ARTÍCULO 268 DEL CODIGO
DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL
EN RELACION AL TERMINO MEDIO ARITMETICO

4.1	El término medio aritmético	230
4.2	En el ámbito federal	231
4.3	Delitos graves en el ámbito local	240
4.4	Delitos que son considerados como "no graves" por lo que si alcanzan la libertad caucional	241
4.5	Delitos competencia de los juzgados de paz en el Distrito Federal	242
4.6	Delitos de juez de primera instancia "graves"	261
4.7	Nuestra Propuesta	265
4.8	Causas que justifican lo propuesto	271
4.9	Propuesta para el tipo penal de robo agravado	275
4.10	Metodología y técnica	279
4.11	Conclusiones	280
	Bibliografía Doctrina	284
	Bibliografía Legislaciones	289
	Otra fuentes de investigación (Jurisprudencia)	290
	Revistas	291
	Tabla de Abreviaturas	292

P R O L O G O

Sebastián Fernando Miranda Espinoza, egresado de la Universidad Nacional Autónoma de México, generación 72-76, obteniendo el título de Licenciado en Derecho, realizando estudios de postgrado en la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, donde obtuvo el título de Maestro en Ciencias Penales en la actualmente Facultad de Estudios Superiores Aragón, mismo lugar donde cursamos estudios de Doctorado.

Antecedentes Laborales: impartiendo clases en la Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Anahuac, Unitec (Atizapán), Centro Universitario México (CUM), en el Instituto de Estudios del Tribunal Superior de Justicia, curso en la Junta de Conciliación y Arbitraje del D.F. y clases en la Preparatoria Instituto Maria Isabel Dondé I.A.P.

Practica Laboral: Agente del Ministerio Público, Director de Despacho de Abogados Penalistas y Civilistas S.A. de C.V. Apoderado de Banco Nacional de México en Gestiones de Cobranza, Empleado del Tribunal Superior de Justicia del DF. En el Instituto de Estudios Judiciales como Investigador en Asesoría Especializada, En la Facultad de Estudios Superiores (FES) Aragón como Director de Seminario de Derecho penal matutino y Maestro de licenciatura por oposición impartiendo la cátedra de Metodología y Técnicas de la Investigación Jurídica y Maestro en postgrado.

Postulante al título de Doctor en Derecho, con el Trabajo de Investigación: “La necesidad de incrementar termino medio aritmético de cinco a diez años, para alcanzar la libertad caucional artículo 268 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal”.

Reflexionando sobre una mejor impartición de justicia en el ámbito local descubrimos la necesidad de retomar el término medio aritmético a que se hace mención, ante el crecimiento real de la delincuencia, dándole al sujeto un mejor tratamiento fuera de las instituciones de confinamiento existentes, y así proporcionar una válvula de escape al escabroso problema de sobrepoblación en los centros Penitenciarios. En el capitulo primero se habla del desarrollo histórico del artículo 20 Constitucional fracción I, en el segundo hablamos del marco conceptual , en el tercero hablamos de las Doctrinas Relativas a la aplicación del Derecho, así como antecedentes históricos del Derecho Ingles, canadiense y un breve estudio sobre la pena, en el capitulo cuarto hablamos, de los problemas que se desprenden del artículo 268 del Código de procedimientos Penales y concluimos con una propuesta de solución de la tesis desarrollada.

INTRODUCCIÓN

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

De acuerdo a nuestro sistema de gobierno en nuestra Republica Mexicana y Pacto Federal, existe una constitución Federal para toda la Republica Mexicana y locales para cada Estado, así como códigos penales y procesal penales locales, federal penal y procesal penal federal. Siendo variable la calificación del ilícito en relación a la pena, sin poder definirse de forma inmediata la libertad bajo caución, dada la variedad de normas y de penas.

Complicándose el poder determinar la obtención de la libertad bajo caución y su aplicación individualizada de la ley ya que fue modificada la norma general, que comprendía todos los casos incluyendo aquellos delitos contenidos en leyes especializadas de acuerdo a la materia y que quedaban dentro de las que alcanzaban la libertad bajo caución. Aplicándose el criterio actualmente no en razón de la penalidad, sino por la mención de ser graves o no graves alcanzando éste beneficio los delitos contemplados como no graves, sin tomar en consideración la penalidad o la peligrosidad del delito como sucede con aquellos delitos bancarios o de grandes fraudes que fueron contemplados como no graves.

El incrementar el término medio aritmético de cinco a diez años, en los preceptos locales , modificándose el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, traería resultados positivos

y un desahogo en la sobrepoblación de internos en los reclusorios ya que al proporcionar al sujeto la oportunidad de alcanzar el beneficio de la libertad caucional, el cual como se puede apreciar no se contrapone a la norma general y se podrá implementar ésta reforma en cada Estado.

Se justifica el presente trabajo además con la búsqueda de una solución a la sobrepoblación de los centros de reclusión que hacen innecesaria la creación de otros.

La propuesta de ampliar el término medio aritmético en nuestra legislación procesal penal, es por razones prácticas y de costumbre y por la facilidad generalizada de su aplicación, tal y como se demuestra con los estudios hechos en el presente trabajo así como un efímero estudio analítico del Derecho Inglés y Francés que se señala en el capítulo tres y las diferentes escuelas de aplicación del Derecho.

Por lo que hace al incremento de 5 a 10 años, éste se justifica por el alto índice de delitos y la inexistente rehabilitación plasmada en el precepto 18 constitucional por lo que se hará un estudio analítico de los conceptos contenidos, para lo cual trataremos el tema de la libertad caucional empleando el método exegético en los diversos preceptos constitucionales, su desarrollo y cambios sustanciales que se han presentado en el transcurso de éstos últimos setenta años, la libertad por falta de méritos, libertad bajo protesta previa o administrativa ante Ministerio Público y libertad caucional ante el órgano jurisdiccional

(proceso ordinario y sumario). un brevísimo estudio del Derecho inglés, francés y americano, legislaciones que han influido en la humanidad y en las sociedades desarrolladas que tratan de diversa manera la libertad bajo caución pero sobre todo en la búsqueda de lograr la hegemonía de sus preceptos de Derecho en todo su territorio logrando con ello un clima de estabilidad y seguridad jurídica a nivel nacional.

Especialmente se hablará de la Constitución a través de sus transformaciones o cambios que ha sufrido el tema que estamos desarrollando, el otorgamiento de la libertad caucional y legislación local de la Ciudad de México (Febrero – 2003 a la fecha). En cuanto el incremento de las penas, hablaremos de la pena y su desarrollo histórico para finalmente llegar a las conclusiones.

Hipótesis. el incremento de las penas y delitos, hace necesario el incremento del termino medio aritmético de cinco a diez años para la obtención de la libertad caucional en los Estados y Distrito Federal.

Parte objetiva. Todo lo que doctrinalmente se ha dicho de la libertad caucional.

Parte subjetiva. La propuesta de incrementar el termino medio aritmético de cinco a diez años para la obtención de la libertad bajo caución.

Para la selección de los métodos se empleará el método deductivo, inductivo, analítico, exegético. Así como las técnicas al caso concreto.

En cuanto a las teorías aplicables se hablara de la finalista, casualista y la normativista, en cuanto a la concepción y aplicación del Derecho e impartición de la justicia. Trataremos las corrientes del Derecho Jus naturalista, Jus positivista y Jus realismo (esta última basada en el escepticismo frente a la norma).

Con una crítica seria y desapasionada de las posibles hipótesis de solución ante la búsqueda de conocimientos nuevos.

Así como, se ha hecho un análisis de las corrientes los naturalistas, los positivistas y los realismo, para definir la corriente existente en nuestra legislación y si ésta es justa o no.

Por lo tanto hablaremos de el Derecho Ingles, y Francés haciendo énfasis en los valores morales como es la Justicia y la Equidad.

CAPÍTULO PRIMERO

1 ANTECEDENTES DE LA LIBERTAD CAUCIONAL EN MÉXICO

La libertad caucional, surge como una necesidad imperativa para garantizar el derecho a la libertad mientras se define el juicio, como una facultad primero del juzgador quien la otorgaba discrecionalmente, y después paso al ámbito de la autoridad administrativa, lográndose ésta de una manera simple al realizarse la suma del término medio aritmético de la penalidad mínima y máxima señalada en el tipo penal, el cual al dividirse entre dos se obtenía una cantidad en años menor a cinco, con lo que se obtenía la libertad caucional. No así al rebasar los cinco años, es por lo que se buscó la necesidad de incluir en un precepto constitucional esta figura jurídica transformándose a base de la costumbre en un imperativo al volverse un derecho derivado de la jurisprudencia, para llegar a ser una garantía constitucional al plasmarse en el artículo 20 fracción I de la Constitución de 1917, hasta llegar a la reforma implementada en el año de 1993, en donde se suprime el término medio aritmético, y surge en su lugar la división de delitos graves y no graves señalándose la existencia de éstos en el artículo 194 del Código Penal Federal.

Pero además de ser una norma elitista, limitativa e injusta, trae consecuencias de hecho y de derecho, en una realidad empírica como se puede observar con el hacinamiento en los centros de rehabilitación, los cuales distan mucho de ser rehabilitatorios, y provoca consecuencias en la sobrepoblación, con un costo que soporta el ciudadano que cubre con sus contribuciones el mantenimiento de esos centros de reclusión que día a día son cada vez más insuficientes e inseguros e incluso rebasando la tecnología la privación de la libertad de quienes cuentan con celulares, para continuar dando instrucciones a sus socios (cómplices) desde el interior de estos centros de reclusión.

1.1 Breve historia de la libertad provisional

En Roma, nos comenta José González Bustamante,¹ el uso de la libertad provisional se concedió a los ciudadanos dotándola de reglas de una amplia liberalidad que se restringieron o se suprimieron al advenimiento de los sistemas inquisitorio y mixto.

“En la Ley de las Doce Tablas, se previno que si el acusado presenta alguno que responda por él, dejadlo libre (mittito); que un

¹ González Bustamante, Juan José “Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano” cuarta edición México, Editorial Porrúa, 1985, p.300

hombre rico preste caución por un hombre rico, pero todo hombre puede prestarla por un ciudadano pobre.

“Esto revela que la consagración del principio de humanidad que entraña la libertad provisional no constituye un adelanto en la evolución del Derecho contemporáneo, si comparamos las legislaciones antiguas que las establecían sin limitaciones, aún cuando se tratase de los delitos más graves, porque no era el reconocimiento de una gracia o de un favor, sino una garantía concedida a todo ciudadano”².

1.1.1. La Constitución de 1824

Agustín de Iturbide hizo todo lo que estuvo a su alcance para constituirse en Emperador de México sin importarle crear una patria sólida, unida e independiente, pero personalidades de la época manifestaron que para que el país tuviera estabilidad política, económica y social, debería contar con un orden jurídico que garantizara la paz social y la igualdad, por lo que en marzo de 1823 Agustín de Iturbide presionado por las fuerzas independentistas, sedientas de libertad y respeto a sus derechos, tuvo que reinstalar el Congreso y ante los legisladores se vio forzado a abdicar al gobierno

² Jiménez Morales, Guillermo. “Las Constituciones de México”, Comité de Asuntos Editoriales, México, 1989, p. p. 23-24.

el día 19 del mismo mes; ya que sus ideas sectaristas discriminatorias sujetas además por el proteccionismo del exterior, no tenían cabida en la conformación del nuevo Estado mexicano.

Una vez que Iturbide dejó el trono se reinstaló el Congreso y éste expidió el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana el 31 de enero de 1824, la promulgación de la misma significó el renacimiento de la doctrina liberal, los puntos sobresalientes fueron los relativos al federalismo y a la religión. El artículo 5º adoptó la forma republicana, representativa, popular y federal, para el gobierno de la nación, y el 9º declaraba la división del poder legislativo, ejecutivo y judicial en cuanto a las relaciones entre la federación y los Estados. En las disposiciones 30 y 31 de la propia Acta se hizo una referencia de los derechos del hombre y del ciudadano, por lo que hace a la libertad de los habitantes de la nación para escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión y aprobación anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidades de las leyes. Los artículos 2º y 3º del mencionado cuerpo legal sancionaban la independencia de la república y el principio de soberanía, es decir, que tras un caluroso debate sobre la forma de organización que debía adoptar el Estado mexicano se concluyó por la federativa (unión de varios Estados libres y soberanos para resolver sus problemas internos).

Ocho meses después el 4 de octubre de 1824, se expidió la primera Constitución de México independiente, la cual fue aprobada por constituyentes ilustres como Valentín Gómez Farias, Crescencio Rejón, Miguel Ramos Arizpe, José María Covarrubias, Fray Servando Teresa de Mier entre otros, siendo esta Constitución el fruto de una inconada lucha entre centralistas y federalistas decidiéndose a favor de estos últimos, por lo que cada Estado cuenta con una Constitución, un Congreso, un poder judicial, poder ejecutivo para resolver los asuntos que no afecten más que al propio Estado, sin embargo todos están unidos en una federación obedeciendo a una Constitución y poder ejecutivo federal para todos los asuntos que afecten a todos los Estados en conjunto, es decir, aparte de ratificar las ideas de soberanía e independencia, y establecer garantías individuales, el constituyente confirmó el sistema federal propuesto en el Acta .

1. 1.2. Las Siete Leyes Constitucionales de 1836

Este ordenamiento dividía al país en Departamentos, éstos se transformaban en Distritos y éstos, a su vez, en Partidos. Entre sus disposiciones fijó el período presidencial en ocho años y estableció un Supremo Poder Conservador, que sólo era responsable ante Dios, con atribuciones para declarar nula una Ley o Decreto, la incapacidad física o moral del Presidente y la clausura del Congreso. Todas estas

ideas demenciales culminaron con la guerra infame de la invasión norteamericana que desmembró el territorio nacional.

Éstas sustituyen al Sistema Federal por el Centralista, creando un órgano denominado Supremo Poder Conservador. Legalmente se depositó en la Corte Suprema de Justicia al Poder Judicial de la República, los Tribunales Superiores de los Departamentos, los Tribunales de Hacienda y los Juzgados de Primera Instancia, resolviendo que la Corte estaría compuesta de once Ministros y un Fiscal.

El Supremo Poder Conservador podía disolver el Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia mantuvo la capacidad para juzgar a los altos funcionarios, incluyendo a los miembros de aquel poder, al Presidente de la República, Diputados, Senadores, Secretarios de Despacho, Consejeros y Gobernadores.

La Corte debía resolver sobre la autorización o exclusión de instrumentos pontificios como las Bulas, y tenía competencia para resolver las controversias referentes al Derecho marítimo, las ofensas contra la Nación Mexicana, así como otras de menor importancia. Pudiendo también apoyar o contradecir las peticiones de indultos y resolver las controversias de expropiación.

1.1.3 Acta de Reforma de 1847

Las revueltas entre liberales y centralistas aumentaron, y la instauración de la república centralista trajo una inestabilidad política, que en un lapso de once años dio al país diecinueve gobiernos diferentes, además se separó del territorio nacional Texas y por poco, en 1840, también lo logra Yucatán.

Era cada vez más inevitable la invasión norteamericana y aunado a eso el partido conservador propuso establecer la monarquía constitucional del tipo europeo, como forma de gobierno regida por un príncipe extranjero, debido a la incapacidad de gobernarnos a nosotros mismos.

En junio de 1843, se sancionaron las Bases Orgánicas de la República Mexicana, una nueva Carta Magna para México. Estas bases que sólo estuvieron vigentes tres años y suprimieron al supremo poder conservador que encabezaba Santa Ana, se instauró la pena de muerte, se restringió la libertad de imprenta y se ratificaba que el país protegía y profesaba la religión católica, es decir la máxima expresión de los fueros eclesiásticos y castrenses.

También llamada Bases Constitucionales mantuvo la composición y las atribuciones de las Siete Leyes de 1836 asignadas

al Poder Judicial, fortaleciéndolo con la desintegración del Supremo Poder Conservador.

1.1.4 Decreto del 28 de agosto de 1846

En el Acta anterior se restablecía el Sistema Federal, y se federaliza el Juicio de Amparo creado por Manuel Crescencio Rejón, en la Constitución de Yucatán de 1841.

Como consecuencia de la desorganización política, de la mala administración del gobierno mexicano y en guerra con los Estados Unidos de Norteamérica, quedó claro que el centralismo no era el mejor camino para nuestra nación, acrecentándose los sentimientos federalistas de años atrás culminando con un decreto del 28 de Agosto de 1846, donde se declaraba que en tanto no se publicara una nueva Constitución se reestablecería la de 1824.

1.1.5 La Constitución de 1857

Al término del gobierno de Santa Anna, tomaría la presidencia provisional el General Juan N. Álvarez quién integro a su gabinete al licenciado Benito Juárez como ministro de justicia y negocios eclesiásticos, y en noviembre de 1855 redactó la ley homónima encaminada a suprimir los fueros eclesiásticos y militares.

“A esta ley le siguieron otras con fórmula similar, encaminadas a eliminar vicios que se consintieron durante los gobiernos conservadores, que se encontraban coincidentemente tanto en el clero como en el ejército³

En febrero de 1856 comenzaron las sesiones del Congreso extraordinario para la elaboración de una nueva Constitución, culminando con su promulgación el 5 cinco de febrero de 1857, con el nombre de Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, la que se caracterizó por su profundo contenido de filosofía liberal e individualista, única en el mundo en ese momento, con notables principios democráticos y redactada probablemente por los mejores juristas en la historia de México.

Entre las materias que se regularon por esta Carta Magna destacan: Lo relativo a los derechos del hombre, declarando que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, así como la prohibición de la esclavitud, de los fueros y cualquier prerrogativa surgida en virtud de las clases sociales.

³ Sayeg Helu, Jorge. “Instituciones de Derecho Constitucional Mexicano” Editorial Porrúa S.A., México, 1987, p. 31

Acerca de la soberanía y representación, se estableció que la soberanía radica esencial y originalmente en el pueblo y éste puede en todo tiempo alterar su forma de gobierno y su voluntad de constituirse en una república representativa y federal, se consagra el sufragio universal.

La confirmación del federalismo, al ser la forma de gobierno que más se adapta a las necesidades e instituciones nacionales con veintidós Estados y un territorio.

La división para el ejercicio del poder, con base en la tradicional y clásica teoría francesa y con el pasado constitucional mexicano, excepto por la supresión de la Cámara de Senadores, por considerársele como una institución aristocrática y antidemocrática.

La supremacía y control constitucional. Estableciendo el Juicio de Amparo mediante el cual se respeta la observancia y máxima jerarquía de la Constitución.

La Constitución de 1857 para la época provocó reacciones en el fanatismo y la pasión de los clérigos, y a los que le prestaban obediencia, que se anatematizó a tal extremo de que siendo católicos,

se les negaba la recepción de los sacramentos como si estuvieran excomulgados.⁴

1.1.6 Las Leyes de Reforma y su incorporación a la Constitución en 1873

Proclamado el Plan de Tacubaya, por las fuerzas conservadoras, había de hecho dos gobiernos simultáneos en México; el legítimo, al mando interinamente de Benito Juárez, el usurpador encabezado por los conservadores y Félix Zuloaga quien se apoderó de la ciudad de México, por lo que el gobierno de Juárez se trasladaría a los Estados respetuosos del pacto federal, para gobernar y para la guerra civil o Guerra de Reforma.

Ante la urgencia, principalmente de financiamiento, Juárez promulgaría en su sede provisional de gobierno, en el Estado de Veracruz, de julio de 1858 al 4 de agosto de 1861.

Promulga las Leyes de Reforma :

La ley del 12 de julio de 1858, en su artículo primero realizó la reforma económica integral, nacionalizando los bienes de la Iglesia con lo cual dispuso que entraran al dominio de la nación todos los

⁴ Burgoa Orihuela, Ignacio “Derecho Constitucional Mexicano” décimo cuarta edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2001, p. 332.

bienes que el clero secular y regular estuviera administrando con diversos títulos, así también en el artículo tercero consumó la separación total de la Iglesia y el Estado y garantiza la libertad de culto; vienen después tres leyes sobre la regulación de actos de la vida humana, la del 23 de julio de 1859 sobre el matrimonio. Y la del 28 de julio de 1859, sobre el estado civil que funda el Registro Civil y la del 31 de julio de 1859, por medio de la cual se decretó la secularización de los cementerios.

El 4 de diciembre de 1860 se dicta la ley sobre la libertad de cultos, 2 de febrero de 1861 la ley de imprenta, la secularización de hospitales y establecimientos de beneficencia.

Se pensó pedir ayuda económica a los Estados Unidos de Norteamérica, EUA, pero éste ponía como condición la firma de un nuevo Tratado de límites, pretendiendo la península de Baja California y al no aceptar el gobierno federal su condición, estuvimos a punto de una nueva intervención militar y, en diciembre de 1859 fue firmado el Tratado excluyendo toda cesión territorial, para convertirse al final en una alianza México-Estados Unidos, cuyo fin era detener la ambición imperialista europea.

La Constitución del 5 de Febrero de 1857 no se ocupó de reglamentar la libertad caucional, pero estableció que es procedente la prisión preventiva por delitos que merezcan pena corporal, pero que en cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se le pondrá en libertad bajo fianza.

El aseguramiento de la persona sospechosa de haber cometido algún delito, para que permaneciese encarcelada durante la tramitación del proceso, era aplicable lo mismo que se tratase de delitos que ameritasen pena corporal o pena pecuniaria o alternativa; pero en este último caso, el juez podía concederle que saliese en libertad temporal con garantía.

González Bustamante⁵, nos señala: “No hemos encontrado ninguna referencia en las obras de práctica forense publicadas en la primera mitad del siglo pasado, para afirmar que la libertad provisional bajo caución era un derecho para el acusado, tratándose de delitos castigados con pena corporal, que por otra parte sí recordamos los procedimientos empleados en los sistemas inquisitorio y mixto, el otorgamiento de esta libertad no correspondía a la estructura del sistema”.

⁵ González Bustamante, Juan José, “Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano” 8° edición. Editorial Porrúa S.A. México, 1985 p. 304.

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

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

La ley procesal establecía determinados requisitos a los que debía ceñirse el juez al otorgar la concesión. La libertad provisional y la libertad bajo caución, sólo eran procedentes después de que el inculcado hubiese rendido su declaración indagatoria.

Su tramitación se operaba en forma incidental, y que en caso, en que el ofendido por el delito, se hubiese constituido en el proceso: parte civil antes de que la libertad caucional se solicitase, tenía derecho a exigir que no se concediese, hasta que el inculcado diese garantía bastante de cubrir el importe de la responsabilidad civil.

Conserva el Código Procesal de 1880 las siguientes restricciones, que en materia de libertad provisional han sido suprimidas en los Códigos vigentes:

Las resoluciones judiciales que concedían la libertad caucional, no se ejecutaban, sin que previamente hubiesen sido confirmadas por el Tribunal de Segunda Instancia.

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

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

“Por esta Constitución se determinó que el Poder Judicial, estaría integrado por la Suprema Corte de Justicia, así como por los Tribunales de Circuito y de Distrito, integrada la Corte por once Ministros propietarios y cuatro supernumerarios, un Fiscal y el Procurador General siendo la legítima intérprete de la Constitución,

titular del control de validez normativa por medio del Juicio de Amparo. Dotando a los Tribunales de la Federación facultades para resolver las controversias:

“Por leyes o actos de cualquier autoridad que violaran las garantías individuales;

“Por leyes o actos de autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados;

“Por leyes o actos de autoridad que invadieran la competencia de la autoridad federal”.⁶

1.1.7 La Constitución de 1917

A finales de 1916, los revolucionarios se reunieron en Querétaro para reformar la Constitución de 1857, finalmente decidieron redactar una nueva, pues las circunstancias de México en ese momento eran muy diferentes a las que había en tiempos de Juárez, cuando se redactó la Constitución de 1857.

⁶ Cfr. Sánchez Bringas, Enrique “Derecho Constitucional”, 3ª edición, Ed. Porrúa S.A., México 1998, p. 485.

“Con la promulgación de la Constitución de 1917, se inicia una nueva etapa en la historia del constitucionalismo mundial. México, con la primera declaración de los derechos sociales del mundo inaugura lo que se conoce como Constitucionalismo Social”.⁷

La nueva Constitución se promulgó el día cinco de febrero de 1917, en ésta se incorporaron ideas de todos los grupos revolucionarios, retomó las libertades y los derechos de los ciudadanos, así como los ideales democráticos y federales de la Constitución de 1857. Se incorpora el capítulo primero denominado “DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES”, también reconoció los derechos sociales como el de huelga y de organización de los trabajadores, el derecho a la educación y el derecho de la nación a regular la propiedad privada, de acuerdo con el interés de la comunidad.

Confirmando de esta manera el ideal democrático de la nación, es decir la voluntad de respetar y aplicar las leyes, así como la designación de las autoridades políticas por los ciudadanos, a través de elecciones periódicas.

⁷ Madrazo, Jorge “Derechos Humanos el Nuevo Enfoque Mexicano” Fondo de Cultura Económica. México, 1993, p. 40

Reafirmó también el federalismo y sus niveles de poder político: El poder federal y el poder de los Estados soberanos que integran la federación. Garantizó los derechos políticos básicos de los ciudadanos como son el sufragio y la igualdad ante la ley, así como el amparo contra abusos de la autoridad.

Como ya se señaló en párrafos anteriores la Constitución fue promulgada en 1917, sin embargo la guerra en el país continuó hasta el año de 1920, por lo que las huellas de la destrucción eran evidentes tanto en la agricultura, minas, fábricas, comercio; caminos, puentes, las vías de ferrocarril, los cables del telégrafo, entre otras, a pesar de haberse incorporado a la Constitución el capítulo denominado “DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES”. Y tras las reformas que ha habido a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a lo largo de 87 años, donde la Constitución prohíbe de manera expresa toda diferencia de trato en la relación de los ciudadanos con los poderes públicos en su definición de las garantías individuales y los derechos de la ciudadanía. Sin embargo, salvo el artículo 4º, que declaraba el carácter pluricultural de la nación y postulaba la igualdad entre hombres y mujeres; las formas de discriminación, como las que se dan por razones de edad, etnia, clase social, discapacidad u orientación sexual, no se encontraban en prohibición explícita alguna por la existencia de un amplio abanico de

prácticas discriminatorias, no puede superarse si la acción legal contra tales prácticas se mantiene sólo en la formulación de derechos “negativos”, es decir, de derechos de protección frente a la acción de otros particulares o del Estado. Junto a estas protecciones “negativas”, se hace necesaria una estrategia de derechos afirmativos estimulada por el Estado para el desarrollo de las capacidades básicas de quienes forman los grupos sociales vulnerables a la desigualdad.

Es decir, el pasado 15 de agosto del año 2001, entraron en vigor las adiciones y reformas a diversos ordenamientos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no sin antes agregar que esta situación provocó una polémica y es menester reconocer la existencia de un elemento importantísimo, la introducción de la no discriminación como uno de los principios rectores del Derecho positivo mexicano y a la que se reconoce como una de las garantías individuales que nos protege a todos los mexicanos por igual.

La adición de un tercer párrafo al artículo 1º constitucional coloca al Estado mexicano a la vanguardia, al nivel de las legislaciones más evolucionadas mundialmente, establece un derecho fundamental que no sólo involucra a los pueblos indios de México, sino intenta garantizar el trato igual para todos los mexicanos

independientemente de su origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, estado civil o cualquier otra en la que pudiera basarse ilegítimamente la aplicación de una discriminación negativa.

Si bien es cierto, esto representa un gran avance en la protección y tutela de los derechos humanos, lamentablemente aún no resulta completamente incluyente. Es insuficiente al establecer la posibilidad de expandir la prohibición tal y como se establece en la última parte del párrafo tercero del citado artículo 1°, al señalar: "... o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas".

Siendo que la libertad requiere de la igualdad, el respeto, la tolerancia, la equidad y la no discriminación para poder ser ejercida plenamente, cuando alguno de estos principios falta, la libertad se encuentra minada, coartada y en algunas ocasiones obstaculizada por completo.

No podemos seguir permitiendo la existencia de habitantes y ciudadanos de segunda, tercera o mínima valía.

En donde queda la igualdad, a que hace mención este precepto cuando el modelo tradicional establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, quedaba incluido este derecho como **una garantía constitucional** consagrada en el artículo 20 que la libertad caucional se concedería decía: “siempre que dicho delito que se le impute, no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión”.

“Pero vino una reforma al artículo 20 fracción I constitucional, publicada el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres -salinista- en la que por virtud de la misma, ya no se exige este requisito; bastando para obtener dicho beneficio, garantizar el monto estimado de la reparación del daño... y no se trate de delitos en que por su gravedad, la ley expresamente prohíba obtener la mencionada libertad”.⁸

Siendo que la reforma de 1996 incurre en el mismo vicio que la de 1993, en el sentido de suprimir el criterio de la penalidad, para determinar la gravedad de un delito, pues ambas propiciaron el subjetivismo legislativo en cuanto al señalamiento caprichoso, al calificar los delitos como graves y no graves. Tratándose del fraude por ejemplo éste estuvo considerado como no grave aun cuando se

⁸ Burgoa Orihuela, Ignacio “Las Garantías Individuales” Ed. Porrúa, México 2002, p. 647.

tratara de sumas muy cuantiosas. Casi está por demás citar los tan conocidos casos de Cabal Peniche, El Divino, Espinoza Villarreal y otros no tan conocidos.

Si se trata de asunto de competencia federal, como por ejemplo de algunos delitos previstos en la Ley de Instituciones de Crédito, Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, Ley Federal de Instituciones de Fianza, Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, Ley de Mercado de Valores, Ley de sistemas de ahorro para el retiro (AFORES), en éstos a pesar de que la pena señalada a tales delitos, sea prisión que en su término medio aritmético exceda de cinco años, sí podrán gozar de su libertad bajo caución por tratarse de delitos NO GRAVES..

Por lo que hace a la legislación bancaria se necesita ser un especialista en ésta área para poder determinar cuáles conductas de este tipo –bancario- han quedado excluidas de la categoría de delitos graves.

Por lo que solo una elite social podrá determinar la posibilidad de obtener la libertad caucional o su imposibilidad de obtenerla.

Y lo más vergonzoso será la obtención de la libertad caucional solo para una elite social determinada (los que tienen dinero) para cometer delitos llamados de cuello blanco con la opción de obtener la libertad caucional.

1.2. Breve estudio del Artículo 20 Constitucional

En ésta sección vamos a transcribir los Artículos 20 Constitucionales, a través del tiempo, a fin de hacer un estudio analítico de la constitución correspondiente a éste.

1.2.1 Artículo 20 en la Constitución de 1857

En nuestra búsqueda nos encontramos con el texto original de 1883 la cual en su artículo 20 nos dice:

Art. 20. En todo juicio criminal el acusado tendrá las siguientes garantías:

I. Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador si lo hubiere.

II. Que se le tome su declaración preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas, contadas desde que esté a disposición de su juez.

III. Que se le caree con los testigos que depongan en su contra;

IV. Que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar sus descargos.

V. Que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza o por ambos según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentara lista de los defensores de oficio, para que elija el que, o los que le convengan.

Como podremos darnos cuenta se consagran estos derechos como garantías en esta Constitución de 1883, refiere su portada: Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos sancionada y jurada, por el Congreso General Constituyente el día 5 de febrero de 1857, adicionada por el 7° Congreso Constitucional, el 25 de septiembre y cuatro de octubre de 1873 y el 6 de noviembre de 1874 juntamente con las Leyes Orgánicas expedidas hasta hoy. El escudo nacional, (más abajo) México, Imprenta del Gobierno en Palacio dirigida por Sabás y Murguía 1883.

1.2.2. Artículo 20 de la Constitución de 1910

Encontramos en el texto Constitucional original que data de 1910, el cual en su Artículo 20 nos dice:

“Artículo 20 en todo juicio criminal el acusado tendrá las siguientes garantías:

I Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador si lo hubiere,

II Que se le tome su declaración preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas, contadas desde que esté a disposición de su juez,

III Que se le caree con los testigos que depongan en su contra,

IV Que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar sus descargos,

V Que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza o por ambos según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que, o los que le convengan.”⁸

⁸ Juan De La Torre (Diputado al Congreso de la Unión por el Estado de Michoacán) “Constitución Federal”, México, Antigua Imprenta de Murguía, 1910, Biblioteca Jurídica Mexicana 6° edición corregida y aumentada p.19.

Como se puede observar en este precepto del texto constitucional de 1910, se aprecia exactamente igual al texto descrito de 1883, anteriormente expuesto, pero en el numero 45 (de la nota de pie de página) de este precepto hay un comentario que a la letra dice:

En el mes de noviembre de 1896, la Secretaria de Gobernación inició ante la Cámara de Diputados la reforma de varios artículos constitucionales. De esa reforma, algunos han sido ya sancionados previo los trámites correspondientes, quedando pendiente, entre otras, el artículo 20, que consiste en agregarle una fracción más en los términos siguientes:

Art. 20.- En todo juicio criminal el acusado tendrá las siguientes garantías:

“VI. Que se le, juzgue y sentencie por leyes exactamente aplicables al caso.”

Discusión. Art. 20 del Proyecto de Zarco sesión del 14 de Agosto de 1856, tomo II, Págs..147 a149.⁹

Como se puede observar ya existía la inquietud de un cambio de agregarle una fracción más.

⁹ Ídem p.p. 19,20,21,22,23

1.2.3 Proyecto de Constitución (Artículo 20) de Venustiano Carranza, año 1917

En este proyecto se señaló: “Otra reforma cuya importancia quiero, señores Diputados, llamar vuestra atención es la que tiende a asegurar la completa Independencia del Poder Judicial es el de tener tribunales independientes que hagan efectivas las garantías individuales contra los atentados y excesos de los Agentes del Poder Público y que protejan el goce quieto y pacífico de los derechos civiles de que han carecido hasta hoy”.¹⁰

a) El proyecto de constitución de la secretaría de justicia de 1916.

En el tomo II, página 509 de la obra monumental editada por la XLVI Legislatura del Congreso de la Unión Cámara de Diputados, intitulada “Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones”, se sostiene:

“A principios de 1916, meses antes de que se instalara el Congreso Constituyente de Querétaro, la Secretaría de Justicia creó

¹⁰ Escalona Basada, Teodoro “La libertad provisional bajo caución”, Impreso y hecho en México 1968, p. 46

una comisión legislativa que tuvo, entre otros cometidos, el de elaborar un Proyecto de Reformas a la Constitución de 1857, entonces vigente. Integraron dicha comisión por designación directa del ciudadano Venustiano Carranza, primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de la República: Los Licenciados Roque Estrada, Secretario de Justicia; Domingo León, José Diego Fernández, Agustín Urdapilleta Mac Gregor, Francisco Ríos, Fernando Lizardí, Fernando Espinosa y Fernando Moreno”, el texto poco conocido, que ahora se comenta es, precisamente, el del primer libro de actas de la comisión, existente en el archivo de la Cámara de Diputados del cual se tuvo noticia gracias a información suministrada por el Doctor Antonio Martínez Báez...” aunque no puede afirmarse que el proyecto mencionado sea antecedente directo e inmediato del que presentó al Congreso Constituyente el primer Jefe del Ejército Constitucionalista, es dable observar en ambos, principios o preceptos semejantes y, en algunos casos iguales.¹¹

Estas similitudes o coincidencias se descubren también al analizar comparativamente el mismo Proyecto de la Secretaría de Justicia y el texto original de la Constitución de 1917, en cuyo debate y aprobación intervinieron como Diputados Constituyentes los

¹¹ Ibidem, p.43

Licenciados Lizardi, Espinosa, Moreno y Ramos Praslow. Señalaremos por sucesión cronológica, la evolución que de acuerdo con las discusiones que se van presentando, en la garantía individual que estudiamos, y la forma en que poco a poco se va incorporando en el proyecto antes citado.

En el Acta de la sesión del día 19 de abril de 1916, verificamos que el Licenciado José Diego Fernández, presenta el artículo 18 de su ante-proyecto, que dice en lo conducente: ...En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer pena corporal, se le pondrá en libertad bajo fianza o bajo protesta, si no se pudiera dar la fianza en el concepto del Juez. Como puede verse la redacción está inspirada en el artículo 18 de la constitución de 1857, apareciendo inclusive bajo el mismo rubro.

“Art. 18. Solo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le pueda imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios, o de cualquiera otra administración de dinero”.¹²

¹² Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada y jurada, por el Congreso General Constituyente, el día 5 de febrero de 1857. México, Imprenta del Gobierno del Palacio, dirigida por Sabas Murguía. Año 1883.

“En la sesión del 26 de abril de 1916, el Licenciado José Diego Fernández, presenta nuevamente para su discusión el artículo 11 de su anteproyecto, que según repasamos se encuentra modificado al siguiente tenor... En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le pueda imponer pena corporal, se le pondrá en libertad bajo protesta; si merece pena alternativa o solamente corporal, podrá solicitar y obtener, desde el mismo momento de la detención, en los términos y con las condiciones que fije la ley, la libertad bajo caución”. En la sesión del día 28 de abril de 1916, aparece aceptado el artículo 18 del ante-proyecto, tal como se acaba de leer.

Al respecto, debemos hacer notar, que si bien es cierto que supera a su antecedente de la Constitución de 1857, ampliando el derecho de los acusados para obtener la libertad provisional bajo caución, también lo es, que lo único que hace el ante-proyecto, es volver a instituir las dos eventualidades de que habla la Constitución de Cádiz de 1812 y el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, con la diferencia cardinal de que en el año de 1916 los códigos procesales regulaban en forma técnica tal excarcelación.

“b) El informe del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y encargado del Ejecutivo, al Congreso Constituyente de Querétaro.

“Don Venustiano Carranza, se refiere a la libertad bajo fianza en este informe del modo siguiente: La ley concede al acusado la facultad de obtener su libertad bajo fianza durante el curso de su proceso pero tal facultad quedó siempre sujeta al arbitrio caprichoso de los jueces, quienes podían negar la gracia con sólo decir que tenía temor, de que el acusado se fugase y se sustrajera a la acción de la justicia. Del párrafo anteriormente transcrito se advierte que era ya motivo de preocupación el incluir como garantía individual el derecho de los acusados a disfrutar de la libertad provisional bajo caución, obligando a los jueces a concederla cuando la misma fuera justificada, surge así la libertad provisional bajo caución en el proyecto de Constitución presentado por Venustiano Carranza al Congreso Constituyente.

“En ese proyecto la libertad provisional bajo caución, aparece acogida ya, por el artículo 20 de la manera siguiente:

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

”Fracción I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad, bajo de fianza hasta de 10,000.00 pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de 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”.¹³

(Éste precepto consta de 10 fracciones, por lo que únicamente se tomó el que es de nuestro interés al tema a desarrollar, texto original biblioteca personal).

En la fracción primera del proyecto de Constitución culmina la azarosa evolución de nuestro estatuto en el Derecho mexicano, elevando al rango de garantía constitucional a la concesión del beneficio de la libertad provisional bajo caución, reglamentando las condiciones y la métrica para la procedencia del derecho, entresacando de los dispositivos procesales el término para la admisión de la libertad.

¹³ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Publicaciones Farrera, año de 1942, p. 13 (p. 118 se observa nota del editor: Esta Constitución empezó a regir el 1º de mayo de 1917).

Ahora bien si como se señaló, es cierto que el Proyecto de Reformas Constitucionales de la Secretaría de Justicia de 1916, que ya glosamos fue anticipo importante para la elaboración del que se comenta, también lo es, que por cuanto respecta a la libertad provisional bajo caución, el cambio operado es notable según se colige al comparar el artículo 18 del Proyecto de la Secretaría de Justicia y el 20 del presentado por Venustiano Carranza, lo que quiere decir que en el lapso de unos cuantos meses, no sabemos cuántos, pero sí muy pocos, algún maravilloso espíritu entre aquellos que colaboraron con él, en la redacción del proyecto de constitución, introdujo en el mismo, la libertad provisional bajo caución, como garantía constitucional.

“Necesitamos declarar que a pesar de todas las reformas hechas a la Constitución de 1917, ésta es la más científica, real, mexicana y avanzada de nuestras instituciones. Podemos asegurar que sin la Constitución de 1917, la revolución de 1910 hasta la fecha que ha costado tanta sangre al país no habría dejado nada digno de perpetuarse. Lo que ha dado fuerza, crédito, autoridad a la obra revolucionaria que inició Madero y consolidó Carranza, ha sido la expedición de la nueva carta, transformando los viejos moldes, las arcaicas formas legales en una ley suprema, perfeccionando las garantías individuales al mismo tiempo que estableciendo las bases

de una nueva vida, de un movimiento social hacia la corporación y el gremio”.¹⁴

Si la Constitución hubiese sido un modelo de estatuto socialista, habría sido un mentiroso ejemplar literario de importación y de difícil o imposible adaptación a nuestro medio contemporáneo.

Así los antecedentes de nuestra carta fundamental plasmada en 1917 son:

La Constitución de Apatzingán de 1814, que honra a nuestro glorioso insurgente Don José María Morelos, pero en realidad comienza con la expedida en las Cortes de Cádiz de 1812; el Acta de

Independencia de acuerdo con el Plan de Iguala, en 1821; las Bases del 24 de febrero de 1822; los decretos del 31 de marzo de 1823; el Acta Constitutiva de enero de 1824; la Constitución del 4 de octubre del mismo año; las Siete Leyes Constitucionales del 29 de diciembre de 1836; las Bases Orgánicas del 12 de junio de 1843; la restauración de la Constitución del 24 de agosto de 1846 y sus reformas en mayo de 1847; las Bases Provisionales del 22 de abril de 1853; el Plan de Ayutla del primero de marzo de 1854, con el de Acapulco del 11 de marzo del mismo año; el Estatuto Orgánico provisional del 15 de mayo de 1856 y la Constitución Federal del 5 de febrero de 1857.

¹⁴ Palavicini, Felix F. “Política constitucional”. Editorial, Consejo Editorial del Gobierno del Estado de Tabasco. Segunda edición, México 1980, p.51.

Hubo además el Estatuto provisional del Imperio del 10 de abril de 1865 que rigió una parte importante del país, mientras el territorio no dominado conservó la Constitución de 1857.

1.2.4 Artículo 20, Constitución de 1917

Adelantándonos a la reforma a que haremos mención posteriormente, cabe indicar como quedó éste precepto en 1917¹⁵

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

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

(Éste precepto consta de X fracciones, por lo que únicamente se tomó el que es de nuestro interés).

¹⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con sus adiciones y reformas por el Licenciado Agustín Farrera, 6º edición de 1937, Publicaciones Farrera Av. Uruguay, 102 México DF p.13

Destacando el artículo 1° de los artículos transitorios que a la letra dice:

Artículo 1°.- Esta Constitución se publicará desde luego y con la mayor solemnidad se protestará guardarla y hacerla guardar en toda la República; pero con excepción de las disposiciones relativas a las elecciones de los Supremos Poderes Federales y de los Estados, que desde luego entran en vigor, no comenzará a regir sino desde el día 1° de Mayo de 1917, en cuya fecha deberá instalarse solemnemente el Congreso Constitucional y prestar la protesta de Ley, el ciudadano que resultare electo en las próximas elecciones para ejercer el cargo de Presidente de la República.¹⁶

1.2.5 Reforma al Artículo 20 Constitucional, del año de 1947

En el año de 1947, el 9 de diciembre, siendo Presidente de la República el Licenciado Miguel Alemán, remite una iniciativa para reformar la fracción I del artículo 20 Constitucional, fundado en dos argumentos:

El primero, que es el menos importante, aduce que debe disponerse en forma distinta el monto de la fianza, aumentando la

¹⁶ Ídem p.113.

cantidad a que puede ascender, cuando se trate de delitos patrimoniales y con motivo de proteger los intereses de los ofendidos, y el segundo que siguiendo el derrotero trazado por el criterio que sustentó, por primera vez en el año de 1933 el entonces Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señor Licenciado Salvador Urbina, que después se constituyó en jurisprudencia, en el sentido de que no debe ser el máximo de la pena correspondiente al delito imputado la que sirva como base para establecer la procedencia de la libertad provisional bajo caución, sino el término medio aritmético de dicha pena, que originan el advenimiento a la actual situación de la garantía, que desde el punto de vista técnico en opinión del suscrito es inobjetable, dado que, el designio de la misma es la de no someter a un acusado a vejaciones innecesarias cuando no se ha determinado su plena responsabilidad en la comisión de un acto ilícito, atendiendo también al principio de IN DUBIO PRO REO pues como sucede y ha sucedido constantemente a muchos acusados en las sentencias se les absuelve después de haber estado privados de su libertad durante un largo tiempo no obstante, que no existía un basamento real para tal privación, quedando comprendida como sigue:

“Artículo 20, fracción I: En todo juicio del orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías:

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

“En ningún caso la fianza o caución será mayor de \$250,000.00, a no ser que se trate de delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será, cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado”.¹⁷

1.2.6 Artículo 20 del texto Constitucional de 1984 con relación al texto de 2003.

El presente texto, prevé la misma redacción, transcurridos 37 años, después en constante aplicación .

¹⁷ Diario Oficial del día 2 de diciembre de 1948.

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

Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza, que fijará el juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juez en su aceptación. En ningún caso la fianza o caución será mayor de \$ 250,000.00, a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado.¹⁸

Este precepto constitucional cuenta con diez fracciones, se omiten las restantes por no ser objeto de estudio.

Cabe aclarar que hasta antes de la reforma de 1993, se hace mención al termino medio aritmético en los subsiguientes años se hablara de delitos graves y no graves . Tal y como se muestra en el siguiente inciso.

¹⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Trillas, Coordinación Editorial Javier Moreno Padilla, México, 2 abril de 1984, Talleres de Offset Larios, S.A.

1.2.7. Artículo 20 Constitucional, reforma del 3 de septiembre de 1993.

Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20 y 119 y se deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”¹⁹, para quedar como sigue:

Art. 20 En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado, la víctima o el ofendido las siguientes garantías:

A) Del inculpado:

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

¹⁹ Diario Oficial de la Federación, publicado el 3 de septiembre de 1993, Leyes y Códigos de México, “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 107ª edición, Ed. Porrúa, S.A. México 1994, pp. 18 y 19.

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 fijen, 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;

II. No podrá ser obligado a declarar ...”

(Conteniendo diez fracciones, que se omiten por no ser materia de este estudio).

1.2.8 Artículo 20 Constitucional, reforma de 1996

Este precepto es igual al anterior y lo único que cambia es lo siguiente:

En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica. A que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando requiera y los demás que señalen las leyes.²⁰

Fecha en que fue publicado el decreto en el Diario Oficial que dice: Artículo Primero. Se deroga el último párrafo del artículo 20 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

B) De la víctima o del ofendido:

I.- Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

²⁰ Leyes y Códigos de México, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 116ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1996, pp. 20 y 21.

En total siete fracciones. (Mismas que no se transcriben por no ser materia del presente trabajo)

No estamos de acuerdo con la supresión del término medio aritmético (del artículo 20 constitucional) ya que en la actualidad se determina la obtención de la libertad en base a los delitos graves y no graves (artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales) con lo cual se incurre en imprecisiones, ¿como si pareciera que únicamente los juristas pueden determinar la procedencia o improcedencia de la libertad caucional? ya que aparte debe de buscarse este denominador de grave o no grave en las leyes especiales, no contemplados en el artículo 194 de la ley citada.

Consideramos que la ley debe ser clara y precisa y no ambigua por lo que hace a la determinación de los delitos graves y no graves, como parece ocurre en la actualidad (al menos en este renglón), se agranda la confusión cuando hay que determinar la gravedad del ilícito, tratándose de delitos especiales y agravados de acuerdo a sus características particulares de ejecución etc..

Por ultimo en el presente capitulo deseamos dejar bien claro que el concepto de que el artículo 20 en su fracción primera nos habla de una garantía individual consagrada aún en nuestra carta magna.

1.2.9 METODOLOGÍA Y TÉCNICA

En el presente capítulo hemos utilizado el método histórico-jurídico por tratarse de una evolución de una investigación jurídica a la luz exclusivamente de los cambios legislativos.

Haciendo además una investigación técnica empírica, su objeto lo constituye el orden jurídico del pasado y del presente.

Sus métodos son la interpretación de la Ley, o sea gramatical, lógico sistemático e histórico. Su utilidad se centra en la sistematización de las reglas jurídico positivas para facilitar la aplicación del derecho. Siendo su fuente el orden normativo, los fines que le precedieron y problemas que pretendió resolver, la aplicación efectiva de la norma en el terreno de la realidad concreta y factores que han influido en su eficacia para resolver el problema en cuestión.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO CONCEPTUAL Y LEGAL DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO VEINTE FRACCIÓN PRIMERA

El marco conceptual y doctrinal del contenido del artículo 20 fracción primera, en comento nos remite al otorgamiento de la libertad caucional, por lo que la caución vendría a ser el concepto a investigar siendo el termino correcto, a diferencia de fianza que vendría a ser la especie.

2. Concepto de caución

El diccionario jurídico mexicano¹ lo refiere: a la fianza del bajo latín *fidare*, de *fidere*, *fe*, seguridad, obligación que tiene una persona de pagar al acreedor si el deudor no cumple. La fianza puede ser convencional, legal o judicial, las primeras se dan cuando son producto del acuerdo entre las partes y son legales o judiciales cuando tienen su origen en la ley siendo ésta última impuesta por la autoridad judicial, cuando se dan los supuestos legales que condicionan su exigibilidad.

¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas “Diccionario Jurídico Mexicano”, Tomo D-H. 6° edición Editorial Porrúa, U.N.A.M., México, 1993 p.1435

Fianza legal será la que otorgue el usufructuario antes de entrar en el goce de los bienes.

Será judicial cuando ésta sea fijada al actor por el juzgador para garantizar los daños y perjuicios en el interdicto de obra peligrosa, perjuicios que se causen al demandado por la suspensión de la obra, o por la orden de que el demandado realice la obra indispensable para evitar daños al actor antes de que se dicte la sentencia definitiva.

Las instituciones de fianzas se deben registrar ante la comisión nacional bancaria y de seguros, los documentos que acrediten las facultades de sus representantes, así como los facsímiles de sus firmas, la comisión pública en el diario oficial el nombre y las firmas de dichos representantes.

a) La forma. La fianza es un contrato consensual.

En la práctica para facilitar su prueba, se acostumbra convenirla por escrito. La fianza de empresa debe otorgarse por medio de póliza que contenga los requisitos que fija el artículo 117 de la Ley de Instituciones Fiduciarias entre ellos, las indicaciones

que administrativamente fije la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

b) Su objeto. Consiste en el pago de una suma de dinero.

Puede ser menor que el importe de la obligación principal. Si existe duda se considerará que sea por otro tanto. Puede que el importe no sea aún conocido, pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea liquidada.

Puede garantizarse una obligación de hacer o de no hacer, obligándose al fiador al pago de una suma determinada de dinero para el caso de incumplimiento del deudor.

2.1 El fiador está obligado a pagar si el deudor no cumple

El fiador puede pedir antes de pagar al acreedor que se haga exclusión de los bienes del fiado. También puede oponer el beneficio de orden, que consiste en la necesidad de que primero se demande y determine de modo inútil el juicio respectivo en contra del deudor principal. Las instituciones de fianzas no gozan del beneficio de orden.

2.2 Concepto de Fianza dentro del Derecho Penal

Es aquella que tiene que exhibir el procesado o indiciado ante la autoridad (ante el Ministerio Público o ante el juez penal respectivo) para garantizar su libertad caucional, y la otorga una compañía afianzadora mediante el pago de una cantidad (que muchas veces consiste en un porcentaje establecido de común acuerdo o establecido por la afianzadora). El procesado tiene que exhibirla y de no hacerlo no se le concederá el beneficio por este conducto. También puede hacerlo a través de otras figuras como lo es el depósito de dinero en efectivo, a través de un billete que es otorgado por otra institución como sería el caso de las instituciones oficiales como: Nacional Financiera, o mediante hipoteca o fidecomisos, para lo cual el fiador debe tener bienes raíces y presentar certificado expedido por el Registro Público de la Propiedad a fin de demostrar que tiene bienes suficientes para responder al cumplimiento de la misma.

2.3 Caución ante autoridad administrativa

La caución otorgada a través de fianza que proporciona el indiciado ante la autoridad administrativa se da cuando es otorgada

ante el Agente del Ministerio Público, y tiene su fuente en el mismo precepto 20 constitucional, en su fracción X que a la letra dice:

Las garantías previstas en las fracciones 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.

Podemos ver como se desprende de la ley, que el Ministerio Público cuenta con la facultad constitucional de poder otorgar la libertad y recibir la caución en efectivo, en billete de nacional financiera, o fianza, ya que el precepto citado no establece distinción alguna.

2.4 El concepto de caución como género

Regularmente cuando hablamos de fianza y caución le damos el mismo significado, pero doctrinalmente la caución es el género ya que la fianza viene a ser la especie.

En el expediente queda la garantía material en el caso de la libertad caucional (porque caución es el género, en el que caben

varias especies de garantía patrimonial), depósito que no es sinónimo de caución, hipoteca, fianza y, más recientemente, prenda o la garantía honoraria en el caso de la libertad bajo protesta, promesa o palabra, en que ésta, (la palabra de honor empeñada, impide) si de veras lo impide que se dé, a la fuga el imputado.

2.5 Auto que señala una fianza elevada para que se conceda la libertad bajo caución

Qué procede contra el auto que señala una fianza elevada para conceder la libertad bajo caución. Procede el recurso de apelación previsto en la ley, sin embargo, el gobernado, procesado o indiciado podrá hacer valer la acción de amparo (indirecto, ante Juez de Distrito), sin necesidad de agotar el recurso de apelación, siendo ésta una hipótesis de excepción al principio de definitividad al Juicio de Amparo.

2.6 Libertad caucional y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia

Al respecto debe tomarse en consideración la tesis jurisprudencial numero 78, de la novena parte apéndice 1917-1985, publicada bajo el rubro “Que para conceder o negar la libertad

caucional, elevada al rango de garantía individual, debe tomarse en su término medio, la penalidad señalada en la ley”.

Así pues ése es un requisito indispensable que debe considerarse para conceder la libertad bajo caución.

Independientemente de lo anterior es de señalarse que no es ese requisito constitucionalmente previsto, el único en que debe basarse el juez para conceder esta medida, sino que es su obligación la de observar otros aspectos que ha orillado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a emitir el siguiente criterio jurisprudencial: “Libertad caucional. Si al procesado se le señala, para gozar de la libertad caucional, una garantía, teniéndose únicamente en cuenta para ello la gravedad del delito que se le imputa, sin considerar su situación personal y sus condiciones económicas en el momento de delinquir, se vulnera en su perjuicio la garantía que otorga el artículo 20 fracción I, de la Constitución Federal” (Tesis 76 de la novena parte, apéndice 1917-1985).

2.7 Libertad dentro del Derecho Penal

El antiguo autor Del Castillo escribió “la libertad de un detenido se obtiene por el auto en que se le concede por falta de méritos; la de los procesados por la resolución que declara el

desvanecimiento de los datos que sirvieron para dictar la formal prisión; la de los acusados por sentencia absolutoria; la de los reos por conmutación de la pena, amnistía o indulto”.²

2.8 Libertad por falta de méritos

“La expresión falta de mérito usada por nuestra legislación procesal significa precisamente la ausencia de elementos de convicción suficientes para la procedencia del procesamiento con relación a las personas indicadas en la imputación o traídas al proceso durante las primeras investigaciones”.³

En nuestro Derecho, cuando al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, no está comprobado el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad, el juez en acatamiento del 19 constitucional y de los correspondientes de las leyes adjetivas, pronunciará auto de soltura también conocido con el nombre de auto de libertad por falta de elementos para procesar, y que la doctrina ha

² Del Castillo, José R. “Práctica de enjuiciamiento criminal”, J.R. Garrido y Hermanos Editores, México 1916, p. 416.

³ Clarián-Olmedo, Jorge A. “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo IV, Editores Ediar S.A., Buenos Aires, p. 365.

considerado la libertad por falta de méritos con toda razón como un nombre inapropiado e inclusive pintoresco.

También es preciso señalar, por su relación con la institución que examinamos, que de manera incorrecta tanto el Código de Procedimientos Penales como el Código de Justicia Militar, que lo sigue en muchos aspectos, califican de formal prisión tanto la resolución que decide sobre la detención del presunto responsable de un delito que se sanciona con pena corporal, como aquella que resuelve sobre la situación procesal del inculpado a quien se le atribuye una conducta delictuosa y que no implica una sanción privativa de libertad o tiene carácter alternativo respectivamente. Por el contrario el Código Federal de Procedimientos Penales distingue claramente dicha situación y califica de formal prisión sólo a la primera y a la segunda como sujeción a proceso (artículos 161 y 162 del C.F.P.P.).

Esta distinción tiene relevancia para los efectos de la libertad por falta de elementos para proceder, puesto que tratándose de los delitos que se sancionan con pena corporal, la decisión respectiva implica la libertad provisional del inculpado; pero si se refiere a la hipótesis del presunto responsable de un ilícito que no puede dar lugar a una sanción corporal o es alternativa, la resolución implica

exclusivamente que el acusado no esté sujeto a proceso (Art. 167 del C.F.P.P.). En este último supuesto, existe una querrela, se integra un ilícito, pero el sujeto no requiere de acogerse al beneficio del artículo 20 constitucional en su fracción I, por ser su sanción pena alternativa y no privativa de libertad sino únicamente, se condiciona su libertad a estar firmando y sujetarse al proceso.

2.9 Libertad provisional, caucional previa o administrativa.

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

Esta institución se introdujo en la importante Reforma de 1971 al C.P.P. del D.F. y posteriormente se consagró en el C.F.P.P. en virtud de los problemas causados por el tráfico y el aumento constante de las infracciones de tránsito y, con el objeto de evitar a los presuntos responsables los perjuicios ocasionados por la detención preventiva, por tratarse de infracciones que casi siempre tiene una penalidad reducida.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 271 del C.P.P para el DF. y 135 del C.F.P.P. en las averiguaciones que se practiquen con motivo de los delitos imprudenciales, el Ministerio Público puede autorizar que queden en libertad sin perjuicio de que también pueda solicitar su arraigo.

El Código Federal de Procedimientos Penales exige además que el término medio aritmético de la sanción respectiva no debe exceder de cinco años de prisión.

2.10 Libertad provisional.

El sucedáneo de la prisión preventiva es, la libertad provisional que apareja un expediente cautelar para disuadir la sustracción del inculcado a la acción de la justicia.

La fracción I, del artículo 20 contempla el emplazamiento de la libertad provisional bajo caución. Esta fracción es el texto más frecuentemente modificado entre todos los que integran el acervo penal y procesal penal de la Constitución, salvo el artículo dieciocho, aunque los cambios en éste han tenido que ver con materias diferentes, en tanto que los aportados a la fracción I del artículo 20

atañen siempre, como es natural, a un solo tema: la libertad provisional, trátase de sus supuestos, trátase de las características de la garantía patrimonial. La fracción citada ha sido modificada en 1947-1948 y en 1984, y lo ha hecho una vez más en 1993 y 1996.

2.11 Libertad como Garantía Penal Constitucional

Como ya sabemos nuestra Carta Magna establece en el precepto que a continuación se transcribe, este derecho de la libertad caucional, como una garantía:

El artículo 20 constitucional señala: En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrá las siguientes garantías.

“Hechas las anteriores observaciones, es útil recordar los motivos del cambio en este punto, al decir de la iniciativa y del dictamen. La exposición de motivos de aquélla señaló la conveniencia de sustituir en el primer párrafo la expresión juicio de orden criminal por proceso del orden penal, que sitúa de manera plena el momento procedimental en que las garantías que dicho artículo consagra y que deben observarse (sic). De igual manera se

sustituye el término acusado por el de inculpado. El documento no indica la razón de este último cambio”.⁴

El principio fundamentalmente acusatorio del proceso penal mexicano se sustenta en la base aportada por la Constitución desde 1917. Y la extensión de las garantías del procesado a la etapa de averiguación previa, no tiene como límite la naturaleza administrativa de la misma, sino una determinación política ciertamente plausible atenta a la naturaleza de los actos que se realizan en la averiguación de los delitos, independientemente de que se trate de diligencias administrativas o jurisdiccionales.

La presente consideración es importante ya que el procedimiento sabemos, se inicia con la denuncia o querella hecha ante la representación del Ministerio Público, y no por ser este último una autoridad administrativa deja de formar parte del proceso tal y como lo aclara este autor es una decisión de carácter político, ya que al principio es procedimiento, por lo que aclara es una decisión formal de carácter político al señalarlo en su artículo 20 constitucional aún cuando no sea una autoridad jurisdiccional, donde de manera formal o teóricamente se inicia el proceso.

⁴ García Ramírez, Sergio. “El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano”, 2ª edición, Editorial Porrúa S.A., México 1995, p. 54.

2.12 Garantía Patrimonial

Otro tema descollante, en este orden de cosas, abordado en cada una de las reformas a la fracción I que venimos examinando, es el relativo a la garantía patrimonial.

En este punto se examinan tanto la naturaleza de la garantía como los factores a considerar para establecer su monto.

El texto de 1917 estipuló que el acusado sería puesto en libertad bajo fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute; sin más requisitos concluía la fracción que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla.

En consecuencia, se previó la garantía de depósito, hipoteca o fianza (no sólo ésta, pese a la errónea denominación del beneficio, por la propia fracción I, como libertad bajo fianza), y el monto se relacionó con un dato objetivo, la gravedad del delito, y otro subjetivo, las circunstancias personales del infractor, que permitiría el equitativo acceso de éste al beneficio establecido por la Constitución.

Con el paso del tiempo y la variación de las condiciones económicas, la referencia a los diez mil pesos (inconveniente en cualquier texto legal, y más todavía en la Ley Suprema) resultó inadecuada. Ya que podríamos pensar que toda aquella persona que tuviera la cantidad de diez mil pesos, le era cómodo cometer cualquier ilícito ya que su libertad estaba garantizada.

Otros extremos de la redacción merecieron, asimismo, nuevo examen, bajo la Reforma publicada en 1948, la fracción pasó a tener dos párrafos. El primero casi reprodujo los términos del texto de 1917, con un par de salvedades: no se habló ya de diez mil pesos, y la referencia cuantitativa pasó al segundo párrafo, y se indicó al final que la garantía conducente a asegurar la libertad quedaba bajo la responsabilidad del juez, en su aceptación. Con esto se quería evitar que la garantía resultase insuficiente o ilusoria, y con ello se vieran burlados los objetivos equilibradores de la libertad caucional.

El segundo párrafo se estableció en estos términos; en ningún caso la fianza o caución será mayor de \$250, 000.00 a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o, al daño ocasionado.

En consecuencia, se vincula la garantía no sólo al aseguramiento del inculpado, sino también al castigo por la conducta ilícita (beneficio económico obtenido por el autor), a través de un contra-impulso que frene el propósito de lucro con una pérdida económica, y al resarcimiento debido a la víctima (daño patrimonial causado a ésta). Sin embargo, esa norma rompió la equidad en la fijación cuantitativa de la garantía al estipular un monto muy superior a los del beneficio o el daño mencionados. La reforma de 1984 reelaboró ampliamente esta materia. Por una parte, conservó el tradicional vínculo entre el monto de la garantía y las circunstancias personales y gravedad del delito, y al hablar de caución, genéricamente, abrió la puerta para el funcionamiento de cualquier especie de garantía patrimonial. Por la otra, ensayó una nueva referencia para la determinación de la cuantía (abandonando el sistema de fijación en pesos) introdujo un régimen de garantía reforzada y distinguió entre las formas de la culpabilidad para asociar a ellas consecuencias en el *quantum* de la caución.⁵

⁵ *Idem*

2.13 Garantía patrimonial y el salario mínimo

“En 1984, el constituyente permanente adoptó la remisión al salario mínimo un concepto extra-penal y dinámico, que se modifica periódicamente para determinar el monto de la caución”.

Con ello incorporó el método de ajuste de cifras que tiempo antes se había generalizado en diversos ámbitos del Derecho mexicano, inclusive el penal (para establecer el monto de afectación en los delitos patrimoniales, del que depende, a su vez, la sanción aplicable).

La garantía en la reparación del daño. La garantía de las sanciones pecuniarias que pudieran imponerse al acusado, sanciones consideradas en plural por la Ley Suprema, se contraen a una sola: La multa. El constituyente se ha interesado más en asegurar al Estado la recepción de la multa, que en garantizar a la víctima, resarcimiento por el perjuicio que se le causó. Por lo demás simplemente el artículo 20 recupera aquí el empleo de la voz acusado, en lugar de inculpado, por la que optó en la cabeza del precepto, precisamente para sustituir a la de acusado, que utilizó ese artículo desde 1917.

“La fórmula actual de la caución plantea también otro problema. Aparentemente, los únicos factores a considerar en la fijación de su cuantía son el monto estimado de la reparación del daño y el de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculcado ¿qué ocurre cuando es imposible estimar el valor del daño causado, o éste tiene solamente carácter moral y no puede ser cuantificado en términos monetarios? ¿se toma en cuenta nada más la multa aplicable? de ser esto último, ¿habrá de considerarse el máximo de la multa que corresponde en abstracto, al delito cometido, o un término medio, como sugeriría la historia de la fracción I, por lo que tocaba, entonces, a la de prisión aplicable? Y qué sucede si la multa es muy reducida, por así determinarlo la norma penal, a pesar de que el delito revista carácter grave habida cuenta de sus características en el caso de que se trate, pues a menudo la severidad de la sanción es en correspondencia con la gravedad de la infracción y se traduce más en la pena privativa de libertad, que no se toma en cuenta para la caución, que en la multa, que sí se considera para tal efecto”.⁶

Ahora bien, en el supuesto de que no se fije garantía patrimonial alguna cuando no se presentan esos dos factores para determinación de su cuantía, estaríamos negando la naturaleza de

⁶ Ibidem, p. 55

esa institución procesal porque desembocaríamos en una “libertad provisional bajo caución” que es lo que dice, literalmente la Ley Suprema, sin caución.

La norma constitucional no autoriza al juzgador, contrariamente a lo que ocurría en el texto derogado, para tomar en cuenta otros elementos en la determinación del monto de la garantía. Si se llegara a la conclusión, sin embargo, de que es posible fijar garantía patrimonial a pesar de que no haya o no se pueda precisar un daño de esta naturaleza, ¿cuáles serían esos otros elementos?, ¿quedarían a la discreción del tribunal?, ¿los establecería la ley, creando así disposiciones restrictivas o condicionantes que no están previstas o autorizadas en la Constitución?

Por último si se sostiene esta última posibilidad, ¿cuáles serían los límites de la caución?; nunca hubo frontera mínima, y por ello siempre se pudo salvo en los delitos con repercusión patrimonial que la propia Constitución determinara fijar una caución casi simbólica, posibilidad que con ligereza olvidaron, deliberadamente, muchos de los críticos del anterior texto constitucional. Pero siempre hubo límite máximo: diez mil o doscientos cincuenta mil pesos, o determinado múltiplo del salario mínimo. Ahora no existe ese máximo.

En el caso de que el juzgador pudiera si tal es la interpretación que prevalece sobre la fracción I (fijar garantía patrimonial), ¿tendría la potestad de establecerla en una cantidad elevadísima, si fuera muy elevada también la capacidad económica del inculpado, aunque no se justifique esto, según la gravedad del delito cometido?; en ésta hipótesis, ¿sería necesario que la desproporción se combatiera en apelación o en amparo?

En fin, la constitución sólo asocia las garantías a los datos que hemos examinado. Establecer otros factores, o añadir una forma especial de caución sobre deberes a la garantía, estimulada en la Constitución, equivale a restringir la libertad otorgada por la Ley Suprema empeorando la situación del inculpado. Ésto no tiene soporte en nuestro Régimen Constitucional.

Exclusivamente con el daño y la sanción pecuniaria, como hemos visto, se hacen a un lado ciertos datos que antes fueron fundamentales, y que deben serlo: la gravedad del delito y las circunstancias del probable responsable.

Empero no parece acertado en absoluto que se incurra en injusticia para agravio del ofendido, si es que se sostiene, como enfáticamente lo hace el precepto, que la caución está

primordialmente dirigida a satisfacer el interés patrimonial de aquél, que ser “asequible” pudiera acarrear menoscabo del aseguramiento en favor del ofendido. Dado que el motivo de la caución se establece únicamente en función de la reparación del daño y del pago de “las sanciones pecuniarias”, ¿qué se quiere decir cuando se afirma que “en circunstancias que la ley determine (presumiblemente, las de insolvencia), la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución?; es aceptable que la reducción opere a costa de la posible multa, ¿pero lo es que deje al descubierto la reparación del daño?, como lo hace a menudo, la exposición de motivos de la iniciativa no aporta los motivos de la nueva redacción, sino se limita a decir, con diversas palabras, lo que dice la propuesta normativa.

El dictamen que, como hemos visto, establece una preferencia decidida de los derechos del inculpado sobre los de la víctima, insiste en que **en todo caso, se deberá pretender afectar lo menos posible al interés que se sacrifica**. Hasta aquí, el argumento parece referirse al interés del ofendido, pues como antes vimos es éste el interés que se posterga en aras del inculpado. Sin embargo, luego se menciona de nueva cuenta, solamente, el interés de este último, pues se hace ver que el juez, en circunstancias que la propia ley secundaria deberá contemplar, atendiendo al inculpado, tales como profesión u oficio, nivel educativo, ambiente familiar, posición

económica, entre otros, podrá disminuir el monto de la caución inicial o, en su caso, que por los propios acontecimientos que se den dentro del proceso hagan factible tal disminución.

Por lo dicho, el precepto resuelve: **En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial.** En los términos del penúltimo párrafo del artículo 20, esta norma es aplicable al Ministerio Público, que en consecuencia también podrá disminuir el monto de la garantía que, en su caso, hubiese establecido.

El dictamen, guía para la comprensión de la norma transcrita, debió aludir al lado de los datos personales del inculpado, y acaso con preferencia sobre éstos a la mejor precisión del monto del daño y de probables sanciones pecuniarias, como factor para reducir la garantía fijada inicialmente. Quizás esto fue lo que se quiso manifestar, pero no alcanzó a decir, en el difícil párrafo del dictamen: Que por los propios acontecimientos que se den dentro del proceso hagan factible tal, disminución.

Por otro lado, no tiene caso restringir la facultad de disminución de la garantía a la circunstancia de que ésta ocurra con respecto a la caución inicialmente fijada. Puede ser procedente hacer

disminuciones en relación con la garantía fijada en un momento posterior (ya no la inicial), pues a su vez disminuyó ésta, si se acredita que los daños causados y las sanciones pecuniarias son o pueden ser menores que los previstos en ese segundo o tercer momentos, y así sucesivamente.

Surge también cuestión cuando sucede lo contrario, es decir, se demuestra que los daños y las probables sanciones son mayores que los anteriormente, supuestos. ¿Puede incrementarse la garantía? Probablemente no, porque la Constitución sólo autoriza expresamente las reducciones, y un incremento (pese a ser justo) no mejora, sino empeora la situación al destinatario de la garantía individual.

A este respecto, hubo una caución ordinaria y otra agravada o reforzada, como indicamos, ambas depositadas en el segundo párrafo de la fracción I. La primera se concretó en esta forma: 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.

La segunda fue estipulada como sigue “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 donde se cometió el delito.

En esta segunda especie se trataba de establecer la posibilidad, al menos, de mayor congruencia entre el monto de la caución y la realidad de los factores sujetos a consideración por parte del juzgador para disponer aquéllas. Hubo al respecto algunas objeciones fácilmente superables. Sé que al hablar a propósito de la caución reforzada, de “la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima”, se había olvidado que ya la primera parte del precepto aludía precisamente a esa gravedad o a esas circunstancias lejos de haber un olvido, hubo un énfasis necesario en el carácter especial de ambos factores, justamente porque se estaba permitiendo la duplicación de la garantía. En la misma orientación crítica se indicó que el aumento de la garantía cerraba las puertas a la libertad caucional.

Esta observación (dictada por la prisa en impugnar, más que por la lectura reflexiva o siquiera atenta del precepto) ignoró que se facultaba al tribunal para, incrementar el monto de la caución hasta la cantidad a duplicar, pero no se le ordenaba hacerlo. En suma, si el tribunal estimaba conveniente, podía fijar un día de salario mínimo, no

necesariamente cuatro años. Los críticos más apresurados pensaron sólo esto, pero no vieron aquello.

El texto de 1984 manejó este complicado asunto a través de un juicioso deslinde, como señalamos, entre los extremos de la culpabilidad según aparecieron recogidos desde mil novecientos ochenta y tres hasta mil novecientos noventa y tres en el Código Penal: intención (o dolo), imprudencia (o culpa) y preterintención.

El tercer párrafo de la fracción se refirió a los delitos intencionales y el cuarto a los imprudenciales y preterintencionales, asimilados efectos. Así, aquél dice: “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, supuesto que mantiene el problema de equidad.

El cuarto párrafo puntualizó: 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.

Esta última frase -“y se estará.”- fue un notorio error del texto. Evidentemente, no era posible aplicar el párrafo inmediato anterior, que se refiere a otro supuesto: delitos intencionales; pero podía ser aplicable el segundo párrafo, acerca del máximo de caución aplicable en general, si no disminuía, con esta remisión, la cuantía prevista por el **delito imprudencial o preterintencional** con consecuencias patrimoniales.

En la Reforma de 1993, el asunto al que ahora nos referimos está regulado en los párrafos primero y segundo. El primero ordena que se otorgue la libertad provisional bajo caución siempre y cuando se garantice suficientemente el monto de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al acusado.

El segundo resuelve: El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles, (en la iniciativa se dijo accesibles) para el inculcado. En circunstancias que la ley determine, también se dijo, en circunstancias especiales la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial, el término inicial no figuraba. (Definamos accesible, significa según el Diccionario Larousse: “De fácil acceso o

trato, asequible, abordable, cercano que se puede llegar. Que se puede tener acceso que, puede conseguirse o alcanzarse).⁷

Estas fórmulas tienen la virtud de ser más directas y concisas que las anteriores, además de que reiteran que la caución atiende a la protección del derecho del ofendido; pero al mismo tiempo contienen, lamentablemente, algunos errores importantes, o en todo caso, para decirlo más suavemente, algunas estipulaciones discutibles.

Se dice que la caución debe asegurar suficientemente el monto de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias, solamente, y con ello se incurre en olvidos mayúsculos, que no cometía el texto de 1984.

En efecto, ignora nada menos que la caución sirve “también” para asegurar la presencia del inculcado en el juicio; éste es, en rigor, su objetivo principal, que le confiere razón y sentido.

También hace de lado un concepto relevante a propósito del menoscabo patrimonial de la víctima, que está en el Código Penal desde la Reforma de 1983, el perjuicio, noción que no se asimila, por

⁷ García Pelayo, Ramón y Gross “Pequeño Larousse” Diccionario Enciclopédico de todos los conocimientos, Ediciones Larousse, México D.F. 1978.p.9

supuesto, a la de daño, y que puede ser muy importante para la economía del agraviado. ¿Por qué debe contentarse éste con una satisfacción parcial de su interés económico, la correspondiente al daño, y absorber la carga del perjuicio, no obstante que aquél y éste tienen como fuente el mismo hecho ilícito? Ni el código civil, ni el penal han ignorado este punto, lo olvida, en cambio, la Constitución, a pesar de que tenía a la vista el texto de 1984.

“En el dictamen se halla la raíz político-legislativa de esa norma. Con ella se busca conciliar este derecho del inculpado con el interés de la víctima o el ofendido, a que se le garantice el monto estimado de la reparación del daño. Sin embargo, en aquellos casos en que exista un conflicto grave entre estos dos intereses, en los términos que señale el legislador, se deberá preferir el de la libertad de quien no ha sido declarado culpable sobre aquel interés que protege a la víctima, en razón del principio de presunción de inocencia y de preponderancia de la libertad frente a los bienes tutelados por los delitos que alcanzan (sic) genéricamente este beneficio, aunque es claro que son los probables delincuentes, y no los delitos, quienes alcanzan el beneficio que se comenta.

En este punto, el Legislador Constitucional ha ignorado que la garantía se fija para asegurar el cumplimiento de un deber, una vez

que ésta se ha determinado en la sentencia ejecutoria de condena, no para atenderlo de inmediato, pendiente aun el juicio penal. Si sobreviniera la condena y no hubiese aseguramiento suficiente, quedaría al descubierto un indiscutible derecho del ofendido.

Si sobreviene, en cambio, la absolución, se cancelará la garantía. No cabe duda de que esto causa daño patrimonial al inculpado, como no lo hay de que aquella también lo ocasiona indebidamente, al ofendido. En todo caso el Estado debiera cuidar que no se afecte sin justicia a ninguno de estos sujetos. Esto lleva a reconsiderar la carga por los costos de la garantía, cuando resulte inocente el inculpado que la otorgó”⁸.

2.14 Libertad caucional como resultado de la apelación

Este recurso se encuentra dentro del capítulo III de la apelación, en donde en su “Artículo 414 vigente del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en adelante nos hablan del derecho de apelar, aún cuando en materia de libertad caucional no se requiere agotar este recurso, como ya lo señalamos en otro punto del presente trabajo ya que la libertad caucional está contemplada como una garantía que se desprende del precepto

⁸ *Idem.* p 54.

constitucional, por lo que será optativo para el procesado recurrir en esta vía o hacer valer su derecho a través de la vía de amparo”.

2.15 Libertad en el Derecho procesal penal federal. artículo 20 fracción I Constitucional y 399 del C.F.P.P.

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

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías: I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

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

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional. Como se puede observar del precepto descrito Artículo 20, fracción I, en éste se obliga al juez y no al Ministerio Público federal, también cierto es que la ley ordinaria penal adjetiva obliga al Órgano Investigador Federal, a otorgar dichos beneficios.

Transcribiremos el artículo 399 del Código Penal Federal de Procedimientos Penales, adjetivo ya que en este artículo se legitima y garantiza a toda persona que es privada de su libertad, dentro de la etapa de investigación (averiguación previa) por el Ministerio Público

Federal, a ser puesta en libertad, siempre y cuando reúna los siguientes requisitos:

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

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

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

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

IV. Que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en el párrafo último del artículo 194 C.F.P.P..

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

Analicemos ahora cada uno de los requisitos que establece el artículo 399 de nuestro Código Federal de Procedimientos Penales.

Cabe hacer mención que este tipo de libertad se encuentra regulada en el título décimo primero, sección primera del citado Código adjetivo, intitulada “Incidentes de libertad”.

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

“Artículo 399 del C.F.P.P. Todo inculcado tendrá derecho durante la averiguación previa o el proceso a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos”:

Esto significa por una parte, que la persona que haya sido detenida por el Ministerio Público Federal, será puesta en libertad al instante después de que lo solicite, siempre y cuando se cumpla:

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

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

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

Leopoldo de la Cruz Agüero, opina al respecto: “En cumplimiento a dicho requisito procesal, una vez substanciado el incidente por cuerda separada, aportadas las pruebas y el juez dicte la resolución correspondiente y en ella considere que sí procede otorgar la libertad provisional bajo caución al inculpado, se procederá a dar cumplimiento a las condiciones fijadas, garantizando la reparación del daño, exhibiendo dinero en efectivo, fianza comercial, depósito bancario, hipoteca o cualquiera de las formas que señala la ley y a satisfacción del juez” ⁹.

⁹ De la Cruz Agüero, Leopoldo “Procedimiento Penal Mexicano, Teoría Práctica y Jurisprudencia”, México, 1995, Editorial Porrúa, S.A., p. 582.

En el siguiente párrafo del citado artículo 399 del C.F.P.P., nos refiere:

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

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

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

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

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

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

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

Continuamos con la siguiente fracción del artículo 399 del C.F.P.P. que dice:

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

Comentaremos esta fracción III, la cual ha traído como consecuencia una diversidad de criterios doctrinales encontrados. Por un lado se está de acuerdo con esta reforma y por el otro no.

Leopoldo de la Cruz, opina que: El legislador quiso tan sabiamente dar a entender a los ciudadanos que dicha fracción se refiere a que el procesado que solicite la libertad provisional bajo caución, deberá demostrar modo honesto de vivir, no contar con antecedentes penales anteriores, ser la primera vez que delinque, así se le puede llamar a la primera vez que alguien es acusado por el Ministerio Público de la comisión de un delito, sin ser condenado por un juez; que garantice no sustraerse a la acción de la justicia, exhibiendo garantía al efecto, sea en efectivo, bienes raíces o fianza personal, que cuenta con un empleo, etcétera.¹⁰

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

Otros doctrinarios como Jorge Mancilla, están en desacuerdo con tal hipótesis legal, manifestándose de la siguiente manera: El precepto en examen, establece como exigencia caucional un monto distinto al que autoriza la Carta Fundamental de la República, como garantía.

El Artículo 20 fracción I, de la Constitución, prevé que la caución de libertad procesal, es la cantidad equivalente a lo que

¹⁰ *Ibidem* p. 582.

pueden ser las sanciones pecuniarias por el delito. Así como, el derecho civil de la reparación del daño y la multa.

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

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

Por no estar autorizada por la Carta Magna una caución como la que se prevé en la Ley Procesal, el precepto 399 fracción III del Código Procesal Penal de la Federación, es anticonstitucional.

Los jueces, cumpliendo los dictados del artículo 133 de la Carta Magna, sólo deben de establecer la caución que autoriza la Ley Suprema.

Considero importante transcribir el Precepto Constitucional el cual a la letra dice así: Artículo “133, esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que

estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”.

Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.

La caución a que se refiere la fracción III del artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y las garantías a que se refieren las fracciones I y II, podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.

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

2.16 Libertad caucional y la revocación

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

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

LIBERTAD CAUCIONAL, REVOCACIÓN DE LA: La libertad de un procesado, consagrada por el Artículo 20 Constitucional entraña, una vez concedida, un derecho del reo que ya no puede privársele sino mediante juicio en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, como lo estatuye el Artículo 14 de la Carta Fundamental del país, independientemente de las modalidades que sobre ese aspecto fijen las Leyes reglamentarias, porque éstas no pueden contrariar la garantía aludida que, en su forma más amplia, protege los derechos del hombre y fija normas a seguir para poder privársele de ellos.

De aquí que aún cuando un código local de procedimientos penales prevenga que la libertad de un reo pueda ser revocada,

cuando el expediente en que se le concedió la libertad anteriormente esté concluido por sentencia ejecutoria; cometiere un nuevo delito que merezca pena corporal, deben estimarse vulnerados los derechos adquiridos por un reo en libertad bajo fianza, cuando no se le oiga previamente antes de revocarle su libertad, a fin de que pueda impugnar en ejercicio de sus derechos, la causa que motiva la revocación de su libertad.

Lo contrario sería anteponer una Ley Reglamentaria a la Constitución y suspender las garantías que establezcan, con modalidades creadas por leyes secundarias que no pueden tener fuerza legal bastante a contrariar el espíritu amplio, proteccionista de las garantías que la Constitución ha consagrado como invulnerables

LIBERTAD CAUCIONAL, REVOCACIÓN DE LA: “Si bien es cierto que esta Suprema Corte ha sustentado el criterio de que la obligación que se impone a los reos que disfrutan la libertad bajo fianza, de presentarse en determinados días al juzgado o tribunal donde radica su causa, es violatoria del Artículo 19 Constitucional, cuando esta obligación, no está determinada por las leyes locales que reglamenten este beneficio, no lo es menos que dicha libertad, consagrada por el Artículo 20 Constitucional, entraña, una vez concedida, un derecho del reo del que ya no puede privársele sino mediante juicio en donde se cumplan las formalidades del

procedimiento, como lo dice el Artículo 14 de la Carta Fundamental del país, independientemente de las modalidades que sobre ese aspecto fijen las leyes reglamentarias, porque aún estableciendo determinadas obligaciones a cumplir por el reo beneficiado, no pueden contrariar la garantía aludida que, en su forma más amplia, protege los derechos del hombre y fija normas a seguir para poder privársele de ellos. De aquí que, aún cuando el Código de Procedimientos Penales aplicable prevenga que la libertad de un reo puede ser revocada cuando éste no cumpla con las obligaciones contraídas al concedérsele tal beneficio, deben estimarse vulnerados los derechos adquiridos por un reo en libertad bajo fianza, cuando no se le oiga antes de revocarle su libertad, para apreciar si fue justa o injusta, comprobada o in-comprobada, la causa que motivó el incumplimiento de esas obligaciones, lo contrario sería anteponer una Ley Reglamentaria a la Constitución y supeditar las garantías que establece, a modalidades creadas por leyes secundarias, que no pueden tener fuerza legal bastante a contrariar el espíritu amplio, proteccionista, de las garantías que la Constitución ha consagrado como invulnerables”.¹¹

¹¹ Semanario Judicial de la Federación, tesis de la primera sala, 5ª época, tomo CIV, Pérez Manuel, cinco votos p. 581.

LIBERTAD CAUCIONAL, UNA VEZ CONCEDIDA LA. Ya no puede privársele al procesado, sino mediante juicio en el que se cumplan las formalidades del procedimiento (legislación del estado de Chiapas).

Si bien es cierto que el artículo 536 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chiapas, faculta al Juez que concede la libertad caucional revocar dicho beneficio cuando el procesado deje de cumplir con las obligaciones contenidas en el Numeral 535 del Código citado, también lo es que la libertad bajo fianza consagrada en el Artículo 20 Constitucional entraña una vez concedida, un derecho del procesado del cual ya no puede privársele sino mediante trámite en el que se cumplan las formalidades del procedimiento como lo establece el Artículo 14 de la Constitución Federal.¹²

2.17 Privación de la libertad por orden judicial y obtención de la misma sin fianza o caución.

Requisito previo al derecho a solicitar la libertad bajo caución es el encontrarse privado de la libertad y encontrarse ante la autoridad facultada a proporcionar este beneficio, por lo que

¹² Semanario Judicial de la Federación, jurisprudencia visible de la 8va época, amparo en revisión, 361/93, José Luis Lezama Penagos, 26 de agosto de 1993, unanimidad de votos.

considero muy importante e interesante definir cuando nos encontraremos en esta situación de una detención legal y cuando no.

La regla general es que el Estado, respetuoso de los derechos humanos, que tiene de proteger la libertad física de todos los individuos y la de restringirla en los casos que previa y limitativamente establece en la ley, mediante las formalidades y requisitos que a continuación señalaremos y que la misma preceptúa.¹³

La orden de aprehensión debe ser expedida por autoridad judicial.

Dicho requisito se encuentra establecido en el Artículo 16 Constitucional, bajo las siguientes palabras:

“Artículo 16. No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial...”.

a) Esta es la regla general, ya que de todas las autoridades del Estado, los jueces son los únicos que tienen la facultad de dictar órdenes cuyo efecto sea privar de su libertad a una persona, no existe

¹³ Zamora Pierce, Jesús. “Garantías y Proceso Penal”, 10ª edición, Ed. Porrúa, México 2000, p. 12

otra autoridad que tenga semejantes facultades. La orden de aprehensión deberá girarse cuando se encuentran reunidos los elementos enumerados en la Constitución.

b) Que preceda denuncia o querella. Como lo indica el precepto legal en estudio al manifestar que:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia o querella...

La noticia de la existencia de un delito deberá allegarse a la autoridad para efecto de proceder a la investigación del mismo.

Así pues, la denuncia, será la noticia que cualquier persona dará a la autoridad sobre un hecho determinado, mismo que posiblemente sea constitutivo de un delito perseguible de oficio, puede provenir de la persona afectada o víctima del delito o de una tercera persona.

La querella, es la noticia que dan las personas afectadas sobre un hecho constitutivo de delito, perseguible a petición de parte, expresando su voluntad de que se persiga penalmente.

c) Que sean de un hecho determinado señalado por la ley como delito. La orden de aprehensión tiene como finalidad, poner al sujeto a disposición del juez competente, para que éste, en su caso pueda someterlo a prisión preventiva mediante auto de formal prisión ya que sino se encuentra el delito que se le imputa dentro de los sancionados con pena de prisión, el sujeto no puede ser sometido a prisión, ni ser privado de su libertad.

Es por ello, que el Artículo 16 Constitucional, señala dicho elemento de la siguiente manera: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado por lo menos con pena privativa de libertad...”

Es decir, no debe dictarse orden de aprehensión si el hecho que se encuentra tipificado en la ley como delito, es sancionado con pena alternativa, ya que no se tiene la certeza de que el individuo al ser declarado culpable, será sancionado con pena de prisión y solo podremos saberlo cuando se dicte sentencia.

d) Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. El Artículo 16 Constitucional, a partir de las reformas que entraron en vigor el día ocho de marzo del año de mil

novecientos noventa y nueve, exige que: “...existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.”

Para esto, es necesario que el Ministerio Público acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción penal, y así dicha autoridad judicial deberá verificar si dichos requisitos se encuentran acreditados como son: la existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión, en su caso, el peligro a que haya sido expuesto el bien jurídico protegido, la forma de intervención de los sujetos activos, la realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

En caso de que se requiera deberá tomarse en cuenta la calidad del sujeto activo y pasivo; el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; el objeto material los medios utilizados, las circunstancias de lugar, tiempo y ocasión, los elementos normativos y subjetivos y las demás circunstancias que se encuentren previstas en la ley; por cuanto hace a la probable responsabilidad, será necesario que se acredite que no existe a favor del inculpado una causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

e) Que el Agente del Ministerio Público solicite la orden de aprehensión. Él, es quien debe solicitar la correspondiente orden de aprehensión ya que en caso de que esta institución no solicite se libre, el juez no tiene facultades para hacerlo, es así como lo establecen los siguientes preceptos contemplados en el Código de Procedimientos Penales.

Artículo 136 del C.F.P.P. En ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público:

II. Solicitar las órdenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión, que sean procedentes.

El C.F.P.P. dice en el Artículo 168: El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Así también el Artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala en su párrafo segundo lo siguiente: Incumbe al Ministerio Público de la Federación; la persecución, ante los tribunales de todos los delitos del orden federal,

y por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpados.

f) La orden de aprehensión deberá constar en mandamiento escrito. El Artículo 16 Constitucional, en su parte inicial ordena que todo acto de molestia en la persona, debe constar en mandamiento escrito, por lo que resulta violatoria toda orden verbal mediante la cual se pretenda privar de su libertad a un individuo. Éste tiene derecho a saber la fundamentación y motivación legales del hecho de autoridad que le afecte, así como de la autoridad de quien provenga.

g) La orden de aprehensión debe ser dictada por la autoridad competente. El Artículo 16 Constitucional indica que: "...nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente.....no podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial. "Atendiendo a dicha norma, sólo puede dictarse una orden de aprehensión por un juez competente para ello, es decir por un juez penal. Siendo inconstitucional la orden de aprehensión dictada por un juez incompetente por razón de territorio o fuero, aun cuando se trate de juez penal".¹⁴ La orden de aprehensión desde el

¹⁴ Pérez Palma, Rafael. "Fundamentos Constitucionales de Procedimientos Penales", Ed. Cárdenas, México, 1974.

punto de vista dogmático, es una situación jurídica, un estado, un modo de lograr la presencia del imputado en el proceso.

“Desde el punto de vista procesal, es una resolución judicial en la que, con base en el pedimento del Ministerio Público y satisfechos los requisitos del Artículo 16 Constitucional se ordena, la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto, de inmediato, a disposición de la autoridad que reclama, lo requiere con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye”.

15

De igual forma como ya lo hemos explicado a dicha regla general se le contraponen excepciones que el mismo precepto 16 Constitucional, hace referencia a la pérdida de la libertad física.

2.18 Excepción de flagrancia

Colín Sánchez, Guillermo nos dice que existe flagrancia “cuando la persona es sorprendida en el momento de estar cometiendo el delito”, así como también debe entenderse por

¹⁵ Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 16ª edición, ed. Porrúa S.A., México 1997, p. 243.

flagrancia . . . “Después de ejecutado el acto delictuoso, el inculpado es materialmente perseguido”.¹⁶

Se denomina delito flagrante, cuando el autor es descubierto en el momento de su ejecución o en aquél en que el autor es sorprendido cuando lo acaba de cometer.

El Diccionario de la Lengua Española gramaticalmente señala que flagrante significa: “Que está ejecutando actualmente” y referido a los delitos, es “en el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir”.¹⁷

A mayor abundamiento, el Artículo 152 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, refiere en su penúltimo párrafo, lo siguiente:

Cuando un particular detuviere a un inculpado en caso de delito flagrante, deberá ponerlo a disposición del Ministerio Público, cuando no lo hubiere en el lugar, a la autoridad más inmediata, quien con la misma prontitud la entregará a la representación social.

¹⁶ *Op. cit.* p.187.

¹⁷ De Pina Vara, Rafael, “Diccionario de Derecho”, Editorial Porrúa S.A. México, 1993 p. 292.

Así, como la ley obliga a todas las personas sin distinción, a conocer el contenido de la ley penal, así también le brinda la atribución a cualquier autoridad que tenga o no-competencia, sin necesidad de que en un mandamiento se consagre un acto de autoridad, obliga a la autoridad que ejerce la detención, a poner a quien realiza la conducta delictiva inmediatamente ante la autoridad competente, para que se integre la averiguación previa correspondiente.

Por lo que debe quedar bien claro que la flagrancia, se da propiamente cuando el autor del delito es sorprendido al momento de cometerlo.

Siendo esto una necesidad procesal, ya que atendiendo a la naturaleza y fines del proceso penal resulta indispensable restringir la libertad física o personal del autor del delito en cuanto lo está cometiendo, en virtud de que de no ser así resultaría imposible asegurar la presentación del individuo.

Deducimos por tanto, que aún cuando el mismo Artículo 16 Constitucional establece como requisito de validez la existencia de denuncia, acusación o querrela para que se pueda librar la orden de aprehensión, también es cierto que constituye una excepción al

principio de seguridad jurídica, por autorizarse la privación de libertad de la persona que realizó la conducta delictiva, sin que exista acto de autoridad competente, siendo así una medida de protección social.

La flagrancia procede en los casos de delitos perseguibles de oficio, en virtud de que cuando la autoridad conoce de este tipo de delitos debe perseguirlos para que se castigue al responsable en forma inmediata y como una obligación de hacer, ya que por lo que hace a los delitos que se persiguen a petición de la parte ofendida, la autoridad competente no puede perseguir y obtener el castigo del autor, en tanto no exista la queja del ofendido, quien desee que se castigue al sujeto o autor del delito.

Debido a la evolución del derecho penal, la legislación vigente establece que no solamente debe entenderse por flagrancia el asegurar al delincuente en el momento mismo de cometer el delito, sino cuando también después de ejecutado el acto delictuoso el delincuente es materialmente perseguido.

Se equipara la existencia de flagrancia, cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos, o por quien hubiera participado con ella en su comisión; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito,

o bien, aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundamentalmente su participación en el hecho, siempre y cuando el mismo pueda ser constitutivo de delito grave, y no haya transcurrido un plazo de 72 horas desde el momento de la comisión de los hechos probablemente delictivos.

Cuando una persona fuere detenida en flagrancia deberá ser puesta sin demora a disposición del Ministerio Público; si no hubiera en el lugar, a la autoridad inmediata, quien con la misma prontitud lo entregará al Agente del Ministerio Público más próximo.

El Ministerio Público, una vez recibido el detenido:

I. Determinará su detención y no podrá retenerlo por más de 48 horas o de 96, cuando se trate de delincuencia organizada, a fin de investigar los hechos y la participación del indiciado; o

II. Si de los datos que obren en la indagatoria, es procedente ejercitar acción penal, al acreditarse los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, hará la consignación al juez competente; en caso contrario, ordenará su inmediata libertad.

2.19 Segunda excepción: La urgencia

Jesús Zamora Pierce nos dice: “la Carta Magna, señala en su Artículo 16 Constitucional como segunda causa de limitación a la libertad física del sujeto activo del delito o como segunda excepción a la regla general de que nadie puede ser privado de su libertad, sino sólo por orden judicial, los casos urgentes indicando que estos son aquellos en que se trate de un delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, asimismo establece que el Ministerio Público podrá bajo su más estricta responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder”.¹⁸

Para que el Agente del Ministerio Público, pueda entonces dictar la detención del individuo, es necesario reunir los siguientes requisitos: Debe tratarse de delito grave.

Debe tratarse de un caso urgente, entendiendo por éste, como aquél en el que existe el temor fundado de que el indiciado se

¹⁸ *Op. cit.* p.12.

sustraiga a la acción de la justicia; esto es, que la autoridad tenga la sospecha de que la persona acusada por la comisión de un delito calificado como grave por la ley, intente eludir ésta y con ello suspender los fines del proceso penal.

La detención será ordenada por el Agente del Ministerio Público, ya que es obligación de dicha institución poner al inculpado que ha sido sorprendido en flagrancia, tratándose de casos urgentes o de delitos graves así calificados por la ley y ante el temor fundado de que el mismo se sustraiga a la acción de la justicia, ante la autoridad judicial, debiendo expresar y fundar los indicios que motivaron su proceder,

El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención estuvo apegada a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de ser así lo ratificará y, en caso contrario, decretará la libertad con las reservas de ley

.

2.20 Libertad constitucional

Libertad constitucional dentro de la etapa preparatoria se presenta por vicios en la detención, conforme al Artículo 16 fracción VI en relación con el Artículo 134 del C.F.P.P.

Este tipo de libertad la encontramos dentro del Artículo 16 Constitucional en el párrafo sexto, mismo que podemos relacionar con el Artículo 134 párrafo cuarto del Código Federal de Procedimientos Penales.

El citado Artículo 16 fracción sexta dice: El juez ratificará o en su caso ordenará la libertad con las reservas de ley, y el párrafo cuarto del Artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales establece: “El Juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o no; en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretará la libertad con las reservas de ley”.

De acuerdo con la adición constitucional se establece una obligación a cargo de los órganos jurisdiccionales en materia penal para resolver de inmediato sobre la constitucionalidad o no de la detención de la persona o personas que le son consignadas. Cabe señalar que en esta hipótesis legislativa se tiene como presupuesto la existencia y tramitación de una averiguación previa con detenido, lo cual sólo puede acontecer cuando la indagatoria se haya iniciado con flagrancia en la detención del probable responsable o bien cuando el órgano investigador haya ordenado la detención del mismo

argumentando el caso urgente. De esta forma como indica el propio texto constitucional, los jueces penales que reciban alguna consignación con detenido, en forma inmediata, esto es, después de haber pronunciado el auto de radicación y sin llevar a cabo ningún otro trámite, deberán estudiar las constancias del expediente para resolver si en el caso concreto existen los datos suficientes que acrediten la legítima privación de la libertad del indiciado o indiciados, por lo tanto, esta resolución judicial deberá decretarse antes de la celebración de la audiencia de declaración preparatoria. Si se evidencia el legal proceder del órgano investigador, el procedimiento penal habrá de continuar en consecuencia; en caso contrario, es decir, cuando se ponga de manifiesto que la detención de los indiciados se llevó a cabo violando los extremos constitucionales, el juzgador penal decretará la libertad de los consignados, sin perjuicio de que con posterioridad el Ministerio Público Federal pueda solicitar las órdenes de aprehensión correspondientes si procedieren. Se considera que la libertad así ordenada es una libertad constitucional y que no existe reserva alguna respecto de la misma; esto es, la libertad lisa y llana, pues sobre ésta el juez no debe establecer ninguna condición ni solicitar caución o garantía, ni protesta del liberado, ni ningún otro requisito. El auto que ordena la libertad en tales condiciones habrá de notificarse en forma inmediata al encargado o responsable de la prisión, para que los funcionarios

ejecuten la misma en el acto, y lleven a cabo la excarcelación de las personas beneficiadas, sin perjuicio de que el Ministerio Público Federal o el ofendido o víctima del delito se inconformen con dicha resolución.

Cuando se da el caso de que la detención de alguna persona exceda de los parámetros constitucionales, el servidor público que haya ocasionado la privación de la libertad del probable responsable o haya mantenido la detención en forma ilegal, será responsable penalmente por ese solo hecho. En cuanto a la facultad que la carta magna le otorga a los jueces penales para resolver sobre la constitucionalidad de la detención, se considera que la misma no se opone al régimen de Derecho del Estado mexicano, pues si bien es cierto que el control constitucional se encuentra reservado para los órganos especializados del poder judicial de la federación, no menos cierto es que de acuerdo con los numerales 128 y 133 de la ley suprema, todo servidor público, incluyendo a los jueces penales tienen la obligación de respetar los mandatos de la Constitución Federal y hacerlos valer en el ámbito de sus particulares atribuciones.

El Artículo 128 Constitucional dice:...Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo prestará la protesta de guardar la Constitución y las Leyes que de ella emanen.

Así como también el 168 del C.F.P.P. se refiere a que el órgano jurisdiccional revisará si el Ministerio Público Federal integró correctamente o no la averiguación previa y las consecuencias de esta segunda hipótesis.

El Artículo 168 del C.F.P.P. dice: “El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez examinará si ambos requisitos están acreditados en autos”.

Dichas consideraciones deberán ser las siguientes:

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

II. La forma de intervención de los sujetos activos.

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión; Asimismo se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribución a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; los elementos

normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

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

El cuerpo del delito y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.

En el supuesto de que el Juez de Distrito dicte el auto de ratificación de la detención, justificando ésta, y el procesado o su abogado defensor consideraran que es violatorio de garantías dicho auto por no satisfacer los requisitos antes mencionados, podrá ser apelable, con fundamento en el Artículo 367, fracción III bis, del Código Federal de Procedimientos Penales que a la letra dice:

“Artículo 367. Son apelables en el efecto devolutivo.

III bis: Los autos que ratifiquen la constitucionalidad de una detención a que se refiere el párrafo Sexto del Artículo 16 Constitucional”.

2.21 Libertad caucional y nuestro máximo tribunal

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

El Derecho Positivo Mexicano ius positivismo, ha “reconocido” esa garantía de libertad del hombre al pronunciarse nuestro máximo tribunal de justicia, en los siguientes términos:

Libertad personal. El derecho a que ella tiene el hombre, le es propio, viene de su naturaleza, y la ley no se lo concede sino que se lo reconoce; pero si por los motivos previstos en la ley, es privado de esa libertad, nace entonces el derecho de estar libre mediante ciertos requisitos. “En efecto la convivencia humana sería un caos si no existiera un principio de orden”.¹⁹

En concordancia con los conceptos antes invocados es de señalarse que el Artículo 14, párrafo segundo de nuestra Constitución consagra la garantía de audiencia, de lo cual se desprende que

¹⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio. “Derecho Constitucional Mexicano”, 2ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1976, p. 511.

ninguna persona que se encuentre dentro del territorio nacional podrá ser privada de su vida, libertad, propiedades, posesiones o derecho sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

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

Dentro de estos casos de excepción se encuentran tanto la detención en flagrante delito, como la del caso urgente, así como la prisión preventiva cuyo fundamento se halla en la primera parte del primer párrafo del Artículo 18 Constitucional. Este caso excepcional consiste en que la privación de la libertad se lleva a cabo antes del juicio, es decir, primero la restricción de la libertad y después el juicio. Como se ha señalado la prisión preventiva tiene como objeto la defensa y preeminencia del interés social sobre el interés propio. De tal suerte que, jurídicamente es válida la restricción de la libertad del individuo para poder llevar a cabo su enjuiciamiento; sin embargo y ante la desgracia que teórica y prácticamente se ha evidenciado

acerca de la prisión preventiva, surge la figura procedimental de la libertad provisoria, de tal suerte que la prisión preventiva habrá de reservarse solamente para casos verdaderamente extraordinarios.

Es decir, la libertad provisional bajo caución es un instrumento mediante el cual se puede postergar la pérdida de la libertad una vez que el enjuiciamiento penal se haya consumado, ajustándose así a la regla general del juicio previo al acto de privación de libertad contenido en el numeral 14 Constitucional antes señalado. Algunas han sido las formas que la ley adjetiva ha utilizado para hacer procedente el beneficio de libertad aludida, pero siempre teniendo como presupuesto que el delito imputado es sancionado exclusivamente con pena corporal.

Así, tenemos que hasta antes de la Reforma Procesal de 1984, esta libertad procedía cuando el término medio aritmético de la punibilidad del delito base no excedía de los cinco años de prisión. A raíz de la innovación legal mencionada, se consideraron para su procedencia no solamente ésta, sino también la de las circunstancias modificativas del evento, lo cual se tradujo desafortunadamente en que sólo una minoría de las personas encarceladas para su enjuiciamiento pudieran alcanzar su libertad provisional,

traduciéndose esta situación en la indeseada sobrepoblación penitenciaria.

Es aquí donde podemos señalar que incrementando el termino medio aritmético de cinco a diez años daríamos margen a poder alcanzar la libertad bajo caución, aun en el supuesto de las circunstancias modificativas del ilícito.

El constituyente permanente en busca de dar un mejor tratamiento al beneficio en comento resolvió abandonar la antigua fórmula del término medio aritmético y resolvió, mediante la Reforma Constitucional de septiembre de 1993, emplear la figura de “delitos graves”, de tal suerte que al estar en presencia de uno de éstos se hace nugatorio que el detenido pudiese alcanzar su libertad provisional bajo caución, modificación constitucional que obligó al legislador a señalar taxativamente lo que ahora conocemos como el catálogo de delitos graves (Artículo 194 del C.F.P.P.).

Si del Código Federal de Procedimientos Penales, ya que no existe en la ley local un precepto como tal.

Así, a partir del primero de febrero de 1994, en que en el ámbito federal se señalaron exhaustivamente los delitos considerados

como graves, es que se ha venido utilizando esta fórmula novedosa en México para determinar si es factible o no conceder a los detenidos el beneficio multicitado, de tal manera que si se trata de delitos no considerados como graves, será procedente la libertad provisional bajo caución.

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

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

(Artículo 20 fracción I ultima parte de éste primer párrafo).

Como se observa, del párrafo mencionado hace que el beneficio de libertad referido sea resuelto discrecionalmente por los órganos de la autoridad, quienes se fundan en criterios eminentemente subjetivos, los cuales pugnan contra la garantía de seguridad jurídica que debe prevalecer sobre todo en el enjuiciamiento criminal, se estima que al ser la libertad individual una de las más altas prerrogativas del hombre su restricción, en todo caso, debe derivar objetivamente de la ley y no de criterios subjetivos que fácilmente puedan derivarse en actos autoritarios en perjuicio de la sociedad.

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

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

“Libertad caucional. Si bien es cierto que el Artículo 61 de la Ley de Amparo, autoriza a los Jueces de Distrito para conceder la libertad bajo fianza a los quejosos, cuando el acto reclamado se

refiere a la libertad caucional, también lo es que esa autorización no puede quedar al capricho de dichos funcionarios, sino que éstos tienen que sujetarse a las condiciones que para tales casos señalan las leyes federales o locales”.²⁰

Es importante y debe quedar bien claro que los Jueces de Distrito, con independencia de conocer los procesos por los delitos de orden federal y también por razón de su competencia, conocerán de todas aquellas violaciones a las garantías individuales que afecten a la libertad de los gobernados. El beneficio que se otorga al momento de brindar la libertad provisional bajo caución, su mismo nombre lo indica, es “provisional” hasta en tanto no se dicte sentencia, ya que la calidad de procesado cambiará por la de sentenciado. En caso de que la sentencia sea condenatoria tendrá el procesado la calidad de reo y no operará la libertad provisional bajo caución.

²⁰ Queja en Amparo Penal. Agente del Ministerio Público Federal. 29 de marzo de 1921. Unanimidad de ocho votos.

2.22 Libertad bajo protesta

Como una nota de alto contenido romántico en nuestra Legislación Procesal Penal Federal, se encuentra la figura de la libertad provisional bajo protesta, signo inequívoco de que en alguna ocasión el hombre creyó en la palabra del hombre. No resulta sorprendente el saber que en la actualidad ningún detenido alcance su libertad por conducto de esta figura, ya que para alcanzar ésta, la ley contiene figuras no viables al alcance de los detenidos.

Es quizá uno de los pocos apartados en la Ley Penal que tiene tintes populistas, ya que tratándose de personas de escasos recursos es procedente el beneficio cuando la pena máxima de prisión no excede de cuatro años, siendo que la regla general establece que no ha de ser superior a los tres años de prisión. Al igual que la figura contenida en el Artículo 135 Bis, del Código Federal Adjetivo, se deben acreditar una serie de requisitos para hacer factible su actualización, sólo que este beneficio queda reservado para ser otorgado por el poder judicial y siempre que se lleve a cabo el acto solemne de la protesta por parte del inculpado o procesado.

2.23 Libertad por falta de elementos para procesar
conforme al Artículo 167 del C.F.P.P.

El Artículo 19 Constitucional establece en un principio:

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se le impute al detenido y que hagan probable su responsabilidad

La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal

Por su parte el Artículo 167 del C.F.P.P. dice:

Si dentro del término legal no se reúnen los requisitos necesarios para dictar el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, se dictará auto de libertad por falta de elementos para procesar o de no sujeción a proceso, según corresponda, sin perjuicio de que por medios posteriores de prueba se actúe nuevamente en contra del inculpado; en estos casos no procederá el sobreseimiento hasta en tanto prescriba la acción penal del delito o delitos de que se trate.

También en estos casos, el Ministerio Público podrá promover prueba en el ejercicio de las atribuciones que le confiere el segundo párrafo del Artículo 14 Constitucional, hasta reunir los requisitos necesarios, con base en los cuales, en su caso, solicitará nuevamente al juez dicte orden de aprehensión, en los términos del Artículo 195, o de comparecencia según corresponda.

En el libro del Doctor Sergio García Ramírez²¹ aporta varias definiciones sobre el tema en particular, transcribiremos las que consideramos más importantes:

De acuerdo con el artículo constitucional transcrito con anterioridad, para que exista el proceso penal en estricto sentido se requiere de una resolución judicial que le otorgue razonabilidad al procesamiento, de ahí que en materia penal en nuestro país la litis es consecuencia de una declaración judicial, la cual deberá reunir dos requisitos de fondo, éstos son: Los elementos típicos del injusto y la probable responsabilidad del inculpado. Actualmente el Artículo 19 Constitucional señala que deberá justificarse con la averiguación previa que arroje datos suficientes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

²¹ Ibidem. p. 55

El Código Federal de Procedimientos Penales en su Artículo 168 nos dice. El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos en el caso de que la descripción típica lo requiera.

De tal manera que en cada caso concreto en el expediente se deben reunir elementos de prueba que satisfagan los extremos mencionados, pues si no se justifican tales elementos de fondo no habrá la base fáctica ni jurídica para dar inicio al proceso penal federal, obligando al juzgador a decretar en favor del indiciado el llamado auto de libertad por falta de elementos para procesar, con su correspondiente excarcelación cuando se haya consignado con detenido o bien, cuando se haya cumplimentado una orden de aprehensión o el presunto responsable se haya sometido voluntariamente a la jurisdicción del juzgador.

Esta resolución de libertad, habrá de dictarse dentro del plazo señalado en el Artículo 19 Constitucional, es decir, dentro de las

setenta y dos horas en que el indiciado haya sido puesto a disposición del juez, o bien, dentro de las ciento cuarenta y cuatro horas, cuando el propio inculcado o su defensor con aprobación de aquel hayan solicitado oportunamente la duplicación del plazo de preinstrucción.

Los efectos del auto de libertad por falta de elementos para procesar son distintos. En algunos casos habrá de tener efectos definitivos y en algunos otros causará efectos provisionales.

Así, cuando el juzgador resuelva la libertad por inexistencia del evento presumiblemente delictivo, o cuando éste, existiendo, no constituya delito alguno, o bien se determine la completa ausencia de participación del inculcado en la comisión del hecho atribuido, el auto de libertad habrá de tener efectos definitivos, lo cual implica el sobreseimiento total de la causa, operando en favor del liberado el principio de *non bis in idem*.

Por el contrario, cuando el resolutor determine que en el caso concreto existe ausencia de pruebas que justifiquen el hecho o la probable participación del indiciado y que, por lo tanto, la investigación no esté debidamente concluida, el auto de libertad tendrá efectos provisionales.

De tal manera que el órgano investigador podrá recabar y aportar pruebas con posterioridad, tendientes a subsanar las deficiencias de la investigación y, en su caso, solicitar al órgano jurisdiccional la orden de aprehensión correspondiente.

En este sentido, considero que para no trastocar la garantía de defensa, las diligencias que se practiquen con posterioridad al decretamiento del auto de libertad por falta de elementos para procesar deberán hacerse en presencia del inculcado y su defensor; es decir, habrá de evitarse que dichas actuaciones se lleven a cabo en secreto, como en la mayoría de los casos que se presentan en la actualidad.

Otro aspecto de los efectos que causa el auto de libertad por falta de elementos para procesar es que pone fin a todas las medidas cautelares ya sean de índole personal o patrimonial; esto es, cesa la prisión preventiva y la libertad provisoria (cualquier tipo de libertad), en caso de que se hubiese concedido, así mismo se liberará todo aseguramiento de bienes muebles o inmuebles.

A partir de la fecha del auto de libertad por falta de elementos para procesar, comenzará a computarse el plazo para la prescripción

de la acción penal en caso de que no se hubiese decretado el sobreseimiento de la causa.

2.24 Caso en que es infundada la solicitud de reconocimiento de inocencia

Los elementos que obran en la averiguación previa, no fueron suficientes a juicio del juzgador para dictar auto de formal prisión, por lo que en su lugar se decretó libertad con las reservas de ley, ello no impide al titular de la acción persecutoria, aportando nuevos elementos probatorios, ejercitar nuevamente acción penal, situación que se encuentra prevista en el Artículo 167 del Código Federal de Procedimientos Penales en relación con el Artículo 23 Constitucional, en la parte que establece que queda prohibida la práctica de absolver de la instancia, pues claramente autoriza al Ministerio Público para que si aparecen nuevos elementos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado en su comisión, nuevamente ejercite la acción de que es titular en términos del Artículo 21 Constitucional.

En tales circunstancias, es evidente que el sentenciado no es juzgado dos veces por los mismos hechos, cuando el Ministerio Público, conforme a las facultades que le han sido conferidas,

únicamente aporta nuevos elementos en la averiguación previa que da origen al proceso que culmina con sentencia condenatoria, aun cuando en ocasión anterior hubiera consignado los hechos si los datos y probanzas aportadas no fueron suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado, razón por la cual se dictó un auto de libertad por falta de elementos para procesar “con las reservas de ley”, expresión esta última cuyo alcance se refiere a lo expuesto anteriormente, esto es, que el titular de la acción penal pueda ejercerla nuevamente, si aporta nuevos datos y probanzas.

2.25 Libertad constitucional por falta de entrega de la copia certificada del auto de formal prisión, conforme al artículo 19 última parte, de la Constitución Mexicana

El Artículo 19 de la Constitución Política Mexicana, prohíbe la detención de los procesados por más tiempo del permitido por la ley; en otras palabras, si los custodios que se encuentran en el interior del reclusorio retienen a una persona que ha sido privada de su libertad y después de que ha transcurrido el tiempo legal para resolver su situación jurídica ha transcurrido más del término de las 72 o 144 horas, según sea el caso, y no han recibido copia de la resolución del

juzgado, le llamarán la atención al juez y si dentro de las tres horas siguientes el juez no les notifica sobre tal situación jurídica, el director del reclusorio o el secretario general tendrán que ordenar inmediata libertad.

Tal como se señala el Artículo 19 Constitucional:

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal.

Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad.

2.26 Implicaciones del auto de libertad dictado con posterioridad al término constitucional

Si en autos consta que el inculpado en varios delitos, se le dicta auto de libertad por falta de elementos para proceder en su contra un día después de haber transcurrido el Término Constitucional

de 72 horas en que debe resolverse sobre la situación jurídica de todo detenido, tal irregularidad puede constituir una responsabilidad para el juez, pero no acredita que el propio funcionario haya amenazado al reo con decretarle la formal prisión si no llegaba a un arreglo con sus acusadores.

Así también, con fundamento en el Artículo 164 del Código Federal de Procedimientos Penales, se establece que si el funcionario encargado de la prisión preventiva no recibe copia autorizada en los términos antes mencionados, deberá poner en inmediata libertad al inculcado; leamos el artículo citado:

Art.164 C.F.P.P. El auto de formal prisión se notificará a la autoridad responsable del establecimiento donde se encuentre detenido el inculcado. Si este funcionario no recibe copia autorizada de la mencionada resolución dentro de los plazos que señala el Artículo 161 en su caso, a partir del acto en que se puso al inculcado a disposición de su juez, dará a conocer por escrito esta situación al citado juez y al Ministerio Público en el momento mismo de concluir el plazo, y si no obstante esto no recibe la copia autorizada del auto de formal prisión dentro de las tres horas siguientes, pondrá en libertad al inculcado. De todo ello se dejará constancia en el expediente del proceso.

“Este auto, el de sujeción a proceso y el de libertad (sic) por falta de elementos para procesar, se comunicarán en la misma forma al superior jerárquico del procesado cuando éste sea Servidor Público”. (sic)²²

2.27 Libertad por extinción de la acción penal, conforme al Artículo 100 y demás relativos del código penal federal.

El Artículo 100 del Código Penal Federal, regula la figura de la prescripción, en los siguientes términos:

“Artículo 100 del C.P.F. Por la prescripción se extinguen la acción penal y las sanciones, conforme a los siguientes artículos”.

Tomando en consideración que la figura de la prescripción, es un derecho de los gobernados, es importante el conocer este tipo de hipótesis legislativa.

Para que opere la prescripción que es un derecho del acusado procesado o sentenciado, basta que simplemente transcurra el tiempo

²² (sic) C.F.P.P. Agenda Penal Federal y del D.F. Raúl Juárez Carro, Editorial, S.A. de C.V. p. 215.

señalado por la Ley. Dicho derecho existe aun cuando no lo alegue el procesado, y el juez tiene la obligación de analizar si está prescrita la acusación en su contra o no, así lo establece el artículo 101 del Código Penal Federal.

En términos generales, tratándose de los delitos que son de querella o también conocidos a petición de parte dicho derecho de acción para formular la acusación prescribe en un año, a partir de que la parte ofendida tiene conocimiento del delito o del delincuente. En caso de que no tenga dicho conocimiento la acción prescribirá en tres años. Artículo 107 del C.P.F.

En caso de encontrarse el acusado dentro de la etapa de averiguación previa, el procesado durante la etapa del procedimiento o bien el sentenciado a punto de ejecutarse su sentencia, la prescripción se duplicará respecto a éstos, si se encuentran fuera del territorio nacional, así lo reza el Artículo 101 C.P.F. penúltimo párrafo.

Los plazos para la prescripción se duplicarán respecto de quienes se encuentren fuera del territorio nacional, si por esta circunstancia no es posible integrar una averiguación previa, concluir un proceso o ejecutar una sanción.”

Tratándose de delitos de oficio graves, la acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad señalada por la autoridad judicial, si ya se dictó sentencia, o si no se ha dictado sentencia y se está dentro de la etapa del procedimiento, la acción penal prescribirá en el término medio aritmético señalado por la ley, el cual nunca podrá ser menor de tres años, así lo señala el Artículo 105 del Código Penal Federal.

Concepto de prescripción. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, define a la prescripción diciendo que es acción y efecto de prescribir significando prescribir extinción de un derecho, acción, responsabilidad por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley.²³

Al incrementarse el termino medio aritmético, también se incrementa este termino para prescribir un delito, resultando beneficiando el ofendido ya que seria muy justo veamos el siguiente caso de homicidio culposo, articulo 141 codigo penal para el df. Penalidad minima 6 años maxima 20 termino medio aritmetico de la suma de estos, seran 13 años por los que quedaria en 10 años con lo cual se acerca a la realidad del termino medio

²³ Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, Madrid 1992, p.1177.

Aritmetico, siendo este el termino que devera prevalecer y no solo 5 años como se encuentra actualmente.

2.28 Libertad por decretarse el auto de formal prisión por un delito diverso al de la consignación (reclasificación del tipo) y este último se trata de un delito que tiene pena alternativa o no restrictiva de la libertad conforme al artículo 163 del C.F.P.P.

La presente figura jurídica señala que si el Ministerio Público Federal, realiza una consignación por delito del cual no se puede obtener la libertad provisional bajo caución, y al momento de que el juez federal está elaborando el auto de término constitucional se percata de que ésta, a través de la consignación, aportó elementos diferentes a los hechos que verdaderamente sucedieron, y bajo esa tesitura el juez reclasifica el tipo penal, y el nuevo tipo penal alcanza la libertad provisional, dicho juez tendrá que dictar la inmediata libertad, previa satisfacción de los requisitos procesales.

Artículo 163 del C.F.P.P. cita: Los autos a que se refieren los dos artículos anteriores se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación, y considerando la

descripción típica legal y la presunta responsabilidad correspondientes, aun cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores. Dichos autos serán inmediatamente notificados en forma personal, a las partes.

2.29 Libertad por exclusión del delito aplicación de una ley más favorable, de conformidad con el artículo 117 del Código Penal

Si a un sujeto al que se le está investigando durante la averiguación previa, se encuentra en proceso o bien ha sido ya sentenciado por algún delito el cual se ha derogado o abrogado pueden ocurrir dos hipótesis:

Primera hipótesis. Si aún no ha sido sentenciado, por el delito que se ha derogado o bien ya lo está por ese tipo penal derogado, procederá de inmediato la libertad del procesado.

Segunda hipótesis. Si el acusado ha sido sentenciado por algún delito y se ha modificado la punibilidad de tal delito, disminuyéndola, se le aplicará, en cumplimiento de la sentencia, la que más le convenga.

2.30 METODOLOGÍA Y TÉCNICA

En el presente capítulo utilizamos el método histórico jurídico por tratarse de una evolución de una investigación jurídica a la luz exclusivamente de los cambios legislativos, teniendo como fuentes la Ley la Costumbre y la Jurisprudencia.

Haciendo además una investigación con técnica empírica, su objeto lo constituye el orden jurídico del pasado y del presente.

Sus métodos son la interpretación de la Ley, o sea gramatical, lógico sistemático e histórico. Su utilidad se centra en la sistematización de las reglas jurídico positivas para facilitar la aplicación del derecho. Siendo su fuente el orden normativo, los fines que la precedieron y problemas que pretendió resolver, la aplicación efectiva de la norma en el terreno de la realidad concreta y factores que han influido en su eficacia para resolver los problemas.

CAPÍTULO TERCERO

3 DOCTRINAS RELATIVAS A LA APLICACIÓN DEL DERECHO IUS NATURALISMO, IUS POSITIVISMO Y EL IUS REALISMO; EL DERECHO INGLES, CANADIENSE Y BREVE ESTUDIO DE LA PENALIDAD.

Ha estas alturas de nuestro presente trabajo de investigación procederemos a elaborar un tercer capitulo conciso en busca de la hegemonía de los conceptos en torno al Derecho y su aplicación, en el territorio nacional y que proporciones estabilidad y seguridad para lo cual procederemos a adentrarnos brevemente en las siguientes doctrinas comenzaremos con el Ius Naturalismo.

3.1 EL Ius Naturalismo

EL Ius Naturalismo en esencia sostiene dos tesis:

Una tesis de filosofía ética, que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válida y asequible a la razón humana cerca de la definición del concepto de Derecho, conforme a la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados.

Una tesis acerca de la definición del concepto de Derecho, conforme a la cual un sistema normativo natural o una norma no pueden ser calificados de jurídicos si contradicen aquellos principios morales o de justicia.

Sin embargo, a pesar de que todos los iusnaturalistas coinciden en afirmar las dos tesis, no están de acuerdo en cuanto al origen o fundamento de los principios morales o de justicia confortantes del llamado Derecho natural y acerca de cuales sean tales principios.

Encontramos las siguientes corrientes naturalistas:

3.1.1 Ius Naturalismo Teológico

El Ius Naturalismo Teológico cuyo representante principal es santo Tomas de Aquino, quien mantiene que el Derecho natural es la huella que la ley eterna, creada por Dios ha dejado en la mente humana.

3.1.2 El Ius Naturalismo Racionalista

El Ius Naturalismo Racionalista que tiene su origen en la filosofía iluminista, extendida por Europa durante los siglos XVII y XVIII para esta corriente el Derecho natural no dimana de ningún mandato divino, sino de la naturaleza o estructura de la razón humana, axiomas auto evidentes para la razón humana que constituyen la base de las normas fundamentales integrantes del Derecho natural y de las cuales se inferirán las restantes normas. Siendo sus principales exponentes Spinoza, Pufendorf, Wolf y Kant.

3.1.3 Escuela Historicista

La Escuela Historicista, que buscaban la inferencia de normas de validez universal, derivadas del desarrollo de la historia humana, motivada por una necesidad interna que la dirige hacia un destino determinado, lo bueno y lo malo es producto de la dirección histórica. Sus principales exponentes son Savigny y Puchta.

3.1.4 Naturaleza de las Cosas

En el siglo XX se difunde en Alemania la corriente basada en la Naturaleza de las Cosas, mantiene que ciertos aspectos de la realidad poseen fuerza normativa y constituyen una fuente de Derecho a la que debe adecuarse el Derecho positivo. Sus principales exponentes son Díetze, Maihofer y Welzel.

3.1.5. Concepción Filosófica de Matiz Culturista

Por último Juan Manuel Terán Mata con una concepción Filosófica de Matiz Culturista, en la búsqueda de un Derecho natural que permita establecer ciertas bases permanentes que a su vez nos permitan conocer las variaciones históricas en una forma unitaria, estos principios universales servirían de inspiración para la creación de normas generales de derecho positivo.

3.1.6 Ius Positivismo

El concepto de Derecho en el Ius Positivismo. Sus principales exponentes son: Kelsen, Hart, Bentham, Bobbio, Austin y Ross.

a) Hans Kelsen enfoca su concepto del Derecho entendiéndolo como un conjunto de normas, como un orden de la conducta humana este conjunto de normas tiene el tipo de unidad que caracteriza a un sistema.

Señala que la naturaleza de la norma no puede ser captada si solo fijamos la atención en la norma aisladamente, ya que las relaciones entre las normas de un ordenamiento jurídico son esenciales, también a la naturaleza del Derecho, únicamente comprendiendo con claridad esas relaciones llegaremos a entender la naturaleza del Derecho.

Hay que advertir que el Derecho no es el único orden social, la moral también es un orden social normativo. Y existen otras normas sociales reguladoras en forma específica tales como las normas de etiqueta cortesía, vestido.

La diferencia reside en que el Derecho es un orden coercitivo, o lo que es lo mismo el Derecho ordena una determinada conducta

humana, al proveerla de un acto coercitivo como una reacción contra una conducta contraria.

Kelsen expone la creación de una ciencia jurídica “valorativamente neutra” señalando que la validez o fuerza obligatoria dimana de la norma básica que establece lo que un ordenamiento coactivo eficaz dispone como “deber ser” (simple presupuesto epistemológico una mera hipótesis de trabajo utilizada por la ciencia jurídica).

Kelsen tampoco es un positivista ideológico, ya que no afirma que exista la obligación moral de obedecer o aplicar toda norma jurídica. Nunca dice que los jueces tengan que aceptar, en sus decisiones la norma. El jurista germánico habla sólo de la aceptación hipotética de la norma básica por parte de los juristas teóricos y para describir y no para aplicar el Derecho.

No niega que los jueces dejen de aplicar en sus resoluciones normas jurídicas por razones morales. El maestro no afirma que exista una obligación moral de obedecer o aplicar toda norma jurídica.

b) H.L.A Hart. Establece una moderna evolución del concepto de Derecho ha precisado que la idea de reglas (sin la cual no es posible elaborar las formas más elementales de Derecho) no

pueden ser producidas solamente por las nociones de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, ni tampoco por la simple combinaciones de las mismas; y señala que para captar la complejidad de un sistema jurídico es necesario distinguir entre dos tipos diferentes de reglas uno denominado básico o primario y otras que dependen de ésta denominadas reglas secundarias ya que éstas ultimas (las personas que participen) podrán introducir reglas primarias modificarlas o extinguirlas o determinar de distinta manera el efecto de las mismas o controlar su actuación.

Las reglas primarias confieren deberes y las secundarias potestades.

c) Positismo Teórico. Denominado así por Bobbio es una concepción referente a la estructura de todo ordenamiento jurídico, para esta postura el Derecho está compuesto exclusiva o predominantemente por conceptos legislativos, es decir normas promulgadas explícita y deliberadamente, centralizados y no por normas consuetudinarias o jurisprudenciales, mantiene también esta posición positivista teórica en que el orden jurídico es siempre

completo (es decir no tiene lagunas) es un sistema autosuficiente para proveer una solución unívoca para cualquier supuesto concebible, de eso se trata la llamada “plenitud hermética del Derecho” o también llamado formalismo jurídico. El cual suele darse junto al positivismo ideológico.

3.1.7 El Positivismo Ideológico. Este postula (en términos generales) la absoluta sumisión de los jueces a los mandatos legislativos, lo que comporta que el Derecho está constituido solamente por leyes, la otra razón de su unicidad es el apotegma del positivismo ideológico de que los jueces deben decidir –siempre– según normas jurídicas y no con arreglo a otros principios. En la corriente europea continental recibe el nombre de dogmática jurídica. Tampoco Kelsen, Ross o Hart se adhieren a ésta tesis ya que señalan que un orden jurídico puede estar integrado no solo por normas legislativas, sino también normas consuetudinarias y jurisprudenciales.

3.1.8 La autosuficiencia del sistema jurídico.

Joseph Raz, basándose en Bentham, Austin y Kelsen, señala que la definición de una norma jurídica, y en general del Derecho, dependen de una teoría del sistema jurídico y son como (disposiciones jurídicas interrelacionadas) y convierte a la teoría del sistema jurídico en requisito previo e ineludible para la definición del Derecho.

Hart y Ross, señalan que no existe la pretendida autosuficiencia del sistema jurídico, de ahí que los jueces (en algunos supuestos) tengan que recurrir a fundamentar sus resoluciones en criterios y principios no jurídicos, ya que hasta Hans Kelsen admite la existencia de “indeterminaciones lingüísticas” que permite que el Derecho presente a los jueces varias alternativas.

Pero el elemento unificador de las distintas corrientes positivistas reside en la tesis de que el concepto de Derecho no debe caracterizarse según propiedades valorativas sino tomando en cuenta sólo propiedades descriptivas.

3.1.9 Concepto de Derecho Positivista

Por último señalaremos que la posición positivista posee evidentes ventajas como la certeza y seguridad jurídica, pero el iusnaturalismo aporta el inevitable fundamento jerárquico de valoración, inherente a toda norma jurídica y en éste sentido sería

factible entender al Derecho como un sistema de normas con rasgos distintivos de carácter fáctico y eminentemente descriptivos.

3.1.10 El concepto del Derecho en el Realismo.

Corriente del escepticismo frente a la norma. Esta corriente ha tenido amplio desarrollo en los Estados Unidos de América y en los países escandinavos. Entre sus exponentes tenemos a Colmes, Llewelin, Frank Olivecrona, Illum entre otros.

Es en los países del llamado common law, donde tienen la ventaja de no tener cuerpos codificados (en el sentido europeo) que susciten adhesiones dogmáticas. La mayoría de las normas constitutivas del Derecho tienen su origen en la fundamentación de las decisiones judiciales en los “precedentes” y no en el acto legislativo. Ahora bien una cosa es afirmar que el Derecho esta constituido por normas jurídicas y otro muy distinto es decir que el Derecho no consiste (en absoluto) en normas jurídicas.

Los realistas señalan que para esas personas lo interesante es la cuestión moral, que el Derecho no puede darles respuestas y que

solamente su conciencia se las dará, por lo tanto el Derecho exclusivamente predecirá el comportamiento de los tribunales, no cuales son sus deberes o facultades.

Pero ocurre que los jueces al decidir un conflicto, no tienen en consideración otras decisiones judiciales, sino en todo caso los criterios, las pautas, las directrices y las normas seguidas por otros jueces en la adopción de sus resoluciones.

3.1.11 Posición Realista y Moderada

Especial posición la de éste autor Alf Ross ya que es a la par realista en cuanto considera al Derecho basado en la predicción de las decisiones judiciales y moderada, en cuanto concreta la predicción en determinar que norma o directrices van a ser usadas por los jueces para fundamentar sus decisiones, entendiendo al Derecho como un conjunto de normas o directrices. La diferencia de Ross con las posiciones no realistas reside no en su escepticismo ante las normas, sino en su criterio para determinar cuales son las normas integrantes de un cierto sistema jurídico.

Estima Ross que para que una norma integre el Derecho vigente en un país determinado, no hay que verificar su validez o fuerza obligatoria, sino la posibilidad de que sean aplicadas por los

jueces. Dicho de otra forma las decisiones judiciales no constituyen el Derecho, sino que determinan que normas integran a éste..

3.2.1 Derecho Ingles y Canadiense antecedentes históricos del Common Law

Mi intención es ofrecer una visión panorámica de la familia jurídica del Common Law a la que pertenecemos junto con los sistemas jurídicos de otros países.

El sistema jurídico de Canadá y Estados Unidos, países que junto con México firmaron el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, se hace necesario dada la cercanía e influencia en cuanto a comercio y sus relaciones jurídicas y la forma en que afecta a nuestro país el incremento de la criminalidad, su tratamiento y soluciones a la misma.

El Common Law surge a iniciativa de Guillermo I y sus sucesores quienes se percataron que como base de la unidad nacional, era necesario lograr tanto la unificación de la administración de justicia, como del Derecho y que ambos objetivos deberían de lograrse a través de los Jueces Reales.

Para poder resolver los asuntos de su competencia los tribunales reales debieron buscar lo que había de común en las costumbres locales para así crear un Derecho unificado, reglas que aunque en un principio estuvieron basadas en esas mismas costumbres, serían en adelante las normas aplicables en todo el país.

O sea que se convertirían en un derecho común a todo el territorio y así surgió el Common Law, la Comune Ley como la llamaron los normandos.¹

En un principio los Tribunales Reales funcionaban como tribunales de excepción y era necesario pagar y solicitar su intervención a los cancilleres que eran los funcionarios de más altos rango del palacio, un writ o autorización real. De los cuales a fines del siglo XII se acumulaban alrededor de setenta y cinco, cuando la demanda de particulares aumentó ese sistema se volvió insuficiente.

Por lo que los particulares empezaron a llevar sus quejas directamente al rey, quien a su vez las turnó nuevamente al canciller, de ahí que para poder encargarse de todos los asuntos el canciller crea un nuevo tribunal que fue el Tribunal de la Cancillería, al principio funcionaba como Tribunal de Equidad de tal forma que para

¹ Morineau, Marta. "Una Introducción al Common Law" U.N.A.M. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, año 2001, p. 15

Llegar a una decisión debería tomar en cuenta las circunstancias especiales del caso, la intención más que la forma y procurar además hacerlo en el menor tiempo posible. Se consideró entonces y aún se considera, que los remedios de equity se originan y tienen su fundamento en la equidad.

Por lo que se puede decir que nació como una rama complementaria del Common Law, para remediar situaciones que este último, debido a su carácter más rígido y formal, fue incapaz de resolver.

3.2.2 La Equity

De tal suerte la Jurisdicción de Equity se extendió a situaciones desconocidas, no contempladas por el Common Law, dando lugar en el ámbito procesal a la creación de nuevas instituciones que también ampliaron el campo del Derecho sustantivo dentro de estas instituciones sobresale de forma muy particular el Trust, cuya reglamentación tiene su base en las decisiones del Tribunal de la Cancillería.

3.2.3 EL Derecho Inglés en el mundo

La familia jurídica del Common Law junto con la Romano Canónica, es una de las dos familias jurídicas contemporáneas más importantes. Estas dos familias son las más importantes ya que son las que más se han extendido en el mundo, tanto por haber sido adoptadas por un gran número de países, tanto porque también han influido en la formación de los sistemas jurídicos de muchos otros.

Aún cuando la familia del Common Law no sea la más antigua del Derecho Inglés a partir del cual se formó, si es, uno de los Derechos nacionales más antiguos todavía vigentes en el mundo.

3.2.4 Fuentes del Derecho Inglés

Las fuentes del Derecho inglés son la jurisprudencia, la ley, la costumbre la doctrina y el derecho comunitario.

Siendo la jurisprudencia para el Derecho anglosajón, se traduce con las palabras Case Law, ya que la jurisprudencia para los ingleses es el equivalente a lo que nosotros llamamos teoría o filosofía del Derecho.

Está integrada por las decisiones emitidas por los jueces, al resolver los casos concretos, que les corresponda conocer. Su autoridad deriva de la regla de la obligatoriedad del precedente judicial.

Que los ingleses conocen también con el nombre de **estare decisís**, que significa que los tribunales deben respetar o adherirse a las decisiones judiciales anteriores. Marta Morineau en su obra *Introducción al Common Law*, señala que esto implica que cuando un juez deba de emitir su fallo debe considerar las decisiones de otros jueces en casos anteriores, que se relacionen con el mismo tipo de hechos dentro de una particular rama del Derecho”.²

A partir de 1870 la publicación year books cambió a “Law report” reportes judiciales y además se creó un organismo, compuesto por abogados que se encargan de su publicación.

La Ley en inglés estatute, act y también law, se sitúan al lado de la jurisprudencia, como la otra fuente más importante del derecho inglés. El Parlamento como Órgano Legislativo, tiene plena soberanía, consecuentemente un act of parliament, debe ser aplicado sin mayores trámites, por los tribunales.

² *Op. Cit.* p.24

Ambos poderes se respetan tanto el Legislativo como el Judicial es decir respetan la independencia de la judicatura por consiguiente una vez aprobado, un act of parliament, ningún tribunal puede declararlo inconstitucional. Tal posibilidad no existe en Inglaterra, no está contemplado por el sistema legal.

La costumbre. Esta palabra puede referirse a tres cosas la costumbre general, la costumbre mercantil y la costumbre local.

La costumbre general llamada también general inmemorial se identifica con el propio Common Law, su elaboración se basa en teorías en las costumbres de antiguos reinos anglosajones data de la edad media y se formó con las prácticas adoptadas por comerciantes y mercaderes con el objeto de crear normas especiales, que además agilizaran el tráfico comercial.

La doctrina. Aquí lo correcto sería hablar de libros de autoridad, es decir los libros jurídicos que se consideran fuentes del Derecho inglés, siendo un número limitado de obras, en cada rama jurídica, y son aceptadas universalmente por jueces y abogados, el hecho de que un libro obtenga tal distinción, depende de su prestigio y para saber qué libros tienen este rango es necesario conocer la

práctica profesional. Las obras, cuyos autores casi todos fueron jueces, y son consideradas como libros de autoridad.

3.2.5 El Derecho Comunitario

Por último podríamos señalar al Derecho Comunitario como parte de las fuentes del Derecho inglés, ya que como Reino Unido es miembro de la Unión Europea, se puede considerar como fuente de su derecho.

3.2.6 Profesión legal en Inglaterra jueces y abogados

Lo anterior debe servir para resaltar la importancia de las personas que la integran, especialmente los jueces, pero también los abogados, de cuyas filas se reclutan los primeros y, que además, al iniciar un proceso, son los responsables, en la mayoría de los casos, de poner en marcha la actividad de los órganos jurisdiccionales.

Por esta razón en este apartado analizamos primero, la Organización Judicial del Reino Unido, y después dedicamos algunas líneas a los abogados y a las ramas de la profesión en Inglaterra.

3.2.7 Organización judicial

Según René David y Camille Jauffret-Spinosi, la Organización Judicial Inglesa se puede dividir, en primer lugar, en dos grandes rubros, que comprenden, el primero a la “Justicia Alta” y el segundo a la “Justicia Baja”.

La primera la imparten las cortes superiores, la segunda las inferiores, así como algunos “organismos cuasi judiciales”.³

Cortes Superiores. Son las más importantes, no por su número ni por la cantidad de asuntos que conocen, sino porque en ellas se originan los precedentes judiciales que son vinculatorios para los tribunales inferiores.

A la cabeza encontramos a la Supreme Court of Judicature (Suprema Corte de la Judicatura), creada por los Judicature Acts de 1873 y 1875, cuya estructura fue modificada por el Administration of Justice Act de 1970 y por el Courts Act de 1971.

La Supreme Court of Judicature está integrada por tres cuerpos: la High Court of Justice (Suprema Corte de Justicia),

³ Ibidem p..32

la Crown Court (Corte de la Corona) y la Court of Appeal (Corte de Apelación).

3.2.8 Las Cortes del Derecho Inglés

La High Court of Justice se fracciona en tres divisiones Queen's Bench (Banco de la Reina), Chancery (Cancillería) y Family (Familia). La distribución de los asuntos entre las tres divisiones es funcional, ya que por ley cualquiera de ellas es competente para conocer de cualquier asunto que se ventile ante la High Court of Justice, aunque se entiende que cada división está integrada por Jueces Especializados en las diferentes reglas de procedimiento.

El Tribunal de Queen's Bench se divide a su vez en: Admiralty Court (Corte del Almirantazgo) y Commercial Court (Corte de Comercio); Chancery, por su lado, está compuesta por la Companies Court (Tribunal de Sociedades) y la Bankruptcy Court (Tribunal de Quiebras).

La Crown Court competente en materia penal, en ella, al lado de los jueces se encuentra el jurado, para los casos en que el acusado se declara no culpable.

Finalmente, la Court of Appeal es el tribunal de la Supreme Court of Judicature, que conoce exclusivamente en segunda instancia. Contra sus decisiones se puede intentar un recurso ante la cámara de los Lores.

Este recurso es de carácter excepcional, y para interponerlo es necesario contar con la autorización del Tribunal Inferior, que en caso de ser negada se puede solicitar al Comité de Apelaciones de la propia Cámara.

Cortes Inferiores son las más numerosas y además muy variadas estos tribunales conocen de la mayoría de los asuntos.

En materia civil encontramos a las County Courts (Cortes de Condado), que sólo se parecen en el nombre a los antiguos tribunales anglosajones que se llamaron de la misma forma. Su jurisdicción es muy amplia, ya que la High Court of Justice, aunque tiene competencia ilimitada, se abstiene de conocer de los litigios cuyo valor sea inferior a cinco mil libras, que pasan entonces a las County Courts. Las decisiones de las County Courts pueden ser recurridas ante la Court of Appeal.

En materia penal, en el nivel inferior, conociendo de las infracciones menores, encontramos a los Magistrados (Magistrates), simples ciudadanos a los que se les confiere la función de Jueces de Paz (Justices of the Peace). No reciben retribución y son Jueces Laicos, esto es que ejercen su función asistidos por un secretario (clerk), que debe ser abogado.

En México como se sabe el Magistrado es el máximo representante del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Siendo Magistrado el Presidente del Tribunal, por lo que el puesto propuesto en Inglaterra es el que aquí se conoce como Juez Cívico, y que tiene su competencia en el interior de la Delegación a un lado del Ministerio Público es el encargado de aplicar las sanciones de carácter administrativo o faltas administrativas imponiendo multas o arrestos.

En Londres y otras ciudades grandes, estos Magistrados han sido reemplazados por los Stipendiary Magistrates (Magistrados Remunerados), que son precisamente eso, Jueces que reciben estipendio, ejercen su actividad de tiempo completo y son abogados en derecho.

Las decisiones de los Magistrados pueden ser impugnadas, según sea el caso, ante la Crown Court o la Queen's Bench.

En materia administrativa encontramos los organismos calificados de "cuasi-judiciales" por David y Jauffret Spinosi, que desempeñan también funciones jurisdiccionales. En relación con estos organismos la terminología empleada por los autores ingleses es otra. Eddey, por ejemplo, utiliza la palabra "cortes" (courts) para los órganos que administran la justicia "civil" (civil) y "criminal" (penal), reservando el término "tribunales" (tribunals) para los organismos "cuasi-judiciales" mencionados arriba según el autor citado, el Parlamento es el órgano responsable de la creación de estos tribunales cuya función es la de "oír y decidir disputas como si fueran una corte" ⁴.

Agrega que se les suele llamar "Tribunales Administrativos" porque en muchas ocasiones las controversias se relacionan con algún órgano de la administración, aunque también se den entre particulares solamente.

Para ilustrar la primera clase, nos dice que pensemos, por ejemplo, en un litigio entre un particular y el Instituto del Seguro

⁴ Eddey K.J., "The English Legal System", 2ª edición, Londres Sweet Editorial. Maxwell, 1977 pp 86 a la 92.

Social, sobre una pensión de viudez. En cuanto a la segunda clase, el problema podría originarse entre dos particulares en torno a un contrato de arrendamiento.

Del primer caso conocería uno de los National Insurance Tribunals, para el segundo caso existen los “Tribunales y Comités de Arrendamiento”, encargados unos, de conocer los litigios que se susciten en torno a los contratos respectivos, y los otros, de fijar las rentas que deben pagar los inquilinos.

En el último ejemplo, aunque ninguna de las partes sea una agencia administrativa, la controversia se ventila y es resuelta por un Tribunal Administrativo porque se considera que el problema de la vivienda es de vital importancia para el gobierno según Eddey la diversidad de los Tribunales Administrativos y de sus funciones no permite clasificarlos de una manera satisfactoria y por ello se limita a enumerarlos.

Existen, además de los ya mencionados, los que conocen de los problemas relacionados con la propiedad agrícola, intelectual e industrial; el transporte público, el catastro, los impuestos, así como lo relativo a la política migratoria.

En cada caso fueron creados por el Parlamento quien les otorgó una jurisdicción limitada. Estos Tribunales complementan al Sistema Judicial, y se considera que es difícil y casi ocioso tratar de diferenciarlos de las Cortes de Justicia, ya que ambos son cuerpos que tienen la misma responsabilidad, o sea, la de resolver controversias. Existe un organismo llamado Council of Tribunals (Consejo de Tribunales) que supervisa el funcionamiento de los Tribunales Administrativos finalmente, hay que agregar que las decisiones de éstos últimos pueden ser impugnadas ante La High Court of Justice. Acaso no es este consejo de tribunales muy similar al Consejo de la Judicatura que en materia federal como local existe en nuestra Legislación.

3.2.9 Ramas Profesionales

En Inglaterra, un abogado postulante puede dedicarse a una de las dos ramas de la profesión, barrister o solicitor. El barrister, nombre que podríamos traducir literalmente al español como barrista, es el abogado propiamente dicho, el que defiende en juicio: en otras palabras, es quien está autorizado para actuar frente al tribunal esto es, cualquier corte de justicia, superior o inferior, representando a su cliente. Cuando un barrister se inicia en el ejercicio profesional los ingleses dicen que fue "llamado a la barra".

El número de barristers no es muy grande, por lo que el gremio constituye un grupo cerrado, de cuyas filas se reclutan los jueces, que para serlo deben primero haber adquirido experiencia como abogados litigantes.

El solicitador por su parte, puede actuar en juicio ante las cortes inferiores, pero se considera que su principal función es la de servir como consejero en relación a los asuntos de sus clientes, y generalmente es quien prepara los casos que más tarde presentarán los barristers en el Tribunal.⁵

Por si solo, el grado universitario no es suficiente para poder ejercer la profesión, sino que para hacerlo, hay que pertenecer, además, a alguna de las organizaciones profesionales. De tal forma, el barrister debe pertenecer a cualquiera de las Inns of Court, cuatro en número, con sede en Londres y que se llaman Lincoln's Inn, Inner Temple, Middle temple y Gray's Inn.⁶

⁵ Mayer, Martin *the Lawyers*, Nueva York, Ed. Harper y Row Publishers El ejercicio de la abogacía en los Estados Unidos 1967 p.5

⁶ Blackstone, Las Inns of Court funcionaron como verdaderas escuelas de derecho, según opinión de (1844: Vol. 1: pp. 22-25). El solicitador, por su lado, debe pertenecer a la Law Society y también debe cumplir con un determinado tiempo de ejercicio profesional futuros abogados.

Estas Inns en el pasado también funcionaron como instituciones docentes. Al barrister se le exige, también, un tiempo de práctica profesional al lado de otro colega que ya haya sido “llamado a la barra” y que constituirían los futuros abogados.

3.2.10 El Derecho Canadiense. Antecedentes

El estudio del Derecho Canadiense es importante por los vínculos, tanto comerciales como geográficos, que unen a Canadá y a México sino también porque además el Sistema Jurídico de aquel país nos proporciona un ejemplo de convivencia entre las dos familias jurídicas distintas, por un lado la familia del Common Law y por otro lado la romano-canónica.

Canadá es un Estado Federal, compuesto por antiguas colonias británicas, primero fue colonizada toda la región del Río de San Lorenzo por franceses, antes de pasar a manos de la Gran Bretaña.

En 1534, un navegante francés exploró el golfo de San Lorenzo y tomó posesión de la nueva Francia, en nombre de la corona francesa; y al pasar del tiempo llegaron diferentes órdenes de religiosos franceses, con la misión de evangelizar, desarrollando una labor catequizadora.

Los ingleses adquirieron el control sobre el territorio. La extensión británica sobre la Canadá Francesa, es decir, se hizo en dos etapas.

Con el fin de la guerra de sucesión española, en 1713, con la firma del Tratado de Utrecht, en virtud del cual Francia se obligó a ceder a Inglaterra parte de las posesiones que tenía en Norteamérica.

Los siguientes treinta años fueron de tranquilidad y convivencia pacífica entre franceses e ingleses, lo que permitió el florecimiento de las Ciudades Québec y Montreal.

En 1756, Europa vio el inicio de la guerra de los siete años, que enfrentó nuevamente a franceses e ingleses.

La guerra concluyó en 1763, año que coincide la marcación del fin de la segunda etapa de la expansión inglesa en Canadá.

Con la firma del Tratado de París, Francia debió ceder a Inglaterra todo el territorio al este del Río Mississippi y de esta manera, los súbditos franceses de la región pasaron entonces a serlo de la

corona del Reino Unido. La Gran Bretaña expidió un edicto real, declarando a Canadá como Colonia Británica.

3.2.11 Historia del Derecho Canadiense

En 1791 se promulgó una Ley del Parlamento Británico, dividía a Canadá en dos partes:

Alto. (predominantemente-Inglesa)	Bajo. (predominantemente-Francesa)
-----------------------------------	------------------------------------

Ambas sometidas a la soberanía de la corona, pero también cada una con su propio parlamento y gobierno local.

En 1840, la oficina colonial británica adoptó una nueva forma de organización política de Canadá, disponiendo la unión de las dos regiones, para otorgarles un igual número de representantes en un Parlamento Común.

Fue 1867, el Parlamento de Londres, promulgó una Constitución para Canadá, denominada "British Northamerica Act". La cual dispuso la creación de una federación, compuesta por todas las regiones inglesas

bajo la soberanía inglesa; e igualmente dispuso que la situación política de este territorio fuera de dominio británico.

Así la federación Canadiense (dominio del Canadá), quedó en un principio constituida por cuatro provincias: Québec, Ontario, Nueva Brunswick y Nueva Escocia.

Dos años después de su creación, con la autorización del Parlamento Inglés, y el pago de 300,000 libras, pudo comprar el territorio del noroeste. En 1870, se creó e ingresó a la federación canadiense, la provincia de Manitota. En 1871 la Columbia Británica fue incorporada.

Se crearon otras provincias como Saskatchewan y Alberta, en 1905, y en 1949 Terranova se convirtió en provincia de Canadá; actualmente se conforma por diez provincias: Alberta, Columbia Británica, Manitoba, Nueva Brunswick, Nueva Escocia, Ontario, la Isla Príncipe Eduardo, Québec, Saskatchewan, y Terranova, Noroeste y Yukon.

Según la doctrina canadiense, se menciona, que se culmina el proceso por el cual Canadá se convirtió en una nación independiente, cuando la nueva constitución haya salido del Parlamento del Reino Unido y después fuera proclamada por la Reina Isabel II.

El político André Oullet, sintetiza el desarrollo político-constitucional de su país en los siguientes términos:

Entre el Edicto Real de 1763 y la promulgación de la Constitución de 1867 (British Northamerica Act), tuvieron lugar varias conferencias constitucionales con la participación de políticos canadienses, - para él - representa la primera constitución propiamente canadiense. La Ley del Parlamento Británico, el Estatuto de Westminster⁷ de 1931, reformó la Constitución de 1867, para reconocer la Independencia Política de Canadá.

3.2.12 .Constitución Política de Canadá

La nueva Constitución de 1982, se conoce como el Canada Act ó el Constitución Act y según el jurista canadiense Gerald L.Gall, es un documento muy complejo, cuyo origen debe buscarse en diversas fuentes:

La Antigua Constitución, British Northamerica, de 1867.

⁷ El Estatuto de Westminster, es un reconocimiento oficial por parte del Gobierno Británico, de los acuerdos tomados en la Conferencia Imperial de 1926.

La Carta de Derechos y Libertades.

Las enmiendas constitucionales.

La Constitución de 1982, contiene el reconocimiento de los derechos de los pueblos aborígenes, así como refuerza la jurisdicción de las provincias sobre sus recursos naturales.

3.2.13 Fuentes del Derecho Canadiense

Para Gerald L. Gall, las fuentes más importantes del Derecho canadiense son: La ley y la jurisprudencia.

Por lo que a la ley se refiere, nos explica que conforme a la constitución vigente, existen once cuerpos legislativos autónomos. Uno es el Parlamento de Canadá y los otros, las diez Legislaturas Provinciales.

Buscando la unificación del Derecho, se han elaborado leyes-tipo para determinadas áreas, con la recomendación de que las provincias las incorporen a su legislación. En Canadá se aplica la doctrina de stare decisis, o sea, de la obligatoriedad del precedente judicial.

3.2.14. Organización judicial canadiense

Con relación a los Tribunales Federales y enumerándolos en orden jerárquico, existen en Canadá: la Suprema Corte, la Corte Federal y el Tribunal Fiscal.

La Suprema Corte de Canadá, tiene como función primordial conocer las apelaciones con relación a las sentencias de las Cortes Supremas de las Provincias; y la Corte Federal tiene competencia en asuntos de la Administración Federal.

La Organización Judicial de las provincias, encuentra a la Suprema Corte de la Provincia, a la que en ocasiones se le designa como la Corte de Apelación; además existen Juzgados de Distrito y las Cortes Provinciales.

3.2.15 El sistema jurídico de Québec

Después de su incorporación a la corona británica, en 1763, Québec logró conservar parte de su tradición jurídica romano-canónica. En 1774, un nuevo ordenamiento, el Québec Act, autorizó la aplicación del Derecho y procedimiento civil francés; y en cuanto al Derecho penal y a su procedimiento, dispuso se aplicara el Derecho inglés, más tarde,

apareció, con el nombre de Código Civil del bajo Canadá, un Código para Québec, inspirado en el Código de Napoleón, que adquirió fuerza el 1° de agosto de 1866. El 28 de junio de 1867 fue promulgado el Código de Procedimientos Civiles, que se inspiró en el Código Francés de la materia, así como en el del Estado de Louisiana en Estados Unidos. Estos Códigos aparecieron en dos idiomas: francés e inglés, otorgándoles a las dos lenguas la misma autoridad. Pearl Elidáis, enumera los momentos más notables de la historia jurídica de Québec, que son los siguientes:

1663–1664. Donde rigieron las ordenanzas de Luis XIV, estableciendo el Derecho francés, Coutume de París.

1774. Cuando se expidió en Québec Act, con la limitación del Derecho francés.

1866. Promulgación del Código Civil del Bajo Canadá.

1867. Promulgación del British Northamerica Act (Constitución de 1867).

1991. Promulgación del Código Civil de Québec, que entró en vigor en 1994 y sustituyó al Código Civil del Bajo Canadá.

3.2.16 Comentarios del Derecho Ingles y canadiense.

Como se puede observar se ha tratado de adentrarnos tanto en el Derecho Ingles como en el Derecho Canadiense, con el fin de entender como surgen éstos y como se arraigan en sus costumbres, Por lo que después de haber contemplado la importancia de su desarrollo, logramos determinar las bases de su aceptación y desarrollo de estas instituciones como lo ha sido el Common Law y la Equity y su aceptación, creemos que fue un error el no haber conservado el termino medio aritmético del que hablaba el artículo 20 Constitucional en su fracción primera, pero el haber definido a los delitos como graves y no graves fue la verdadera equivocación, ya que, algunos legistas manifiestan que todos los delitos son graves, por el hecho de transgredir la norma por lo que se le pudo llamar de otra manera a los delitos por ejemplo que alcanzan caución y los que no alcanzan caución

3.3.1 La Constitución y el artículo 268 C.P.P.en el D.F.

Lo señalado en la Norma fundamental federal no se opone a lo señalado en el artículo 268 del Código de procedimientos penales para el Distrito Federal, y es en el contenido de éste precepto donde se señala, nuevamente cuales son los delitos graves y hace mención al termino medio aritmético de cinco años además aclara que no estén comprendidos en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales

Y si se acepta la presente propuesta de incrementar el termino medio aritmético de cinco a diez años tampoco iría en contra de ordenamiento federa ya que este no maneja termino medio aritmético, por lo que cada Estado podría modificar su artículo procesa.

3.3.2 El incremento de las penas y la delincuencia

El incremento de las penas no ha solucionado el incremento de la delincuencia, y éste ha rebasado con creces al termino medio aritmético de cinco años, que desde la época del Magistrado Salvador Urbina lo elevara a Jurisprudencia, siendo importante determinar los diferentes esfuerzos históricos para detener el incremento de la delincuencia a través de las penas por lo que haremos un breve estudio en torno a la Pena.

Hablaremos ahora de la “pena” como parte de nuestra investigación, recordando que el término medio aritmético, se refiere a la suma de la penalidad mínima y máxima, del delito del que se trate, que no rebase cinco años para la obtención de la libertad caucional.

La manera como han reaccionado los diversos tipos sociales a la aplicación de la pena es la siguiente:

La imaginación, en materia de ejecución de la pena capital, no tiene límites, y las formas de matar son casi infinitas. Así, los criminales

(y en ocasiones los inocentes, mártires, los enemigos políticos) mueren enrodados, quemados, enterrados, aplastados, arrastrados, devorados, cortados, despellejados, en fin, por todos los medios, hasta el drama divino de la crucifixión.

En un principio, las formas de ejecución eran simples: se ahorca, ahoga, apalea o despeña; es la civilización la que trae medios más refinados y crueles. Además de hacerse notar que cada pueblo ejecuta según los medios que tiene más a su alcance.

Los pueblos de navegantes matarán ahogando, mientras los pastores lo harán a palos y los habitantes del desierto utilizarán piedras. No hay duda de que la forma de ejecución nos indica mucho de la psicología y la idiosincrasia de un pueblo.

La pena capital en los pueblos de la antigüedad lleva mucho de religión, de pensamiento mágico, de purificación, y no es fácil estudiarla desprendiéndola de este contenido.

Haremos una breve reseña de la investigación que se deriva de la “pena” y sus formas de ejecución.

3.3.3 Formas antiguas de ejecución

A manera de ejemplo, expondremos brevemente algunas formas utilizadas en la antigüedad:

a) Despeñamiento. Arrojar al reo desde un lugar alto, para que se estrelle, procedimiento llamado defenestración por la moderna medicina forense y que fue utilizado en la antigüedad por griegos y romanos estos últimos desde la roca tarapeya o monte capitolino, una de las siete colinas de Roma, y en la edad media, desde torres y murallas (defenestración viene del latín, que expresa movimiento desde un punto, y fenestra, ventana, abertura en una muralla).

b) Lapidamiento. Lanzar piedras contra el criminal, hasta causar su muerte, es forma reservada para delitos que producen escándalo público (vg. el de la mujer adúltera), y tiene la particularidad de que no hay verdugo, sino que es el pueblo el que realiza la ejecución (lapidar, del latín lapidare, matar a pedradas, lapis, piedra plana).

c) Apaleamiento. Aunque lo usual es utilizar un palo, por extensión se interpreta toda muerte a golpes.

d) Ahogamiento. Es el sumergir al criminal en el agua, generalmente atado y con un objeto pesado amarrado al cuello (la “rueda de molino” o la “bala de cañón”).

e) Empalamiento. Una de las formas más crueles, que consiste en ensartar al ajusticiado en una larga lanza, introduciéndosela por el orificio anal, sacando la punta por un lado del cuello, sin tocar órganos vitales, se abandona a una larga agonía. Fue conocida por los pueblos prehispánicos y utilizada en oriente; hay muchas referencias de su aplicación en Europa.

f) Cúleus o cúlleus. En la antigua Roma se aplicó la pena del cúleus, que consistía en azotar al condenado, después de lo cual se le cubría la cabeza con una piel de lobo, se le calzaba con zapatos de madera, se le encerraba en un saco de cuero de vaca, en el que se metían un perro, un mono, un gallo y una víbora, y luego se le lanzaba al mar. La pena tenía contenido religioso, por creer que el agua tiene virtudes purificantes simbolizaban, además: el perro, la rabia; el mono, al hombre privado de razón; el gallo, la traición contra la propia madre, y la víbora, el desgarrar del delincuente el vientre de su madre al nacer.

g) Enterramiento. Forma de ejecutar muy primitiva, fue puesta en práctica en Roma en Italia, en el siglo XVI, fue prevista por las ordenanzas de Carlos V; en el siglo XV se usaba en Alemania. Se ha hecho con muchas variantes; enterrar con una piel de animal o con un cadáver; para que el ejecutado sea devorado por los gusanos; embarrado en cal, etc. una forma muy común fue el emparedamiento.

h) Hoguera. Quemar al reo tenía fuerte contenido religioso y se utilizó para castigar delitos como el sacrilegio (de la Biblia, Lev. 21,9), herejía, traición, renegar a la fe, idolatría, brujería, etc. En este último caso, es notable la (cacería de brujas) que reportó, 100,000 víctimas tan sólo, en la hoguera en Alemania en el siglo XVII.

En México existieron dos (quemaderos), uno en San Lázaro y otro en la alameda. Ha pasado a la historia el toro de bronce de Falaris, tirano de Agrigento, al que se introducía a las víctimas para luego prenderles fuego. El tirano escuchaba los gritos de dolor de los ejecutados, que por un fenómeno acústico, semejaban el mugir del toro.

i) La rueda. Aunque hubo ruedas con garfios, navajas y puntas, la más común fue aquella en que se ataba al sujeto, para luego quebrarle los huesos de piernas y brazos, dejándolo morir, a menos que la sentencia indicara continuar golpeándole hasta la muerte, lo que sucedía en delitos menos graves.

j) Descuartizamiento. Generalmente usando caballos, se lograba desmembrar al reo, podía hacerse también con hacha.

k) Arrastramiento. Más usada entre militares, consistía en arrastrar al sujeto, atado a un carro de caballos.

I) Crucifixión. Muy usado por los romanos, fue prohibido por Constantino en el siglo IV, cuando este emperador se convirtió al cristianismo. Según parece, en latín *crux* también significa tortura, y *cruciare* atormentar (Cicerón). Hubo cruces de varios tipos: la cristiana, en T, la en X o T pero invertida de cabeza utilizada con Pedro el apóstol o con San Andrés, etcétera.

La muerte de cruz es lenta y cruel, el sujeto puede morir desangrado, si ha sido clavado; pero morirá de asfixia, si sólo está amarrado. Era una pena infamante, pero dejó de usarse, al extenderse el cristianismo

II) *Damnatio ad bestiae*. Es la muerte por medio de animales, muy común en el circo romano, fue utilizada masivamente contra los primeros cristianos.

m) Muerte por suplicio. Para Foucault, “La muerte por suplicio es un arte de retener la vida en sufrimiento, subdividiéndola en mil muertes, y obteniendo, antes de que cese la existencia, la más exquisita agonía.

3.3.4 Formas actuales de ejecución

En el mundo actual, las más comunes son, las ejecuciones por decapitación, por asfixia, por fusilamiento y por inyección letal.

1) Decapitación. La pérdida de la cabeza, como última pena, le da a ésta el nombre de pena capital. Entre los romanos podía hacerse con hacha (*more majonum*), o con espada, caso en el cual era infamante. Es usada actualmente en los países árabes.

La guillotina. Según parece, es una forma de ejecución muy antigua; se conoció en Italia con el nombre “mannala” (siglo XVI), y en Inglaterra se le llama “Halifax Gibbet” (siglo XVI); en el siglo XVIII fue conocida en Italia como *ranzatina*, por su inventor, Antonio Ranza; pero indudablemente que se popularizaría internacionalmente gracias a Francia, donde fue proyectada por un mecánico llamado Schmidt (curiosamente constructor de pianos).

Propuesta por el Doctor Guillotín a la asamblea nacional, dando el dictamen aprobatorio el Doctor Antoine Lonis, profesor de anatomía y secretario perpetuo de la academia francesa de cirugía; a las pruebas generales (1792) asistieron los doctores Pinel y Cabanis.

La guillotina se introdujo como un método “rápido, limpio y humano” de ejecutar, tomando en cuenta que los verdugos, para decapitar con espada o hacha se escaseaban, y aun los expertos no siempre lograban una operación exitosa.

Así se inventó una máquina, que consistía en una cuchilla triangular de gran peso, que cae violentamente sobre el cuello del ejecutado, el que está inmovilizado con una trampa en la parte inferior del aparato.

Ferri se pronunció en su contra “un cosí brutale e stupido modo di fare giustizia”, (un brutal y estúpido modo de hacer justicia) al presenciar una ejecución por guillotina⁸.

2) Fusilamiento. Tiene un importante antecedente en el asaetamiento, el célebre martirio de San Sebastián, consistente en disparar flechas, con arco o ballesta, contra el ajusticiado. Se consideró que es una forma de morir “honorable” frente a otras, tenidas por “infamantes”.

El fusilamiento es la forma de ejecución más usada en el mundo y es simbólica del adelanto en materia de armas, al sustituir a los antiguos mecanismos por las de fuego.

Las múltiples variantes de la pena (de pie, sentado, de un tiro, con ametralladora), no quitan de ella lo esencial: la muerte por una descarga de armas de fuego.

⁸ Ferri, Enrico , “Delinquenti Nell Arte Dell’oglio”, Editor Milano, Italia, p 189

En todo caso, existe el 'tiro de gracia' disparo a corta distancia y a la cabeza, que debe dar el comandante del pelotón, para asegurar el cumplimiento de la sentencia.

3) La horca. Forma clásica de imponer la pena capital, la horca ha sido conocida por todos los pueblos y en todas las épocas. Su facilidad de ejecución, su mínimo costo, el no necesitarse una gran pericia en el verdugo ni instalaciones complicadas, la hicieron favorita en muchos lugares.

Hay dos formas de ahorcamiento, la suspensión del cuerpo, al jalar la cuerda (estrangulamiento), y el dejar caer al sujeto, previamente amarrado del cuello. Esta última ha sido la más adoptada, por considerarse que la muerte sobreviene con mayor rapidez, pues produce la fractura de la apófisis transversal, con la consiguiente lesión de la médula.

En la forma actual, el patíbulo tiene una trampa que se abre a los pies del ajusticiado, cayendo éste a un par de metros más abajo, antes del tirón fatal.

4) El garrote. Se dice que fue inventado en México, a mediados del siglo XVIII, por el capitán Miguel Velásquez Loera, que lo puso al servicio de la justicia para evitar los defectos que presentaba la horca.

Sin embargo, hay numerosos relatos de agarrotamiento en España, durante los siglos XVI y XVII, lo que nos hace ver que es una forma antigua de ejecución.⁹

Es probable que el garrote se haya iniciado entre pueblos de las llanuras, en que no había tantos árboles para cumplir las sentencias de horca, por lo que se ataba una cuerda por el cuello del sentenciado, se metía el bastón o garrote de pastor por la espalda, y simplemente se daba vueltas hasta estrangular.

El garrote, como forma de ejecución, fue adoptado en España en el Código de 1822 y fue declarado como forma de ejecución, por Cédula Real de Fernando VII en el año de 1832. El garrote vil fue llamado así, pues era forma de muerte reservada a los villanos; los nobles debían morir por espada, es decir, decapitados.

5) Silla eléctrica. Producto de la tecnología norteamericana, la silla eléctrica se utilizó por primera vez en 1890 en la Ciudad de Auburn.

El poder letal de la electricidad se descubrió por casualidad, al electrocutarse un empleado de la Westinghouse que trabajaba con corriente alterna.

⁹ Sueiro, Daniel, “Los Verdugos Españoles”, Alfaguara, España, 1971 p.p 267 268

Considerando como un método rápido, moderno e indoloro, fue adoptado en la mayoría de los estados de la unión americana, existiendo sillas fijas y sillas “móviles” que daban servicio a domicilio.

El sistema consiste en aplicar dos electrodos al reo y descargar una corriente de 2,000 voltios, que hacen hervir la sangre y asan materialmente al sujeto.

6) Cámara de gas.

Otro invento científico para ejecutar es la utilización del gas cianhídrico (HNC), que se desprende de píldoras de cianuro potásico arrojadas a un recipiente que contiene ácido sulfúrico. Es utilizado en los Estados Unidos.

7) Inyección letal. La última novedad, que se va generalizando, es la simple aplicación de una inyección intravenosa con un potente veneno, lo que asegura, según sus defensores, una muerte tranquila y plácida, lo más parecido a un sueño eterno.

3.3.5 El régimen de excepción

Al referirnos a la pena de muerte, es claro que previamente debe haber una punibilidad y una punición.

Sin embargo, han proliferado los regímenes de excepción, como los llamados “estado de sitio”, suspensión de garantías o jurisdicciones especiales, tan caros a las teorías de la seguridad nacional.

Al respecto, nada como recordar las palabras de Martín Luis Guzmán: “En toda hora solemne de la vida de un pueblo hay la tendencia a exagerar los valores humanos por el sencillísimo procedimiento de sacarlos de quicio, de volverlos al revés. Se busca traducir entonces lo extraordinario interno en extraordinario visible, y se recurre como el más sonoro de los instrumentos solemnes, al régimen de excepción, que es más extravagante más arbitrario, y más excesivo e irreparable en sus efectos. Y como nada hay más irreparable, ni más subversivo de lo esencial humano, que matar, en cuanto los hombres se ponen solemnes, en cuanto hablan de salvar a la patria, de salvar a la sociedad, o de simplemente salvar a otros hombres, lo primero que se les ocurre es dedicarse, concienzudamente, a matar a sus semejantes”¹⁰.

3.3.6 La Ley de Lynch

Algunos autores han pensado que la pena de muerte evitaría que el pueblo busque hacerse justicia por propia mano, aplicando la “Ley de Lynch” (a favor de la pena de muerte).

¹⁰ Guzmán, Martín Luis, “El Águila y Serpiente”, La novela de la revolución mexicana, Editorial Mucho México, 1989, p. 319.

Lo cierto es que aquí en México han sucedido diferentes casos de justicia por propia mano lo cual viene a confirmar esta teoría, sucediendo en la época actual y bajo un sistema jurídico que no contempla la pena de muerte como es el caso de México al menos en el ámbito procesal penal.

Veamos donde se han presentado algunos de estos hechos, cuando y donde. “Empezaremos en el poblado de San Blas Atena, ubicado a 10 km. de Tehuantepec, Oaxaca el día 15 de febrero de 1993, un médico, considerado por los habitantes de ese lugar como protector del pueblo fue asesinado por cuatro pistoleros, quienes intentaron asaltarlo, los homicidas a bordo de un auto sin placas fueron capturados por policías de la Federal de Caminos cuando ya se internaban en el Estado de Veracruz y llevados a la cárcel municipal de donde el 17 de febrero de 1993, una turba irrumpió en la prisión, donde rompieron los barrotes de la celda y sacaron a golpes a los responsables quienes fueron amarrados a una motocicletas para ser arrastrados por las calles, para seguir golpeándolos hasta que confesaron pertenecer a una banda de delincuentes que asaltaba en las carreteras, con ésta confesión la gente decidió condenarlos a muerte”.¹¹

¹¹ Moran Monroy, Enrique (periodista) “Impacto”, la revista, número 2582. del 22 de agosto de 1999 p.p 44 a la 49.

Los criminales fueron quemados vivos y solamente uno de los ladrones se salvó, un ex agente de la policía que hablaba el dialecto zapoteco y pudo convencer a la gente diciéndole que se encontraba en la cárcel por una borrachera, lo cual le salvo la vida.

Otro caso fue la noche del 4 de agosto de 1993, tal vez sea inolvidable para las autoridades del pueblo de Jonacatepec-Morelos al presentarse un intento de linchamiento contra la propia policía debido al asesinato de integrantes de una acaudalada familia de apellido Gollolarte, quienes se enfrentaron a balazos contra agentes judiciales del Estado los cuales habían confundido como secuestradores, lo que dejó un saldo de cuatro muertos. ¿Cómo, ocurrieron los hechos? Harta de abusos policíacos, la comunidad señalada, se presentó al darse a la fuga los agentes, por lo que el pueblo se reunió luego de tocar las campanas de la iglesia.

El enojo era incontenible y se pedía que se entregara a los responsables. Interviniendo el Presidente Municipal así como un grupo de agentes fuertemente armados, un grupo especial de asalto que utilizó gases lacrimógenos quienes trataban de dispersar a la multitud, desatándose una batalla campal donde los agentes fueron desarmados y golpeados, el palacio municipal fue tomado los judiciales quedaron en calidad de rehenes solicitándose la presencia del procurador. En lugar de eso se presentó un grupo especial de asalto que utilizando gases lacrimógenos, escudos y garrotes rescataron a sus compañeros sin importar que resultaran lesionados ancianos y niños.

Finalmente se presentó el procurador quien fue capturado por la gente y luego de bañarlo con gasolina intentaron prenderle fuego. Afortunadamente no se logró la ejecución y tras la llegada del Gobernador del Estado presentaron a los judiciales por lo que la gente ya bastante enardecida arremetió a golpes contra los judiciales, afortunadamente los responsables lograron sobrevivir y fueron juzgados”¹².

El Estado de Morelos ha sido el lugar donde la gente parece no perdonar a los delincuentes y prueba de ello es que en tan solo unos meses se dieron ocho linchamientos debido a que las autoridades no actúan, por lo que el pueblo decidió juzgar a los criminales y éstos fueron sentenciados a muerte, sin la presencia de ninguna autoridad, sin brindarles ninguna garantía de las consagradas en la Constitución, ni los principios elementales de Los Derechos Humanos.

En mayo de 1994, cuatro personas fueron sacrificadas en Axochiapan, posteriormente en octubre tres más fueron ejecutadas en Chalcanzingo y finalmente en diciembre una más murió en Huayapan, por tan solo haberse robado una grabadora.

Este último fue sacado de la cárcel golpeado a palazos y pedradas, al muchacho le ataron los pies con una cuerda a una silla de

¹² *Ibidem.*, p.p 44 a la 49

caballo y fue arrastrado por todo el pueblo. Aún agonizante el ladronzuelo fue colgado de un árbol donde expiró. Tenemos casos en Texcoco, en San Juan Ixtayopan, Delegación de Tlahuac, muy recientemente se han vuelto a repetir hechos, que no deberían de volver a repetirse, que nos llenan de vergüenza e indignación.

Podemos percatarnos que quién decide la penalidad a aplicar es el pueblo en un absoluto estado de ingobernabilidad donde la justicia se está aplicando de una manera bárbara e inhumana y la pregunta sería

Deberá ser igual que para cualquier otro delincuente, y el beneficio de la caución se contemplara de la misma manera que si se tratara de un delito grave, a pesar de haber sido una decisión unánime del pueblo y para aplicar a un miembro de la sociedad que se desvió del cumplimiento de las normas jurídicas y sociales existentes. Y qué hay de la incapacidad de las autoridades locales para detener este tipo de ejecuciones clandestinas. Acaso se justifica su no intervención, o su escasa participación, debe el ciudadano común vivir este estado de incertidumbre en donde en cualquier momento pueda ser sujeto de una calumnia o confusión y pueda cometerse una injusticia en su persona. Acaso están seguros, (los funcionarios) ante este tipo de acontecimientos.

Resulta que ahora para poder llevarse una actuación judicial tal y como sucedió en el Estado de Morelos y el caso Tlahuac. En donde al

dar cumplimiento a una orden de aprehensión pueden llegar a ser confundidos como plagiarios, no podrán llevar a cabo su encomienda y mucho menos podrán hacer frente al pueblo como en el caso Tlahuac donde han llegado a perder la vida.

Podríamos concluir el presente en el sentido que no estamos a favor de la aplicación de la pena de muerte, no porque no la merezcan determinados delincuentes, no estamos de acuerdo porque el país no se encuentra exento de corrupción, con lo que ocasionaría juzgar y aplicar esta incluso a inocentes, quienes arrastrados por las pasiones de los corruptos castigarían con la pena capital a los más débiles económicamente hablando sin opción a rectificar, cosa muy posible como hemos podido observar la gran cantidad de casos de sentenciados y posteriormente hallados inocentes, pero además no sería la solución al problema de fondo como lo es el incremento de la delincuencia.

3.3.7 Teoría de la reacción penal en relación a la pena.

Las teorías que han intentado explicar el fin de la pena, son la teoría absoluta, la relativa y las mixtas. De estas teorías se desprenden cuatro distintas finalidades la reacción penal la retribución, la prevención general y la prevención especial.

3.3.8 Teoría Absoluta.

Estas consideran a la pena como un fin en si misma, se castiga por que se debe de castigar sea como retribución moral o como retribución jurídica ejemplificándose esto con Kant para éste autor la pena es un imperativo categórico (retribución moral) y para Hegel quien aplica la dialéctica considera que la pena es la negación de la negación del Derecho que es el delito(retribución jurídica), existen algunas teorías de carácter religioso con ideas de retribución divina son absolutistas se castiga porque se ha pecado se ha delinquido. Para estas teorías la pena es simplemente la consecuencia del delito, es la retribución, la expiación que debe sufrir el delincuente¹³.

3.3.9 Teorías: Relativas, Mixtas y Abolicionistas

a) Relativas

Consideran a la pena como un medio para lograr algo, sea esto la conservación del pacto social (Rousseau). La prevención general (Feuerbach) La prevención especial (Grolman) etc.

La pena se convierte en un medio para prevenir delitos y para asegurar la vida en sociedad. Se sigue así el principio *ut ne peccatur*, para que no se peque para que no se delinca

¹³ Rodríguez Manzanera, Luis. "Penología" Editorial Porrúa, México, 2003, 3° edición p.70

Por lo general estas teorías se dividen en dos:

1°) Teorías preventivas para evitar futuros delitos

2°) Teorías reparadoras, para restaurar el daño causado.

b) Mixtas

Como toda idea ecléctica, estas toman algo de cada una de las demás, y tratan de conciliar la retribución absoluta con otras finalidades preventivas.

Hay diversas formas de eclecticismo y se podría decir que la mayoría de las teorías actuales pertenecen a ésta clasificación.

c) Abolicionistas

La posibilidad en la que no se acepta ninguna función o finalidad para la pena, no es una simple posibilidad lógica sino que puede encontrarse en el momento actual. Puede tratarse de la no teoría o de opiniones de tipo anárquico, pero hay también autores que han fundamentado minuciosamente el fracaso de la reacción a la pena y la necesidad de sustituirla por otros medios de control social. El ejemplo más depurado lo presentó, sin lugar a dudas Louk Hulsman, con su teoría del abolicionismo del sistema penal.

3.3.10 La Retribución

Autores que están de acuerdo con la teoría de la retribución. Cuello Calón opina que la pena es la justa retribución del mal del delito proporcionada a la culpabilidad del reo señalando, que los autores modernos que están de acuerdo con estas ideas son: Welzel, Maurach, Von Weber y Mezger entre los alemanes; Petrocelli, Bettiol y Maggiore, entre los italianos y Antón Oneca en España.

De la mayoría de las definiciones jurídicas se desprende la retribución lo que da a la pena la característica de ser el resultado jurídico y social del delito. Por ejemplo para Maurach la pena es la retribución expiatoria de un delito por un mal, proporcional a la culpabilidad y para Welzel es un mal que se dicta contra el autor por el hecho culpable.

La pena retributiva ha sido contemplada como un sufrimiento que viene considerado como proporcional al hecho cometido y que viene infringido en razón de aquello que aconteció, como reacción a el, sin una liga necesaria con el futuro, como restablecimiento de un equilibrio roto.

Para algunos tratadistas, la función retributiva no es una simple venganza que el Estado impone a nombre de la sociedad sino que implica:

1) Restablecer el equilibrio social que se ve perturbado por la acción criminal, además de restablecer el orden jurídico roto.

2) Sancionar la falta moral, siguiendo la corriente de Manzini, el Derecho penal es la tutela del mínimo ético necesario para la convivencia, la pena sancionadora la infracción de ese mínimo ético.

3). Satisfacer la opinión pública escandalizada e inquieta. Así vence el temor e inseguridad que surgen cuando se ha cometido un delito. Con la eficaz función retributiva, la sociedad siente que la autoridad del Estado sirve para ampararla.

4). Descalificar pública y solemnemente el hecho delictuoso. La pena es una forma de repudio al crimen.

5) Reafirma la fuerza y la autoridad de la norma jurídica. Recordamos la frase de nuestro maestro Carrancá y Trujillo, “delito sin pena es campana sin badajo”, no hay duda de que lo que da fuerza y valor a la norma es precisamente la sanción.

3.3.11 Crítica a la Retribución

Ya Beccaria había mencionado que el fin de la pena no es atormentar y afligir a un ser sensible ni deshacer un delito ya cometido.

El fin no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retirar los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser acogidas, aquellas penas y aquellos métodos de imponerlas, que guarda la proporción hagan una impresión más eficaz y mas durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.¹⁴

Aunque no debemos olvidar la afirmación de Vassalli ¹⁵:

“por formal que parezca la retribución es la única función de la cual parece preocuparse todavía nuestros jueces en un noventa por ciento de los casos”

Las teorías absolutas van quedando como una curiosidad histórica, ya que como dice uno de nuestros autores:

¹⁴ Beccaria. “Tratado de los Delitos y de las Penas”, Editorial Porrúa, México, 2003 CAP..XII Fin de las penas. P.45

¹⁵ Barreda Solórzano, Luis de la, “Punibilidad Punición y Pena”, Congreso Mexicano de Derecho penal, 1981, p.6.

La teoría de la retribución no fundamenta la necesidad de la pena sino que la presupone y mas adelante agrega: la Idea retributiva compensadora solo puede sostenerse mediante un acto de fe, pues racionalmente es incomprensible que el mal cometido (el delito) pueda borrarse con un segundo mal (la pena).¹⁶

Sin embargo la retribución se conserva para los autores Eclécticos:

Este carácter no debe desaparecer, pero no debe predominar, hasta el punto de comprometer el fin de readaptación social que es también perseguido, y que figura en el primer plano en la organización del tratamiento de la prevención general.

La reacción penal debe funcionar como un inhibidor a la tendencia criminal. Se habla de prevención general en cuanto a la amenaza de castigo hace que los miembros de la colectividad se abstengan de violar la norma.

La prevención general se hace con referencia a toda la sociedad, no a un individuo en particular.

¹⁶ *Ídem*, p.6.

La prevención general parece ser una función primordial de la pena, por demás conocida en la antigüedad, así Seneca escribió que la pena tiene como finalidad hacer mejores a los demás y Platón afirma que “no castigamos porque alguien haya delinquido sino para que los demás no delincan”

Negar la prevención general como finalidad de la pena sería desconocer una realidad de todo tiempo y lugar. Tal función principia desde el momento legislativo en el que se hace la amenaza en abstracto como aviso a todos, se continua en el proceso y finaliza en la ejecución, demostrando que la advertencia no era en vano y que no hay impunidad, ya que ésta es uno de los más importantes factores criminógenos.

En este sentido se ha dicho que la pena debe de ser:

a) Intimidatoria, debe ser capaz de sembrar el temor en el ánimo criminógeno

b) Ejemplar “azotando al infestado el necio se hace prudente” decía el Sabio Salomón. Esta es una de las razones por las que se ha evitado las ejecuciones secretas, ya que al no enterarse la sociedad que el criminal fue castigado, no funciona la ejemplaridad.

Todo lo anteriormente expresado hace referencia a la llamada prevención negativa, pues hay autores (Baratta) que reconocen una prevención general “Positiva” que consiste en la afirmación de valores,

en su reconocimiento y aceptación de la colectividad por medio de la norma penal; se logra la aprobación y el cumplimiento de la norma por convencimiento y no por la intimidación o la amenaza.

3.3.12 Crítica a la Prevención General

Bettioli, nos señala “que la pena que se inspira exclusivamente en la prevención general es injusta, toda vez que la justicia retributiva liga la pena con la responsabilidad y esta permite reafirmar la conciencia del delincuente y los valores morales”.¹⁷

Algunos tratadistas se preguntan ¿Cómo justificar que se castigue a un individuo, no en consideración de sí mismo, sino en consideración a otros?.

Efectivamente la paradoja de la prevención general es que la reacción penal debe medirse de acuerdo al efecto que tenga sobre la colectividad y no sobre el delincuente.

Es decir que el elemento menos importante es el culpable, y no importa tanto que efecto tenga el castigo sobre el, ahora el resto de la pena gira sobre el resto del conglomerado social.

¹⁷ Bettioli, Giuseppe, Derecho Penal, Parte general, Ed. Temis, Bogotá 1965 .p. 662

Ahora bien, desde el punto de vista de los partidarios de la prevención especial, la prevención general es criticable, ya que ciertos sujetos no son intimidables y otros no necesitan ser intimidados.

En los sujetos no intimidables, la tentativa de intimidación es inútil, ya que cometerán la conducta antisocial a pesar de la amenaza.

Por otra parte, hay sujetos cuya moralidad y solidaridad social son tan acendradas, que no necesitan ser amenazados, ya que de todas formas no agredirían a sus semejantes.

Por lo tanto, la prevención general no sería tan universal como parecería en un primer momento

No cabe duda de que cuando los hombres tienen miedo se hacen, sino más buenos, sí más prudentes.

La gran duda surge al meditar sobre si la amenaza del castigo, o aún la aplicación del mismo, tiene los efectos intimidantes que tradicionalmente se le atribuye.

La duda es más preocupante tratándose de la reacción penal, Neuman ha dicho que: “Las leyes penales no intimidan, si el hombre fuera mejor en lugar de diez mandamientos serían acaso nueve. Pero

la humanidad ha necesitado millones de leyes para desarrollar esos diez mandamientos”.¹⁸

Los sistemas penales se han estructurado alrededor del principio de la intimidación, sin embargo esta es una presunción que, generalmente no se ha visto fundamentada en la investigación científica.

Así José María Rico, describe como: “En general puede afirmarse que la noción de intimidación se basa en cierto número de hipótesis, el amatorio de las causales no pueden ser comprobadas empíricamente.

Dichas hipótesis son:

1.- El hombre es un ser racional capaz de calcular cuidadosamente las ventajas y los inconvenientes de los actos que realiza

2.- El hombre es libre de elegir entre diversas conductas (esta hipótesis es el fundamento teórico de la doctrina de la responsabilidad moral y la base de las teorías disuasivas.

3.- El hombre es un ser Hedonista, atraído por el placer pero que teme al sufrimiento.

¹⁸ Neuman, Elías, “Las Penas de un Penalista”, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1976, p.35.

4.- Por consiguiente, puede ser intimidado por la amenaza de un dolor,

5.- El hombre aprende gracias a la experiencia, la suya y la de los demás

6.-Todos los habitantes de un país conocen las leyes y las sanciones penales”.¹⁹

Además de que éstas hipótesis son difícilmente comprobables, para que exista una intimidación general ésta debe ser lanzada contra sujetos iguales y tratándose del mismo genero (humano) encontramos diferencias personales muy marcadas.

Existen desde luego, las diferencias de personalidad. Hay sujetos temerosos y los hay valientes. Los primeros serian más intimidables. Es más difícil intimidar a los optimistas que a los pesimistas y es probable que el inteligente, al comprender mejor la amenaza, se atemorice más que el deficiente mental.

También la clase social influye, las clases privilegiadas por una parte, se sienten más seguras, y perciben la posibilidad de escapar al

¹⁹ Rico José M. “Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea”, Siglo XXI

castigo; por la otra han logrado cierto estatus, ciertos privilegios que temen perder al desviarse. El fenómeno de la intimidación implica la existencia de un emisor, que es aquel que intimida. De un receptor que recibe el amago, y de un canal de comunicación por medio del cual se transmite la amenaza. Ya hemos explicado las igualdades de acuerdo al receptor y debemos señalar que hay diferencias notables si tomamos en cuenta al emisor.

La personalidad el rango, la categoría del que lanza la amenaza pueden ser definitivas en cuando la credibilidad de la misma ,citando nuevamente a Rico existen diferencias según los tipos de conductas que se quieren prohibir, señala :

“Así según el delito, en cuanto a las infracciones a la ley en contra de las personas; el homicidio constituye, un ejemplo típico de conducta irracional, y por otra parte ninguna pena parece intimidar en los delitos en contra la propiedad hay variantes según se trate de hurto en grandes almacenes, en los que los ladrones novatos son mas intimidables que los profesionales, o el hurto de automóviles que penas severas no han disminuido las infracciones a la ley, en los delitos de cuello blanco la cárcel es intimidante, al igual que en el mercado negro y algunos fraudes fiscales; en cuanto a los delitos sexuales el aumento de penalidad no ha remediado nada. En los delitos sin victima, tanto en el aborto como los relacionados con la droga no hay intimidación aparente. En las infracciones a las leyes de transito ha sido mucho más efectiva la

mayor vigilancia. En conducción de automóviles en estado de embriagues parece ser que la intimidación es temporal, aunque quienes ya han sido sancionados, son más intimidables que aquellos que no lo han sido”²⁰

3.3.13 Prevención Especial

El presupuesto básico es que cuando la prevención general falla, cuando la simple amenaza de un castigo no ha sido suficiente para inhibir al criminal, entonces debe hacerse prevención especial, que se logra por medio de la aplicación específica, de la pena a un caso concreto.

La pena se debe aplicar al delincuente individual para intimidarlo, para que se arrepienta, para darle un tratamiento si esto es posible, y todo ello para evitar que reincida.

La prevención especial, como su nombre lo indica es la que va dirigida a un sujeto en particular, sin tomar en cuenta la generalidad.

En principio, podemos decir que en las teorías que afirman la prevención especial como principal (cuando no única) finalidad de la reacción penal, no se toma en cuenta el pasado, sino el futuro; no importa tanto que hizo o dejó de hacer el criminal, sino su probabilidad

²⁰ *Idem.p.14*

de agredir a la comunidad, no interesa tanto a los demás, el interés se centra en el sujeto desviado, para corregir su desviación o evitar que cometa nuevamente conductas desviadas.

Es decir, para los prevencionistas en lo especial, no se busca forma alguna de retribución, ni se considera la prevención general.

La primera razón de la pena es la corrección y enmienda del mismo delincuente, este es penado principalmente para que, amonestado o intimidado por la pena, aprenda a obrar bien. Dicha tendencia puede considerarse actual, así, la comisión de la reforma penitenciaria (Paris 1994) en su programa enunció como primer principio: La pena privativa de libertad tiene la finalidad esencial la enmienda y reclasificación social del condenado.

En varios países existen las penas llamadas correccionales, frente a las simplemente intimidatorias o eliminatorias. Corregir, se toma como mejorar y no como castigar.

Actualmente hay la tendencia de establecer una pena de advertencia (ammonitiva) para los criminales ocasionales, una pena castigo para casos más graves de culpabilidad y una pena preventiva para determinados componentes personales.

Algunos autores afirman que en realidad no se busca completa mejoría moral, el Derecho penal se conforma con un mejoramiento social que lleva al (antiguo) delincuente a conformarse a las reglas elementales necesarias para la vida en sociedad.

Para otros autores más ambiciosos la reacción penal buscaría adaptar, rehabilitar o resocializar al desviado.

Debemos señalar que los términos mencionados, usados en forma generalizada son incorrectos, ya que al utilizar la partícula “re” presumimos la repetición, es decir suponemos que el sujeto estuvo en algún momento adaptado socializado, o, hábil, y que posteriormente se desadaptó, desocializó o inhabilitó, y ahora penólogos y criminólogos gracias a su técnica lo van a rehabilitar, socializar o adaptar.

Readaptación sería para Elias Neuman: lograr que los condenados se conduzcan en libertad, como el hombre en común, aunque en otra parte el mismo autor reconoce que el término es una de las muletillas legales más vacías de contenido en lo que va del siglo.

Una buena cantidad de autores han optado por el término resocialización, que se ha ido generalizando en varios idiomas, así Bergalli afirma: “Que actualmente se admite de modo pacífico que resocialización es la reelaboración de un estatus social que significa la posibilidad de retorno al ámbito de las relaciones sociales en que se

desempeñaba quien por un hecho cometido y sancionado según normas que han producido sus mismos pares sociales habían visto interrumpida su vinculación con el estrato al cual pertenecía”.²¹

Resumiendo podemos distinguir una prevención especial

“negativa” en la que se busca tan solo la no reincidencia del sujeto por medio de la enseñanza a través del castigo; el desviado se atemoriza aprende que conductas no debe realizar y se abstiene de cometerlas; por otra parte estaría la prevención especial “positiva” en la cual se “repersonaliza” al sujeto inculcándole valores y salvándole de la desviación.

3.3.14 Crítica a la Prevención Especial

Tampoco las teorías que pregonan la prevención especial como única finalidad de la pena se han visto exentas de crítica.

La más importante es en cuanto se olvida la prevención general ya que la impunidad del crimen puede alentar a otros a cometer la conducta antisocial

²¹Bergalli, Roberto “¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?”, Universidad de Madrid, 1976, p.33

La critica mas fuerte es la que señala que no se puede aspirar exclusivamente a la adaptación o socialización del sentenciado por las siguientes razones:

a) Hay penas que por su naturaleza excluyen la posibilidad de tratamiento como por ejemplo la pena de muerte, la multa, la pena corta de prisión, la privación de algunos derechos, etcétera.

b) Hay delincuentes que por su moralidad dignidad personal y sentimientos altruistas no necesitan ser tratados. (pasionales políticos)

c) hay delincuentes para los que no hay o no se ha encontrado un tratamiento adecuado. (profesional habitual)

d) Hay que tomar también en cuenta que un gran porcentaje de los delitos cometidos son culposos, de ahí que el sujeto activo no sea un desadaptado, sino un negligente un, imperito y/o un imprevisor.

e) Hay delitos que no implican una desadaptación social ni representan conductas antisociales, y han sido incluidos en la reacción penal por razones políticas o por simple torpeza legislativa.

Algunos autores consideran que la eliminación del criminal puede ser una solución en si, ya que ha sido conocida por todos los pueblos y en todas las épocas, así muerte ostracismo, exilio. ergástulo,

transportación etc. Son penas eliminatorias que se aplican a aquel que no es regenerable que no es susceptible de corrección.

3.3.15 Artículo 18 Constitucional y la realidad imperante en México

Doctrinalmente hablando lo establecido en el precepto dieciocho Constitucional raya en las mejores intenciones correlacionadas con los principios señalados por las Naciones Unidas en cuando el respeto a los Derechos Humanos, pero en su aspecto aplicación, se ha quedado en muy buenas intenciones, ya que sería imposible aplicar actualmente esta política implementada en el papel, la cual aclaro es buena y está basada en muy nobles principios pero, por desgracia ha fracasado se ha quedado como muestra de un fracaso reconocido a voces por los sectores (Directores de penales) y el Poder Ejecutivo (representado por el actual Jefe de Gobierno) de la Ciudad de México, que en declaración ante las cámaras de los medios de comunicación de esta gran urbe, han reconocido públicamente que no existe la rehabilitación en los grandes centros de reclusión, lugares donde además de encontrarse con exceso de población, se encuentran con espacios insuficientes para los fines establecidos por el precepto constitucional señalado.

En cuanto al marco teórico conceptual definamos el tipo de Derecho aplicable en nuestro territorio nacional a través de las corrientes doctrinales siguientes.

3.3.16 El Causalismo. La teoría de la causalidad adecuada

Esta doctrina surgió en Alemania: La proclamo no un jurista sino un fisiólogo VON KRIES.

Según esta teoría para que se de es necesario que el hombre haya producido el resultado con una acción proporcionada, adecuada.

La acción se considera adecuada cuando lo que sucede es un hecho ordinario, ante la luz de la experiencia de los casos similares, no es otra cosa que la probabilidad, esta seria requisito esencial para la existencia de la relación causal en el sentido del derecho, no se consideran causados por el hombre los efectos que en el momento de la acción eran improbables, es decir, los efectos extraordinarios o atípicos de la acción.

Cuales son los hechos o resultados que escapan al dominio del hombre, no es cierto que únicamente los anómalos o atípicos como opina ésta teoría, también los acontecimientos que no se producen de

ordinario, es decir en la generalidad de los casos, son previsibles y se prevén a menudo y por lo tanto se pueden prever, el hecho que verdaderamente escapa al dominio del hombre se produce en casos rarísimos, el hecho excepcional. El acontecimiento que presenta este carácter esta sin duda fuera de las posibilidades humanas.

Las reflexiones hechas permiten afirmar que para la existencia de la relación de causalidad, en el sentido del derecho, se necesitan dos elementos uno positivo y otro negativo. El positivo es que el hombre con su acción, haya puesto una de las condiciones del resultado, es decir, un antecedente sin el cual no se habría producido tal resultado. El negativo es que el resultado no se deba al concurso de factores excepcionales.

El concurso de factores excepcionales no es imputable al hombre, la relación entre una y otra puede considerarse ocasional. Si se aplica ésta idea, habrá que negar la existencia del nexo de causalidad entre la acción inicial y el resultado final. Ejemplos:

- a) Una persona levemente herida muere en el hospital a consecuencia de una bomba, que pusieron enemigos terroristas.
- b) Una pedrada produce la muerte a un hemofílico.
- c) Un individuo que sufrió la fractura de un brazo, muere a causa de una gravísima imprudencia del medico que lo atiende.

3.3.17 La teoría finalista de la acción

Modificaciones introducidas en la legislación penal alemana y sobre todo en algunas providencias aplicables a los no imputables (menores y enfermos mentales) han dado origen en Alemania a una orientación que lleva el nombre de teoría finalista de la acción.

Su principal representante WELZEL, Señala que existen datos prejurídicos a los que esta relacionado el legislador, en el derecho penal el principal dato antológico lo encontramos en la acción humana que es por su esencia finalista, en el sentido de que tiene una finalidad que trata de realizar, según un plan previamente establecido. El aspecto de la finalidad se afirma encuentra su expresión natural en el dolo. De esto se infiere que el dolo despojado de todo contenido ético, no pertenece al requisito de la culpabilidad sino a los de la acción y a la antijuricidad, como elemento de la una y de la otra

La existencia de estructuras antológicas preexistentes al derecho positivo constituyen una aseveración metafísica, que puede valer para quienes la admiten de modo apriorístico, como un acto de pura fe.

Por otro lado la traslación del dolo y culpa del elemento de la culpabilidad a los de la acción y la antijuricidad constituyen una verdadera aberración. Hace también imposible una verdadera separación entre el elemento objetivo y el subjetivo del delito.

Por lo que hace a las acciones culposas Welzel las hace entrar en la acción finalista, por la consideración que el resultado ocasionado

podía haberse evitado mediante un debido y mas cuidadoso control finalista del comportamiento observado.

En lo que atañe al concepto de acción finalista, hay que advertir que solo por medio de innegables acrobacias lógicas se puede hacer entrar en el comportamiento culposo y en especial el debido a culpa inconsciente.

No comprendemos como la esencia de la culpabilidad pueda descubrirse en la imputabilidad, como hemos visto -indiscutiblemente- es un modo de ser, un estatus de la persona, y por añadidura tampoco atribuible a la voluntad del sujeto.

3.3.18 El sistema legalista

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

Constitución no es una actuación del ser, ni tampoco un devenir dinámico, sino algo normativo, un simple (deber-ser). El Estado se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la Constitución como norma fundamental; es decir, en una unidad de normas jurídicas. La Constitución es el Estado, porque éste es tratado como un deber ser normativo, y se ve en él sólo un sistema de normas, una ordenación

‘jurídica’, que no tiene una existencia en el ser, sino que vale como deber ser, puesto que aquí se coloca como una unidad cerrada, sistemática, de normas y se equipara con el Estado, sirve para fundar el concepto absoluto de Constitución”²².

Ahora bien, nos comenta el Doctor Soberanes: ²³ “Que en México después de la Independencia. Se suscitó la polémica entre monárquicos y republicanos, posteriormente entre centralistas y federalistas y finalmente entre conservadores y liberales, así como se fueron alternando en el poder hasta que, cuando parecía que habían triunfado los liberales en la Revolución de Ayutla y con la Constitución de 1857, vinieron dos guerras terribles, las más sangrientas de todo el siglo XIX (para México) y ambas, lógicamente con un fondo ideológico, nos referimos por supuesto a la guerra de Reforma y a la intervención francesa, triunfando definitivamente el proyecto liberal.

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

²² *Ibidem.* p.8

²³ Soberanes Fernández,, José Luis “Historia del Sistema Jurídico Mexicano” México, UNAM,1990,p.81.

Hans Kelsen, uno de los principales positivistas, de Europa y América, al interpretar el concepto de Constitución nos dice:

Es el principio fundamental de la creación del orden jurídico, y así como el Derecho Constitucional constituye el fundamento de todo el Derecho restante” de lo que podemos concluir que la Constitución es el fundamento de todo el sistema jurídico positivo de un Estado. También señala que Constitución es la unidad de validez de todo un determinado orden jurídico.

Aquí podemos apreciar que el término “validez” es fundamental para la existencia del Derecho positivo de un país, y que, la primera norma, es la fundamental, misma que da vida, a un sistema jurídico determinado.

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

Reconoce este grado superior de Constitución recordando que la característica del Derecho es la de regular su propia creación, es decir, la vía legislativa (el procedimiento de creación de las normas generales) puede estar determinada a su vez por otra norma positiva general.

Esta recibe el nombre de norma Constitucional, en el sentido de que el procedimiento legislativo se halla determinado en los preceptos

constitucionales, del mismo modo que la ley determina la sentencia judicial que el juzgador aplica.

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

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

A partir de lo establecido por la propia Constitución, en algunos de sus artículos, comprenderemos mejor este concepto, por lo que a continuación paso a transcribirlos:

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

Artículo 40. “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República Representativa, Demócrata, Federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen

interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta Ley Fundamental”.

Artículo 41 párrafo I dice: “El pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal”.

De todo esto se desprende que el poder público dimana del pueblo, quien tiene en todo tiempo el Derecho de modificar la forma de gobierno (República Representativa, Demócrata y Federal), ya que la soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo. El pueblo ejerce su soberanía por medio de los tres poderes de la unión: Ejecutivo, legislativo y judicial, por voluntad nacional creadora de nuestra Constitución; es decir, el pueblo mexicano es el titular de la soberanía nacional y su voluntad se transcribe en la Carta Magna.

Artículo 1º “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”

Artículo 133 Constitucional “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

3.3.19 La función del Derecho penal dentro del marco de la Constitución

Podemos decir tal y como lo señala Francesco Antolisei. “La antigua teoría de la tutela jurídica ha sido, por lo tanto superada por la historia. La verdadera función del ordenamiento jurídico-penal en la época actual no se reduce a asegurar las condiciones fundamentales de la vida en común, sino que atiende también a promover el desarrollo y el mejoramiento, de la sociedad”.²⁴

Con relación al presente fin (del ordenamiento jurídico) ¿tiene mucho que ver el estudio de la privación de la libertad y confinamiento sin derecho a fianza, para promover el desarrollo y mejoramiento de la sociedad?

Mas aún que en la actualidad no existen soluciones en torno al problema de la inseguridad, y el incremento de la delincuencia, aunado a todos los

²⁴ ANTOLISEI, Francesco “MANUAL DE DERECHO PENAL” Parte General, 8° edición, Editorial Temis, Bogota Colombia 1988. Traductor Luigi Conti. p.3

problemas que existen en torno a la privación de la libertad o confinamiento, la existencia de una política penitenciaria no acorde a los tiempos actuales.

Agregando a lo expuesto lo señalado por el Dr. Augusto Sánchez Sandoval en su ponencia Derecho y Política Criminal como generadora de incertidumbre y riesgo, nos adherimos a lo expuesto por éste, al señalar: “ El problema de origen que padecen muchas políticas sobre seguridad públicas, consiste en que las propuestas legislativas, no tienen relación con la realidad empírica, es decir nacen del animo legislativo, sin que previamente exista investigación científica, respecto de los hechos sociales que se deseen convertir en norma jurídica. Entonces la propuesta legal queda en el vacío sin un referente en el mundo concreto”²⁵.

3.3.20 Los Derechos humanos y la readaptación social en las prisiones

Veamos los derechos humanos de los procesados. Las primeras manifestaciones en cuanto a la Reglamentación de los Derechos Humanos, se encuentran en la Declaración de los Derechos del Pueblo de Virginia en el año de 1776, posteriormente con la Promulgación de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en el año de 1787, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

²⁵ Sánchez Sandoval, Augusto “ Derecho y la política criminal como generadores de incertidumbre y riesgo” 2º Congreso Internacional de Política Criminal, México, 15,16 y 17 de octubre del 2003 p. 31.

promulgada al concluir la Revolución Francesa en 1789 y con el Reconocimiento Constitucional que a partir de entonces se inicio para garantizar los derechos individuales civiles y políticos, siendo México el primer país que incluyó en su Constitución de 1917 los derechos económicos, sociales y culturales, además del recurso de amparo, previsto para la defensa de los derechos reconocidos, de igual forma con la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 a raíz de la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ambas de 1948 y más tarde con la firma y ratificación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 de los Pactos Internacionales de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, así como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969.

Siguiendo una política de protección y salvaguarda de los Derechos Humanos, México ha firmado y ratificado una serie de convenciones internacionales, entre las que destacan: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) entre otros.

Transcribiremos algunos preceptos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 estos son:

Art. 1: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

Art. 5 "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".

Art. 6 "Todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".

Art. 7 "Todos son iguales ante la ley. ."

Art.11 "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia hasta que se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

La libertad caucional se inculca como Garantía Constitucional, en ésta última fracción al hablar de asegurar todas las garantías necesarias para su defensa y al encontrarse privado de su libertad, negándosele la libertad caucional le resta la capacidad para conseguir todas las pruebas necesarias que puede recabar.

Por otro lado la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria antes de desaparecer elaboró las primeras reglas para el tratamiento del delincuente, adoptadas oficialmente el 31 de julio de 1957 por las Naciones Unidas.

Estas reglas especifican los principios mínimos que se consideran viables para el trato de las personas privadas de su libertad,

contienen los elementos esenciales de los sistemas penitenciarios contemporáneos, acorde al ideario humanista de las actuales sociedades, y el grado de desarrollo que han alcanzado a escala mundial.

Gracias al IV Congreso de las Naciones Unidas, sobre Prevención y Tratamiento de Delincuentes celebrado en el año de 1970, es que, toda persona que ingrese a un establecimiento penitenciario tiene los siguientes Derechos:

1. “A tener un trato digno y humanitario”.
2. “A no ser discriminado en razón de su color, raza, sexo, lengua, religión, opinión pública, etc”.
3. “A estar separados los procesados de los sentenciados”.
4. “A que exista una separación de los enfermos mentales, infectocontagiosos, sordomudos y menores de edad”.
5. “A tener una revisión médica al ingresar al penal y a contar con servicio médico durante su estancia”.
6. “A recibir una alimentación cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de su salud”.
7. “A realizar ejercicios físicos”.
8. “A tener una vestimenta decorosa”.
9. “A que se le proporcione trabajo”.
10. “A recibir visitas de familiares y amigos”.
11. “A la formación profesional”.

12 “A recibir asistencia espiritual cuando lo requiera”.

13 .“A que sus familiares se enteren previamente de su traslado a otro establecimiento penitenciario. A salir del penal cuando las circunstancias lo permitan, para visitar a algún familiar enfermo o que haya fallecido”.

Como se desprende del primero de estos derechos, tener un trato digno y humanitario, podríamos manifestar que en la actualidad no se brinda este trato en los pomposamente llamados centros de readaptación social (CERESOS), consideramos que dista mucho de cumplir con lo establecido en el artículo 18 Constitucional, es preferible otorgar la libertad bajo caución permitiéndosele encontrarse en libertad a pisotear los derechos inherentes a este Tratado Internacional y a nuestra propia Carta Fundamental como se señala.

Asimismo establece la separación que debe existir en los establecimientos penitenciarios entre procesados y sentenciados mujeres y hombres, así como los menores infractores, clasificaciones que constituyen la piedra angular del tratamiento penitenciario.

3.3.21 METODOLOGÍA Y TÉCNICA

En el presente capítulo hemos utilizado el método deductivo por tratarse de una investigación empírica a la luz exclusivamente de los cambios legislativos basándonos en la técnica documental.

Haciendo además una investigación histórica comparativa, su objeto lo constituye el orden jurídico del pasado y del presente.

Sus métodos son la interpretación de la Ley, o sea gramatical, lógico sistemático e histórico. Su utilidad se centra en la sistematización de las reglas jurídico positivas para facilitar la aplicación del Derecho, siendo su fuente el orden normativo, los fines que la precedieron y problemas que pretendió resolver, la aplicación efectiva de la norma en el terreno de la realidad concreta y factores que han influido en su eficacia para resolver aquellos problemas.

CAPÍTULO CUARTO

PROBLEMAS QUE SE DESPRENDEN DEL ARTÍCULO 268 DEL CODIGO PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y EL TERMINO MEDIO ARITMETICO

4.1 Termino Medio Aritmético.

En esta etapa del desarrollo del presente trabajo estamos muy concientes de que el Término Medio Aritmético plasmado en el precepto constitucional 20 fracción primera después de la reforma de 1993 desapareció, quedando como sigue:

Artículo 20 Constitucional dice: “En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado, la víctima o el ofendido, 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”.

(Como se puede observar, ya no refiere el término medio aritmético de cinco años de la penalidad mínima y máxima).

Problemas generados por el cambio al Artículo 20 Constitucional fracción primera año de 1993

Tal y como lo señala el Inminente Dr. Ignacio Burgoa: “Se cometió el mismo error tanto en la reforma de éste precepto en estudio, 1993 como en 1996, pues propiciaron el subjetivismo legislativo, en cuanto al señalamiento caprichoso de enmarcar los delitos como graves y no graves”.¹

No siendo la gravedad un denominador común para el criterio de los juristas ya que toda infracción al sistema normativo penal debe ser considerado como grave, por lo que este criterio adolece de fallas ya que, no podríamos distinguir entre graves y no graves.

4..2 En el ámbito federal

Como ya se señalo ahora hace mención únicamente a los delitos graves y no graves

¹ Op. Cit. P. 647

Los delitos graves se encuentran previstos en el Artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales por lo que si en un caso concreto se ubica alguno de estos delitos dentro de este supuesto no se podrá tener derecho a la libertad provisional bajo caución por contemplarse como graves por así determinarlo la propia ley infringida, por exclusión encontramos los no graves.

Delitos Graves en cuanto al procedimiento en el ámbito federal se encuentran en el Artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, requiere para el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución:

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 del daño no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo.

II. Que garantice de las sanciones pecuniarias que en su caso pueden imponérsele.

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

IV. Que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en el párrafo último del Artículo 194 del CFPP.

Bien, como se señaló inicialmente al hablar de los delitos graves hicimos referencia que en el ámbito federal estos se encuentran plasmados en el Artículo 194 del C.F.P.P por lo que considero prudente transcribirlo:

“Artículo 194 del C.F.P.P. Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante, valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:

I Del Código Penal Federal los delitos siguientes:

1) Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, párrafo tercero;

2) Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;

3) Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;

4) Terrorismo previsto en el artículo 139, párrafo primero;

5) Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero, así como

- 6) Los previstos en los artículos 142 párrafo segundo y 145;
- 7) Piratería previsto en los artículos 146 y 147;
- 8) Genocidio, previsto en el artículo 149 bis,
- 9) Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;
- 10) Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170;
- 11) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 bis párrafo tercero;
- 12) Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, párrafo primero, 195 bis, excepto cuando se trate de los casos previstos en las dos primeras líneas horizontales de las tablas contenidas en el apéndice 1, 196 bis, 196 ter, 197, párrafo primero y 198 parte primera del párrafo tercero;
- 13) Corrupción de menores, previsto en el artículo 201 y pornografía infantil previsto en el artículo 201 bis.
- 14) Los previsto en el artículo 205, segundo párrafo;

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

16) Falsificación y alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237.

17) Falsificación y utilización indebida de documentos relativos al crédito, previsto en el artículo 240 bis, salvo la fracción III,

18) Contra el consumo y riqueza nacionales, previsto en el artículo 254 fracción VII, párrafo segundo,

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

20) Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286, segundo párrafo.

21) Lesiones previsto en los artículos 291, 292 y 293 cuando se cometa en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 315 y 315 bis,

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

23) Secuestro, previsto en el artículo 366 salvo los dos párrafos últimos y tráfico de menores previsto en el artículo 366 Ter;

24) Robo calificado, previsto en los artículos 367, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XV, y XVI:

25) Robo calificado previsto en el artículo 367 en relación con el 370 párrafos II y III cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 381 bis;

26) Comercialización habitual de objetos robados previsto en el artículo 368 Ter,

27) Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados previsto en el artículo 368 Quáter, párrafo segundo,

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

29) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 bis.

30) Los previstos en el artículo 377,

31) Extorsión, previsto en el artículo 390;

32) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis; y

32 bis) Contra el ambiente en su comisión dolosa, previsto en los artículos 414, párrafos primero y tercero, 415 párrafo ultimo, 416 párrafo ultimo y 418, fracción II, cuando el volumen del derribo de la extracción o de la tala exceda de dos metros cúbicos de madera o se trate de la conducta prevista en el párrafo ultimo del artículo 419 y 420, párrafo ultimo

33) En materia de derechos de autor previsto en el artículo 424 bis;

34) Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 215-A

II. De la Ley Federal contra la delincuencia organizada el previsto en el artículo 2º,

III. Ley Federal de Armas de Fuego y explosivos los delitos siguientes:

1 Portación de armas de uso exclusivo del ejército armada y fuerza aérea previsto en el artículo 83 fracción III.

2 Los previstos en el artículo 83 bis, salvo en el caso del inciso I del artículo 11.

3 Posesión de armas de uso exclusivo del ejército, armada o fuerza aérea, en el caso previsto en el artículo 83 Ter, fracción III.

4 Los previstos en artículo 84 y

5. Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del ejercito armada o fuerza aérea, previstos en el artículo 84 bis párrafo primero,

IV. De la Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3° y 5°,

V. De la Ley General de Población el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138

VI del Código Fiscal de la Federación, los delitos siguientes:

I) Contrabando y su equiparable previstos en los artículos 102, y 105 fracción I a la IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II, o III segundo párrafo del artículo 104; y

2) Defraudación fiscal y su equiparable previstos en los artículos 108 y 109 cuando el monto de lo defraudado se ubique en los rangos a que se refieren las fracciones II o III del artículo 108 exclusivamente cuando sean calificados;

VII De las leyes de la propiedad industrial, los delitos previstos en los artículos 223, fracción II y III

VIII De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111, 112, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto la fracción V y 113 bis, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112.

IX De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los previstos en los artículos 98 en el supuesto del cuarto párrafo, excepto la fracción IV y V, y 101;

X De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los previstos en los artículos 112 bis, 112 bis 2, en el supuesto del cuarto párrafo, 112 bis 3, fracción I y IV, en el supuesto del cuarto párrafo 112 bis 4; fracciones I en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112 bis 3 y 112 bis 6, fracciones II, IV y VII en el supuesto del cuarto párrafo.

XI De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualista de Seguros, los previstos en los artículos 141 fracción I; 145, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto en las fracciones II, IV y V; 146

fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo y 147 fracción II inciso b, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 146.

XII De la Ley del Mercado de Valores, los previstos en los artículos 52 y 52 bis cuando el monto de la disposición de los fondos o de los valores, títulos de crédito documentos a que se refiere el artículo tercero de dicha ley, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal;

XIII. De la ley de los Sistemas de Ahorro para el retiro, los previstos en los artículos 103 y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal y

XIV De la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, los previstos en el artículo 96. La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califican como delito grave;

4.3 Delitos Graves en el ámbito local

Se encuentra previstos en el Artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, como caso urgente cuando concurren las siguientes característica: “Para todos los efectos

legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo termino medio aritmético exceda de cinco años.

El termino medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirla entre dos.

La tentativa punible De los ilícitos penales mencionados en el párrafo anterior, también se considerará delito grave si el termino 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.

4.4 Delitos que son considerados como no graves, por lo que si alcanzan la libertad caucional.

También es importante señalar que los delitos no graves no se encuentran exentos de ser sujetos de privación de la libertad, aun aquellos delitos que alcanzan la libertad bajo caución por encontrarse dentro del rango de cuatro años y estos deben ser tratados en los juzgados que el Distrito Federal se le conoce como de la justicia de paz.

Por lo que es importante adentrarnos en el estudio de estos juzgados.

Artículo 10 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece:

Los Jueces de Paz conocerán en procedimiento sumario o especial de los delitos o infracciones penales que tengan sanción no privativa de libertad, **prisión o medida de seguridad hasta de cuatro años**. En caso de que se trate de varios delitos se estará a la pena o medida de seguridad del delito o infracción penal mayor.

4.5 Los delitos que son competencia de los Juzgados de Paz del Distrito Federal.

Se propone ampliar la competencia de los Juzgados de Paz y explorar los medios de solución o alternativas de las controversias penales. Lo que se lograría al incrementar el término medio aritmético a diez años, con lo que muchos de los ilícitos penales dejarían de contemplarse como graves y alcanzarían el beneficio de la libertad bajo caución, aquellos que no rebasen el término medio aritmético de los diez años (nuestra propuesta) para la obtención de la libertad bajo caución.

Con lo que se incrementaría el número de delitos de los que la justicia de paz tiene conocimiento actualmente. Como se observa en el siguiente cuadro sinóptico.

DELITOS DE LOS QUE TIENE CONOCIMIENTO EL JUEZ DE
PAZ PENAL CONTEMPLADOS COMO NO GRAVES

DELITO	FUNDAMENTO LEGAL	SANCIÓN	REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD
Lesiones que tardan en sanar menos de 15 días.	Art. 130 Fracción I	30 a 90 días multa	Querella
Lesiones que tardan en sanar mas de 15 días y menos de 60 días.	Art. 130 Fracción. II	6 meses a dos años de prisión	Querella
Lesiones que tardan en sanar mas de 60 días.	Art. 130 Fracción III	De 2 a 3 años 6 meses de prisión	Querella
Lesiones culposas	Art.140 en relación al 130 Fracc. I , II y III.	De 2 a 3 años 6 meses de prisión	Querella
Aborto	Art. 144	Hasta una mitad de la pena impuesta	Querella
Al que hiciera abortar a una mujer	Art. 145	De uno a tres años de prisión	Oficio
A la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta que otro lo haga	Art. 147	De uno a tres años de prisión	Oficio
Omisión de auxilio o de cuidado	Art. 156	De tres meses a tres años de prisión	Oficio
Al que después de lesionar a una persona no le preste auxilio	Art.157	15 a 60 días multa	Oficio

Al que entregue a una persona incapaz de valerse por si mismo	Art. 158	De tres meses a un año de prisión	Oficio
Peligro de contagio	Art. 159	De tres meses a tres años de prisión y de 50 a 300 días multa	Querella
Privación de la libertad personal	Art. 160	De 6 meses a 3 años de prisión y de 25 a 100 días multa	Oficio
Privación de la libertad con fines sexuales	Art.162 párrafo segundo	De 3 meses a 3 años de prisión	Querella
Abuso sexual(sin violencia)	Art. 176	1 a 6 años de prisión	Querella
Hostigamiento Sexual	Art. 179	6 meses a 3 años de prisión	Querella
Estupro	Art. 180	De 6 meses a 4 años de prisión	Querella
Delitos contra la moral publica	184 Fracción I y II	1 a 4 años de prisión y de 50 a 200 días multa	Oficio
Al que permita el acceso a un menor a espectáculos de carácter pornográfico	184 párrafo segundo	De 1 a 3 años y de 50 a 200 días multa	Oficio

Delitos contra la seguridad de la subsistencia familiar	Art. 193	De 3 meses a 3 años de prisión de 90 a 360 días multa	Oficio y querella
Al que se coloque en estado de insolvencia para eludir el cumplimiento de obligaciones alimentarias	Art. 194	De 1 a 4 años de prisión	Oficio y querella
Violencia familiar equiparada	Art. 200 y 201	6 meses a 4 años de prisión	Oficio y querella
Contra la dignidad de las personas (discriminación)	Art. 206	De 1 a 3 años de prisión y de 25 a 100 días multa	Querella
Inhumación y exhumación	Art. 207	De 3 meses a 2 años de prisión o 30 a 90 días multa	Oficio
Amenazas	Art. 209	De 3 meses a 1 año de prisión o de 90 a 300 días multa	Querella
Allanamiento de morada	Art. 210 y 211	De 6 meses a 2 años de prisión o de 50 a 100 días multa	Querella
violación de la intimidad personal	Art.212	De seis meses a 3 años de prisión	Querella
Revelación de secretos	Art. 213	De 6 meses a 2 años y de 25 a 100 días multa	Querella

Difamación	Art. 214	De 6 meses a 2 años o de 100 a 600 días multa	Querella
Robo simple	Art. 220 Fracción I	DEROGADO	Querella
Robo simple	Art. 220 Fracción II	De 6 meses a 2 años de prisión y de 60 a 150 días multa	Querella
Robo simple	Art. 220 Fracción III	De 2 a 4 años de prisión y de 150 a 400 días multa	Oficio
	Art.221	Misma pena prevista en el artículo 220	Querella y oficio
Robo de uso	Art. 222	De 3 meses a 1 año de prisión o de 30 a 90 Días multa	Querella y oficio
Abuso de confianza	Art. 227 Fracción I	De 30 a 90 días multa	Querella
Abuso de confianza	Art. 227 Fracción II	De 4 meses a 3 años y de 90 a 250 días multa	Querella
	Art. 227 Fracción III	De 3 a 6 años y 250 a 600 días multa	Querella
Abuso de confianza Equiparada	Art. 228	Las mismas Sanciones del Art. 227 fracc. I y II	Querella
Fraude	Art. 230 Fracción I	De 25 a 65 días multa	Querella
		De 4 meses a 2	

	Art. 230 Fracción II Art. 230 Fracción II Arts. 230, 231 y 232	años o 6 meses de prisión y de 75 a 200 días multa 2 años 6 meses a cinco años. Sanciones del Art. 230	Querella Querella
Administración Fraudulenta	Art. 234	Sanciones del Art. 230 fracc. I y II	Querella
Insolvencia fraudulenta	Art. 234	De 6 meses a 4 años de prisión y de 50 a 300 días multa	Querella
Daño a la propiedad	Art. 239	Sanciones previstas en el Art. 230	Querella
Tránsito de vehículos	Art. 240	Multa hasta por valor de los daños causados y la reparación de estos	Querella
Por culpa	Art. 241	Se impondrá la mitad de las penas previstas en el Art. 220	Querella
Encubrimiento por receptación	Art. 243	De 2 a 7 años de prisión y de 50 a 120 días multa	Querella
Encubrimiento culposo	Art. 243	Sanciones previstas en el Art. 243 y 242 la mitad de las penas	Querella
Ejercicio indebido del servicio público	Art.258 fracciones I y II	De 3 a 10 años de prisión y de 25 a 250 días multa	Oficio

Abandono del servicio público	Art. 260	De 1 a 5 años y de 100 a 500 días multa	Oficio
Uso indebido de atribuciones y facultades	Art. 267 párrafo tercero menos de 500 veces días multa	De 3 meses a 2 años de prisión y de 100 a 500 días multa	Oficio
Cohecho	Art.272 Fracción I 272 fracción II	De 1 a 4 años de prisión meses a 2 años de prisión y de 30 a 300 días multa De 2 a 9 años y de 300 a 800 días multa	Oficio
Peculado	Art. 273	De 6 meses a 4 años de prisión y de 50 a 500 días multa	Oficio
Malversación Concusión	Art.273 Art.274	De 3 meses a 2 años de prisión y de 30 a 300 días multa e inhabilitación de 3 meses a 2 años	Oficio
Enriquecimiento ilícito	Art. 275 párrafo tercero	De 6 meses a 5 años de prisión y de 50 a 300 días multa	Oficio
Cohecho	Art. 277	De 6 meses a 3 años de prisión	Oficio
Distracción de recursos públicos	Art. 278 Art. 279	De 6 meses a 3 años de prisión y de 20 a 200 días multa De 6 meses a tres años y de 100 a 500 días multa	Oficio Oficio

Resistencia de particulares	Art. 281	De 6 meses a 2 años de prisión	Oficio
Oposición a que se ejecute alguna obra o trabajo público	Art. 282 párrafo primero	De 6 hasta 3 años de prisión	Oficio Oficio
Quebrantamiento de sellos	Art. 286	De 6 meses a 2 años de prisión y de 50 a 150 días multa	Oficio
Ultrajes a la autoridad	Art. 287	De 90 a 180 días de semilibertad	Oficio
Ejercicio indebido del propio derecho	Art. 288	De 3 meses a 1 años de prisión o de 30 a 90 días multa	Querella
Evasión de presos	Art. 304 parte primera	De 2 meses a 7 años de prisión y de 100 a 300 días multa	Oficio
Con violencia	Art. 306 parte segunda	De 6 meses a 3 años de prisión	Oficio
Falsedad ante autoridad	Art. 310 párrafo segundo	De 6 meses a 6 años de prisión y de 50 a 250 días multa	Querella y Oficio
Variación de nombre o domicilio	Art. 317	De 6 meses a 2 años de prisión o de 90 a 150 días de trabajo a favor de la comunidad	Oficio

Delitos de abogados patronos y litigantes	Art. 319 y 321	De 6 meses a 4 años de prisión y de 50 a 300 días multa y suspensión para ejercer la profesión	Oficio
Abandono, negación y práctica indebida del servicio médico	Art. 323	De 1 a 4 años de prisión y de 100 a 300 días multa y suspensión para ejercer la profesión	Oficio
Responsabilidad de directores, encargados, administradores o empleados de centros de salud	Art. 324	De 3 a 2 años de prisión de 25 a 100 días multa y suspensión de 3 meses a 2 años para ejercer la profesión	Oficio
Suministro de medicinas nocivas o inapropiadas	Art. 328	De 6 meses a 3 años de prisión de 50 a 300 días multa y suspensión para ejercer la profesión u oficio Por un lapso igual a la pena.	Oficio
	Art. 329	De 6 meses a 2 años y de 50 a 200 días multa	Oficio
Ataques a las vías de comunicación	Art. 330	De 6 meses a 2 años de prisión y de 50 a 200 días multa	Oficio
	Art. 331	De 1 a 4 años de prisión y de 100 a 500 días multa	Oficio
Violación de correspondencia	Art. 333	De 30 a 90 días multa	Oficio
Falsificación de			

sellos, marcas, llaves, cuños, troqueles, contraseñas y otros.	Art. 337	De 6 meses a 3 años de prisión y de 100 a 500 días multa	Oficio
Delitos electorales	Art. 359	De 6 meses a 1 año de prisión o de 100 a 300 días multa y destitución o inhabilitación de 1 a 5 años del cargo.	Oficio
Fraude	Art. 230 Fracción I	De 25 a 65 días multa	Querella
	Art. 230 Fracción II	De 4 meses a 2 años o 6 meses de prisión y de 75 a 200 días multa	Querella
	Art. 230 Fracción II	2 años 6 meses a cinco años.	Querella
	Arts. 230, 231 y 232	Sanciones del Art. 230	Querella
Administración Fraudulenta	Art. 234	Sanciones del Art. 230 fracc. I y II	Querella
Insolvencia fraudulenta	Art. 234	De 6 meses a 4 años de prisión y de 50 a 300 días multa	Querella
Daño a la propiedad	Art. 239	Sanciones previstas en el Art. 230	Querella
Tránsito de vehículos	Art. 240	Multa hasta por valor de los daños causados y la reparación de estos	Querella
Por culpa	Art. 241	Se impondrá la mitad de las penas previstas en el Art. 220	Querella

Encubrimiento por receptación	Art. 243	De 2 a 7 años de prisión y de 50 a 120 días multa	Querella
Encubrimiento culposo	Art. 243	Sanciones previstas en el Art. 243 y 242 la mitad de las penas	Querella
Ejercicio indebido del servicio público	Art.258 fracciones I y II	De 3 a 10 años de prisión y de 25 a 250 días multa	Oficio
Abandono del servicio público	Art. 260	De 1 a 5 años y de 100 a 500 días multa	Oficio
Uso indebido de atribuciones y facultades	Art. 267 párrafo tercero menos de 500 veces días multa	De 3 meses a 2 años de prisión y de 100 a 500 días multa	Oficio
Cohecho	Art.272 Fracción I	De 1 a 4 años de prisión meses a 2 años de prisión y de 30 a 300 días multa	Oficio
	272 fracción II	De 2 a 9 años y de 300 a 800 días multa	
Peculado	Art. 273	De 6 meses a 4 años de prisión y de 50 a 500 días multa	Oficio
Malversación	Art.273	De 3 meses a 2 años de prisión y de 30 a 300 días multa e inhabilitación de 3 meses a 2 años	Oficio
Concusión	Art.274		
Enriquecimiento ilícito	Art. 275 párrafo tercero	De 6 meses a 5 años de prisión y de 50 a 300 días	Oficio

		multa	
Cohecho	Art. 277	De 6 meses a 3 años de prisión	Oficio
Distracción de recursos públicos	Art. 278	De 6 meses a 3 años de prisión y de 20 a 200 días multa	Oficio
	Art. 279	De 6 meses a tres años y de 100 a 500 días multa	Oficio
Resistencia de particulares	Art. 281	De 6 meses a 2 años de prisión	Oficio
Oposición a que se ejecute alguna obra o trabajo público	Art. 282 párrafo primero	De 6 hasta 3 años de prisión	Oficio
			Oficio
Quebrantamiento de sellos	Art. 286	De 6 meses a 2 años de prisión y de 50 a 150 días multa	Oficio
Ultrajes a la autoridad	Art. 287	De 90 a 180 días de semilibertad	Oficio
Ejercicio indebido del propio derecho	Art. 288	De 3 meses a 1 años de prisión o de 30 a 90 días multa	Querella
Evasión de presos Con violencia	Art. 304 parte primera	De 2 meses a 7 años de prisión y de 100 a 300 días multa	Oficio
	Art. 306 parte segunda	De 6 meses a 3 años de prisión	Oficio

Falsedad ante autoridad	Art. 310 párrafo segundo	De 6 meses a 6 años de prisión y de 50 a 250 días multa	Querrela y Oficio
Variación de nombre o domicilio	Art. 317	De 6 meses a 2 años de prisión o de 90 a 150 días de trabajo a favor de la comunidad	Oficio
Delitos de abogados patronos y litigantes	Art. 319 y 321	De 6 meses a 4 años de prisión y de 50 a 300 días multa y suspensión para ejercer la profesión	Oficio
Abandono, negación y práctica indebida del servicio médico	Art. 323	De 1 a 4 años de prisión y de 100 a 300 días multa y suspensión para ejercer la profesión	Oficio
Responsabilidad de directores, encargados, administradores o empleados de centros de salud	Art.324	De 3 a 2 años de prisión de 25 a 100 días multa y suspensión de 3 meses a 2 años para ejercer la profesión	Oficio
Suministro de medicinas nocivas o	Art. 328	De 6 meses a 3 años de prisión	Oficio

inapropiadas	Art. 329	de 50 a 300 días multa y suspensión para ejercer la profesión u oficio Por un lapso igual a la pena. De 6 meses a 2 años y de 50 a 200 días multa	Oficio
Ataques a las vías de comunicación	Art. 330 Art. 331	De 6 meses a 2 años de prisión y de 50 a 200 días multa De 1 a 4 años de prisión y de 100 a 500 días multa	Oficio Oficio
Violación de correspondencia	Art. 333	De 30 a 90 días multa	Oficio
Falsificación de sellos, marcas, llaves, cuños, troqueles, contraseñas y otros.	Art. 337	De 6 meses a 3 años de prisión y de 100 a 500 días multa	Oficio

Delitos electorales	Art. 359	De 6 meses a 1 año de prisión o de 100 a 300 días multa y destitución o inhabilitación de 1 a 5 años del cargo.	Oficio
---------------------	----------	---	--------

Estos juzgados requieren de un espacio mínimo para el confinamiento de los procesados en base a la sentencia, ya que la mayoría de las veces sí alcanzan la libertad caucional como se desprende de las penalidades establecidas en los ilícitos señalados en los cuadros anteriores, así como también pueden caer en el supuesto del Artículo 133 Bis del C.P.P. para el D.F, que señala:

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

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

II.- Tenga domicilio fijo en el Distrito Federal o en la zona conurbada con antelación no menor de un año;

III.- Tenga un trabajo lícito; y

IV.- Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional. La presente disposición no será aplicable cuando se trate de los delitos graves señalados en este Código.

La realidad de los hechos es que en este tipo de ilícitos penales los Juzgados de Justicia de Paz tienen exceso de trabajo y por consiguiente la búsqueda de los requisitos señalados son encomendados a la Policía Judicial quienes están acostumbrados a ponerse de acuerdo con los familiares de los procesados a fin de rendir un informe favorable, lo cual ocasiona problemas de dilación y corrupción. Así como también debemos de contemplar los problemas inherentes a la economía ya que la pobreza extrema produce delincuencia e impide el goce de éste beneficio por insolvencia..

4.6 DELITOS DE LOS QUE TIENE CONOCIMIENTO EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA PENAL CONTEMPLADOS COMO GRAVES.

DELITO	FUNDAMENTO LEGAL	SANCIÓN	REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD
HOMICIDIO	Art. 123	8 a 20 años de prisión	Oficio o denuncia

Muerte por Lesiones mortales.	Art. 124	8 a 20 años de prisión	Oficio o denuncia
HOMICIDIO calificado.	Art. 125	8 a 20 años de prisión	Oficio o denuncia
HOMICIDIO descendiente	Art. 126	3 a 10 años de prisión	Oficio o denuncia
Lesiones	Art. 130 fracc.VI	3 a 8 años de prisión	Oficio o denuncia
Lesiones y Homicidio calificado	Art. 138 fracc. I-VII	2 años seis meses a 8 años de prisión	Oficio o denuncia
Homicidio culposo	Art. 141	De 6 a 20 años	Oficio
Procreación asistida	Art. 151	De 4 a 7 años de prisión	Oficio
Peligro de contagio enfermedad incurable	Art.159	3 meses 10 años	Querella
Privación de la libertad con robo o extorsión	Art. 160	5 a 20 años de prisión	9 jun. 2006
Servicios profesionales sin la retribución debida	Art. 161	De 3 a 8 años de prisión	Oficio

secuestro	Art.163	De 40 a 60 años de prisión	Oficio
Secuestro Express	Art.163 Bis	De 20 a 40 años de prisión	Oficio
Auto secuestro	Art. 167	De 2 a 8 años de prisión	oficio
Auto secuestro de un ascendente	Art. 167	De 2 a 8 años de prisión	Querella
Desaparición forzada de persona Al servidor público	Art. 168	De 15 a 40 años de prisión	Oficio
Desaparición forzada de persona particular	Art. 168	De 8 a 15 años de prisión	Oficio
Trafico de menores	Art. 169	De 2 a 9 años de prisión	Oficio
Retención y sustracción de menores incapaces	Art. 171 segundo párrafo	De 5 a 15 años de prisión	Oficio
Violación	Art. 174	Den 6 a 17 años	Querella
Violación equiparada	Art. 175	Den 6 a 17 años	Querella

Corrupción de menores incapaces	Art.183	De 6 a 10 años	Querella
Corrupción de menores incapaces	Art. 186	De 5 a 14 años	Querella
Pornografía Infantil	Art.187	De 6 a 14 años de prisión	Querella
Pornografía Infantil	Art. 188	De 5 a 14 años de prisión	Querella
Lenocinio	Art. 189	De 2 a 10 años	Oficio
Robo	Art. 220 Fracción IV	De 4a 10 años de prisión	Querella
Robo calificado	Art. 224	De 2 a 6 años mas las pena prevista el Art. 220	Oficio
Robo agravado	Art. 225 Fracción I y II	Además de las penas de 220 y 224 Incremento de 2 a 6 años	Oficio
Abuso de confianza	Art. 227 Fracción IV	De 6 a 12 años de prisión	Querella

Abuso de confianza	Art. 228 Fracción IV	De 5 a 12 años de prisión	Querella
Fraude	Art. 230 Fracción I V	De 5 a 11 años de prisión	Querella
Fraude	Art. 233 Fracción I V	6 meses 10 años de prisión	Querella
Despojo	Art. 238 párrafo tercero	2 a 9 años de prisión	oficio
Daño a la propiedad	Art. 239 fracción IV	de 4 a 10 años	Querella
Daño a la propiedad por Incendio, inundación o explosión dolosa	Art. 241 se aplicarán las penas del 239 incrementándolas en una mitad	de 4 a 10 años mas 2 a 5 años	Oficio
Operaciones con recursos de procedencia ilícita	Art. 250	De 5 a 15 años	Querella
pandilla	Art. 254	De 4 a 10 años de prisión sin perjuicio de las penas del delito o delitos cometidos	Oficio

Asociación delictuosa	Art.255 fracciones I y II	De 4 a 10 años de prisión sin perjuicio de las penas del delito o delitos cometidos aumentaran en una mitad	Oficio
Delincuencia organizada	Art. 255	De 4 a 10 años de prisión sin perjuicio de las penas del delito o delitos cometidos aumentaran en una cuarta parte	Oficio
Uso ilegal de atribuciones y facultades	Art. 267 fracción II	De 2 a 9 años de prisión	Oficio
Uso ilegal de atribuciones y facultades Beneficios Servidor publico	Art.268	De 2 a 9 años de prisión mas una tercera parte	Oficio
intimidación	Art. 269	De 3 a 10 años de prisión	Oficio
Cohecho	Art. 272 fracción II	De 2 a 9 años de prisión	Oficio
Peculado	Art. 273 fracción II	De 4 a 12 años de prisión	
Concusión	Art. 274	De 2 a 12 años de	Querella

		prisión	
Quebrantamiento de sellos	Art. 286-bis	De 2 a 8 años seis meses de prisión	Oficio
Tortura	Art. 294	De 3 a 12 años de prisión	Oficio
Delitos en el ámbito de administración de justicia	Art. 299	De 2 a 8 años seis meses de prisión	Oficio
Evasión de presos	Art. 305	De 3 a 10 años de prisión	Oficio
Falsedad en declaraciones ante autoridad	Art. 312	De 4 a 8 años de prisión	Oficio
Violación de la comunicación privada	Art. 334	De 3 a 12 años de prisión	Oficio
Falsedad ante autoridad	Art. 336	De 3 a 9 años de prisión	Oficio
Elaboración o alteración y uso	Art.338	De 4 a 8 años de prisión	Oficio

indebido de placas, etc			
Delitos contra el ambiente	Art. 343	De 3 a 9 años de prisión	Oficio
Ilícitamente realice cambio de uso de suelo	Art.343 Bis	De 3 a 9 años de prisión	Oficio
Tirar residuos de la industria	Art.344-V	De 3 a 9 años de prisión	Oficio
Delitos contra la gestión ambiental	Art. 347 Bis	De 4 a 9 años de prisión	Oficio
Delito electoral	Art. 355	De 4 a 9 años de prisión	Oficio
Delito Rebelión	Art. 361	De 2 a 10 años de prisión	Oficio
Ataques a la paz publica	Art. 362	De 5 a 30 años de prisión	Oficio
Sabotaje	Art. 363	De 5 a 15 años de prisión	Oficio

Nota: los marcados con negritas alcanzarían la libertad bajo caución, si se implementase ésta reforma propuesta.

4.7 Nuestra propuesta.

Llevar a cabo la reforma del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal **que a la fecha se encuentra así:**

Habrá caso urgente cuando concurren las siguientes circunstancias:

- I .- Se trate de delito grave así calificado por la ley; y
- II .- Exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia, y
- III .-El Ministerio Público no pueda ocurrir ante la Autoridad Judicial por razones de la hora, lugar u otra circunstancias.

Existirá el riesgo fundado a que se refiere la fracción II anterior, en atención a las circunstancias personales del inculpado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse, a ser sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho o, en general, a cualquier indiciado que haga presumir fundadamente que puede sustraerse de la acción de la justicia.

El ministerio Público, ordenará la detención en caso urgente, por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en las fracciones anteriores.

Salvo que el individuo se encuentre en presencia del Ministerio Público, las demás detenciones serán ejecutadas por la Policía Judicial, la que deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del Ministerio Público.

Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados, con pena de prisión, cuyo **termino medio aritmético exceda de cinco años**. Respecto de éstos 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 termino 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 penales mencionados en el párrafo anterior, también se considerará delito grave si el termino 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.

Para calcular el termino medio aritmético de la pena de prisión se tomarán en consideración las circunstancias modificativas de la penalidad del delito de que se trate.

Cuando se señalen penas en proporción a las previstas para el delito doloso consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél.”

Por lo que éste precepto se propone sea reformado, y deberá de quedar como sigue:

Artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

“Habrá caso urgente cuando concurren las siguientes circunstancias:

I .- Se trate de delito grave así calificado por la ley; y

II .- Exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia, y

III .-El Ministerio Público no pueda ocurrir ante la Autoridad Judicial por razones de la hora, lugar u otra circunstancias.

Existirá el riesgo fundado a que se refiere la fracción II anterior, en atención a las circunstancias personales del inculpado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse, a ser sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho o, en general, a cualquier indiciado que haga presumir fundadamente que puede sustraerse de la acción de la justicia.

El ministerio Público, ordenará la detención en caso urgente, por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en las fracciones anteriores.

Salvo que el individuo se encuentre en presencia del Ministerio Público, las demás detenciones serán ejecutadas por la

Policía Judicial, la que deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del Ministerio Público.

Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados, con pena de prisión, cuyo termino medio aritmético exceda de diez años. Respecto de éstos 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 termino 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 penales mencionados en el párrafo anterior, también se considerará delito grave si el termino medio aritmético de las dos terceras partes de la pena de prisión que se debiera imponer de haberse consumado el delito excede de diez años.

Para calcular el termino medio aritmético de la pena de prisión se tomarán en consideración las circunstancias modificativas de la penalidad del delito de que se trate.

Cuando se señalen penas en proporción a las previstas para el delito doloso consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los

efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél.”

El incremento de las penas en la Ciudad de Puebla y el Distrito Federal por lo que hace a determinados delitos de carácter Federal como el secuestro; no justifica el que no se haya contemplado el incremento del termino medio aritmético para la obtención de la libertad caucional, o sea solo se ha contemplado el incremento de las penas, como se puede observar en nuestro Nuevo Código Penal para el Distrito Federal donde se incrementaron las penalidad máxima de 40 a 60 años y en la Ciudad de Puebla hasta setenta años (para el delito de secuestro) en busca de generar un impacto inhibitor, para quienes consideran al secuestro como económicamente rentable.²

Estamos de acuerdo en que se establezcan penas de ésta naturaleza cuando lo que se protege es la integridad física y la vida del ser humano, su libertad para deambular libremente, sin temor a ser secuestrado, en éste tipo de delitos es muy importante que se proteja al máximo nuestro derecho a vivir integrados a una sociedad que vele por ese fin.

² D.O. Iniciativa de la Ley de fecha 14 de octubre del 2003 en el Congreso en la Ciudad de Puebla

Pero también, es importante cuidar el derecho de los ciudadanos y sus garantías individuales, y que éstas no sean trasgredidas por la propia institución encargada de aplicarlo.

Beneficios que se derivarán del incremento del término que se propone.

4.8 Causas que justifican lo propuesto

Causas que justifican de incrementarse el término medio aritmético, se lograría lo siguiente:

- a) El nivel de sobrepoblación en los CERESOS bajaría.
- b) El número de delincuentes recluidos sería un problema menor, ya que éstos estarían fuera gozando del beneficio de la caución, siguiéndoseles el proceso correspondiente.
- c) Se podría ahorrar todo lo que estas personas tendrían que consumir en el interior de dichos penales, y considero que estaríamos hablando de una cantidad considerable.
- d) No estarían los primo delincuentes en el interior contaminándose con otros reclusos que enseñan a los delincuentes primarios a comportarse más osadamente, y evitar los errores en los

que incurrieron para ser detenidos, en una palabra se vuelven más temerarios. La libertad de un individuo no es cosa de juego, por lo que es preferible ser indulgente y justo que irreflexivo e injusto.

e) Un trato distinto al delito de robo. En nuestra sociedad el delito de robo agravado, constituye el 60 % de los ilícitos que se cometen en esta Ciudad de México y son recluidos o confinados ante la negativa del otorgamiento de la libertad caucional. Con lo que diariamente se incrementan el número de procesos y habitantes en los reclusorios.

El robo agravado y calificado que automáticamente es un delito grave, y por esta razón se convierte en un ilícito que no alcanza la libertad bajo fianza. Nuestro concepto al respecto es que éste ilícito no debe calificarse para el otorgamiento de la libertad caucional. Ya que se encuentra dentro de los ilícitos que por las diferentes fracciones en las que se califica es menor la penalidad del termino medio aritmético a cinco años sin embargo por el sólo hecho de ser un delito calificado como agravado se le niega automáticamente el derecho a la garantía de libertad caucional, con el incremento propuesto éste ilícito aun calificado como grave dejaría de serlo ya que tendría la posibilidad de alcanzar el beneficio.

Con lo cual se dejaría de cometer arbitrariedades, ya que negar el beneficio lo único que se consigue es ser injusto es sujetar a un ser humano a un proceso donde la acción desplegada por el representante social en ocasiones no cumple ni siquiera con la integración de los elementos propios del delito o la presunta responsabilidad penal aunado a la negativa de que pueda demostrar su inocencia fuera de los reclusorios.

El Derecho penal no cumple como un Derecho de defensa social sino más bien como ya se ha señalado como un medio de control social en beneficio de la burguesía dominante.

Esta reforma bajará la sobrepoblación en los centros de reclusión. No serían los juzgados de primera instancia los que tengan que conocer de la mayoría de los delitos, sino serían los juzgados de paz como sucede actualmente y serían mayor los casos que conocerían los juzgados de primera instancia otorgando el beneficio de la libertad caucional donde se les requeriría dejar su caución y continuar con el proceso.

Se ahorraría el Estado una cantidad considerable, por los gastos que conlleva la habilitación de nuevos reclusorios, por lo que serían ya suficientes los ya existentes y logrando además un ahorro considerable en cuanto a los gastos de mantenimiento de los inmuebles y manutención de los internos.

Si no se logra rehabilitar a la población interna de delincuentes al menos no contribuiríamos en continuar en contradicción con el Artículo 18 Constitucional.

Se incurriría en un porcentaje de un menor número de casos de injusticia, al confinar a reos que al final resulten inocentes; (que hayan permanecido internados meses o años en el interior del reclusorio). Con esta propuesta se justifica el presente trabajo, ya que difícilmente podrá ser procesado privándosele de la libertad injustamente. Brindándole el beneficio de la duda podrá defenderse y demostrar su inocencia, en el supuesto caso de ser inocente, obteniendo su libertad bajo caución, es decir encontrándose en el exterior.

Por otra parte al incrementarse el término medio aritmético en comento, logrará que un número mayor de indiciados, procesados y sentenciados puedan obtener el beneficio de esta Garantía Constitucional como inicialmente la propuso el Legislador Constituyente de 1917 lográndose así el desahogo de la sobrepoblación en los reclusorios.

También el Estado se allegaría importantes beneficios en el manejo de las sumas de dinero que por concepto de caución ingresan al Estado como depositario hasta en tanto dure el juicio

4.9 Propuesta para el tipo penal de robo agravado

Cuando el monto de lo robado no sobrepase los dos mil pesos, debe tener un trato distinto al que se le da en la actualidad, ya que nuestra legislación es inflexible con este tipo de delitos que sin justificar la causa puede ser cometido por extrema necesidad, o por error de hecho, al ser engañado por un tercero.

Por lo que el manejo de éste tipo de delitos deberá tener como tratamiento la aplicación de una multa por el Juez de Paz Penal, o bien la propuesta de tratarse ante el Juez Cívico, quien podrá aplicar una multa o arresto por determinadas horas o días mediante el pago de la reparación del daño, e incluso deberá de perseguirse por querrella, por lo que cabe el beneficio del otorgamiento del perdón, con lo que se concluirían un sin numero de procesos.

Además el abogado como cualquier otro profesional debe tener un trabajo, que realizar en cualquier defensa penal, al no poder hacer nada para liberar al procesado de la prisión (no obstante conocer el derecho y sabedor de que todo lo que sea defensa requerirá de tiempo) donde el detenido procesado debe permanecer en el interior del reclusorio; mientras tanto, el recluso desesperado, busca otro tipo de soluciones de resultados mas ágiles de ser esto posible, con lo que se propicia la corrupción y el daño económico al procesado y a la sociedad al sujetársele a un proceso y encontrándose éste hacinado, el daño no

es únicamente para su persona, sino que conlleva a la familia, a quienes deja sin un sustento económico y en el desamparo moral.

Ya que si el indiciado es por ejemplo trabajador de la construcción, al dejar de ir a su trabajo, dejará de percibir lo que gana en éste o cualquier otro empleo el cual correrá el riesgo de ser sustituido y de quedar desempleado o tratándose de cualquier ciudadano que se le haga fácil cometer éste ilícito, si el robo lo cometió en el interior de un centro comercial independientemente de su valor, por tratarse de un robo agravado, se le confine sin derecho a caución.

Incluso se ignora si esta medida traería como consecuencia la obtención de la libertad bajo caución para aquel que no cuenta con dinero, ya que la situación precaria que lo orilló a delinquir posiblemente lo inhabilite para cubrir el importe de la misma.

Más sin embargo se le hará justicia al precepto constitucional en cuanto a lo que señala que la obtención de la caución será asequible del que lo solicita y no imposible como sucede en la actualidad para aquellos delitos agravados.

Por lo que respecta a los centros de reclusión, diremos que estos son centros de “drogadictos” ya que como se ha informado en la actualidad ocho de cada diez reos la consumen, con lo cual se puede definir el grado de degeneración y corrupción existente, no hablemos de

una posible rehabilitación, la cual no es un campo propicio para ello, sino por el contrario, nos encontramos con otros problemas que llevaban a resentimientos, que se arraigan en el ser humano, propiciados por la ignorancia, la pobreza y la falta de empleos.

Este tipo de penas no cumplen con el objetivo señalado en el Artículo 18 Constitucional ya que la readaptación social del delincuente es una quimera, no existe en dichos centros de reclusión.

Donde se busca que dejen de ser centros de delincuentes, escuelas de delitos, donde aparte de drogas se perpetran robos, lesiones, homicidios, violaciones, venta de comodidades, protección física, en el interior de los pomposamente llamados Centros de Rehabilitación Social.

La idea principal es el hecho de que el término medio aritmético materia de la propuesta, es que sea hegemónica, como se encontraba en un inicio la idea generalizada constitucional de determinar los delitos graves en base al término medio aritmético incrementándose éste de cinco a diez años para el Distrito Federal

(Como se puede observar, ya no refiere el término medio aritmético de cinco años de la penalidad mínima y máxima).

El termino delitos no graves y graves deberá ser entendido como **delitos que alcanzan la libertad** y aquellos que por su **gravedad no la alcanzan**, únicamente, dado el uso y costumbre del termino en sociedad podríamos decir que este termino si es entendido en este aspecto literal. Pero para algunos autores, el termino no es muy agraciado ya que delito grave lo es todo acto que vaya en contra del orden jurídico, así todos los delitos son graves y no podríamos encontrar los no graves, mas que en la forma propuesta..

4.10 METODOLOGÍA Y TÉCNICA

En el presente capítulo hemos utilizado el método, Exegético, por tratarse de la interpretación de la Ley, histórico jurídico por tratarse de una evolución de una investigación jurídica a la luz exclusivamente de los cambios legislativos.

Haciendo además una investigación empírica analítica, su objeto lo constituye el orden jurídico del pasado y del presente.

Sus fuentes son la interpretación de la Ley, o sea gramatical, lógico sistemático e histórico. Su utilidad se centra en la sistematización de las reglas jurídico positivas para facilitar la aplicación del derecho. Siendo su fuente el orden normativo, los fines que la precedieron y problemas que pretendió resolver en comparación con los sistemas expuestos la aplicación efectiva de la norma en el terreno de la realidad concreta

CONCLUSIONES

PRIMERO. Es necesario incrementar el término medio aritmético de cinco a diez años para la obtención de la libertad bajo caución, con lo cual bajaría la sobrepoblación de los centros de reclusión, y evitaría el costoso mantenimiento de los ya existentes y los nuevos centros (futuros a construir) otorgando un beneficio al Estado que ayudaría a someter a juicio a procesados sin hacinamiento, evitando que se corrompan los delincuentes primarios que actualmente son reclusos sin el beneficio de la caución y sin que exista rehabilitación alguna, sin que se deje de sentenciar y aplicando la medidas prudentes a cada caso en concreto y lo más importante en cuanto a las penas sin necesidad de modificar las ya existentes en los ordenamientos legales.

SEGUNDO. La inclusión del termino medio aritmético establecido en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y que a la fecha es de cinco años proponiéndose el incremento a diez años nos da la oportunidad de actuar a favor de la ciudadanía evitando que personas que pudieran resultar inocentes, se les niegue(la libertad caucional) sin tener que recurrir a otros medios para poder obtener su libertad. Lográndose con esto que los ilícitos penales mas frecuentes(como el delito de robo calificado o agravado) y que, ingresan a los centros de reclusión (en un porcentaje de un sesenta por ciento) alcanzarían el beneficio de la

libertad bajo caución, además de que la propuesta, de incrementar la norma local no se contrapone a la Constitucional ya que en esta última no aparece el término de referencia. Por lo que estarían en libertad todos los Estados de la República Mexicana de llevar a cabo sus reformas (al código procesal) al respecto.

TERCERO. Es necesario establecer un plan nacional y Estatal, así como municipal, dirigido a fomentar el respeto, y la defensa de la legalidad, (Garantías Constitucionales) Implementando una Política criminal positiva preventiva, haciéndose necesario ampliar progresivamente los recursos de que disponen las instituciones a cargo de la seguridad pública, mejorando sustancialmente el reclutamiento, la selección y preparación de este personal a cargo de la seguridad pública. Es preciso establecer y en su caso fortalecer sistemas de patrullaje disuasivo, seguridad rural, seguridad en carreteras y caminos, policías para menores de edad, bajo un sistema vecinal, municipal, local estatal y nacional.

Por lo que respecta al sistema legislativo penal, hay que evitar el innecesario y estéril endurecimiento de las penas, que no constituyen en modo alguno, una solución adecuada y eficaz al problema de la delincuencia. La pena de muerte es ilegítima e ineficaz. En cambio es preciso sustituir las penas privativas de libertad. Esto traerá consigo mejores efectos, en beneficio de la sociedad el Estado y el propio

infractor así como las penas correspondientes a delitos de robo calificado y agravado.

CUARTO. Es preciso revisar y organizar profundamente el proceso penal unificando la legislación nacional penal. Utilizando para la asesoría legal la presencia de profesionales del Derecho penal debidamente calificados para esta tarea así como establecer convenios con Instituciones de enseñanza del Derecho para utilizar pasantes a fin de otorgarle el reconocimiento de su servicio social, vigilados por profesionales ampliamente calificados, como sucede en los países de Norteamérica, EUA y Canadá como se ha expuesto.

QUINTO Deberá de incluirse en el Código Penal, la legislación penal especial, concentrándola en un solo ordenamiento. Es posible que coexistan un sistema procesal avanzado, con plenas garantías y un equilibrio entre los intereses legítimos de la sociedad la víctima y el inculpaado.

SEXTO.. Precisamente ante la necesidad de nuevas tendencias en materia de imposición de sanciones, debe pensarse muy seriamente en el acrecentamiento de medidas preventivas de seguridad, puesto que si logramos prevenir el delito más que sancionarlo, (medidas preventivas y educacionales) habrán de ayudar en forma importante, para alejar a los individuos de la delincuencia;

como sabemos, esta última tiende a incrementarse y son varias las causas por las cuales se presenta; en particular destacan: a) pobreza, b) incomprensión, c) ignorancia, d) desempleo, e) alcoholismo y drogadicción, f) desorientación, g) descontento político y h) la injusticia o el abuso del poder entre muchas otras.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

1. Antolisei, Francesco “Manual de Derecho Penal” Parte General 8° edición, Editorial Temis, Bogotá Colombia 1988. Traductor Luigi Conti.
2. Barreda Solórzano, Luis de la, “Punibilidad, Punición y Pena”, Congreso Mexicano de Derecho penal, 1981.
3. Beccaria. “Tratado de los Delitos y de las Penas”, Editorial Porrúa, México 2003.
4. Bergalli, Roberto “¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?”, Universidad de Madrid 1976.
5. Bernardo de Quiros, Constancio “ Derecho Penal parte General”, Editorial José M. Cajica, Jr. Puebla, Puebla , México 1948.
6. Bettiol, Giuseppe, “Derecho Penal”, Parte general, Ed. Temis, Bogotá 1965.
7. Bielsa, Rafael, Suprema Corte de Justicia de la Nación ,3° edición, Buenos Aires.
8. Burgoa Orihuela, Ignacio “Derecho Constitucional Mexicano” décima cuarta edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2001.
9. Burgoa, Ignacio.”Las garantías individuales”, 27ª edición Ed. Porrúa S.A., México 1995.
10. Carpizo. Jorge, “La Constitución Mexicana de 1917”, 5ª edición, México, UNAM 1982.

11. Clarián Olmedo, Jorge A. "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo IV, Ediar Editores, S.A. Buenos Aires.
12. Colín Sánchez, Guillermo, "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales" 16ª edición Editorial Porrúa S.A. México 1997.
13. De la Cruz Agüero, Leopoldo "Procedimiento Penal Mexicano Teoría Práctica y Jurisprudencia", México, Ed. Porrúa, 1995.
14. De la Cruz Agüero, Leopoldo "Proceso Penal Mexicano", Editorial Porrúa S.A., 21 edición; México 1996.
15. De Pina Vara, Rafael. Et. al. "Diccionario de Derecho", Editorial Porrúa, S.A. décima tercera edición, México 1985.
16. Del Castillo, José R. "Práctica de Enjuiciamiento Criminal" J.R. Garrido y Hermanos Editores, México 1916.
17. Díaz de León Marco Antonio, "Diccionario de Derecho Procesal Penal", Editorial Porrúa, tomo II Tercera edición, México 1997.
18. Díaz de León, Marco Antonio, "Diccionario de Derecho Procesal Penal", Ed. Porrúa S.A. México 1986 ,Tomo II.
19. Diccionario de la Lengua Española, 21ª edición, Madrid, Espasa Calpe, 1992
20. Eddey, K:J., "The English Legal System", 2ª Ed. Londres, Sweet, Editorial. Maxwell, 1977.
21. Enciclopedia Microsoft Encarta 98-97 Microsoft corporación.

reservados todos los derechos

22. Escalona Basada, Teodoro "La libertad provisional bajo caución", sin editorial, México 1969, p. 46 (Biblioteca México, Ciudadela)
23. Ferri, Enrico "Delinquenti Nell Arte del L'oglio", Editore, Milano, Italia.
24. Fíx Zamudio, Héctor y otro. "Derecho Constitucional Mexicano y Comparado" Ed. Porrúa, UNAM, México 1999
25. García Maynes, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", México, Editorial Porrúa.
26. García Ramírez, Sergio. "El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano", Editorial Porrúa S.A., Segunda Edición México 1995.
27. González Bustamante, Juan José, "Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano" 9ª edición Editorial Porrúa, S.A. México, 1988.
28. Guzmán Martín, Luis, "EL Águila y Serpiente", La novela de la Revolución Mexicana, Aguilar, Mucho México 1989.
29. Jiménez Morales, Guillermo. "Las Constituciones de México", Comité de Asuntos Editoriales, México 1989.
30. Kant M. "Fundamentación de la metafísica de las cumbres" Madrid, Espasa Calpe, 1932.
31. Madrazo, Jorge, Et.al. "Diccionario Jurídico Mexicano "Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México y Porrúa S.A. México 1988.

32. Madrazo, Jorge "Derechos Humanos el Nuevo Enfoque Mexicano", Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición, 1993.
33. Mancilla Ovando, Jorge A. "Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal" México, Editorial Porrúa, 1988,
34. Mayer, Martin "The Lawyers", Nueva York, Ed. Harper y Row Publishers. El ejercicio de la abogacía en los Estados Unidos 1967.
35. Morineau, Marta. "Una Introducción al Common Law" U.N.A.M. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México
36. Neuman, Elías, "Las Penas de un Penalista", Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1976.
37. Pérez Palma, Rafael, "Fundamentos Constitucionales de Procedimientos Penales" Ed. Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1974.
38. Pina, Rafael de, "Diccionario de Derecho", México, Editorial Porrúa, 1989.
39. Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga en el texto Derecho Procesal Civil Instituciones de Derecho Procesal Civil, Décima edición, Editorial Porrúa S.A., México 1974
40. Rico, José M. "Las sanciones Penales y la Política criminológica Contemporánea", Siglo XXI editores, México, 1979.
41. Rodríguez Manzanera, Luis. "Criminología", 14ª Editorial. Porrúa S.A., Edición México año 1979.

42. Rodríguez Manzanera, Luis. "Penología" Editorial Porrúa, México 2003, 3° edición.
43. Sánchez Bringas, Enrique "Derecho Constitucional" Ed. Porrúa S.A. México 1998, 3° edición.
44. Sayeg Helu, Jorge. "Instituciones de Derecho Constitucional Mexicano" Editorial Porrúa S.A. México, 1987.
45. Schmitt, Carl "Teoría de la constitución" Editora nacional, México, 1981.
46. Soberanes Fernández, José Luis "Historia del Sistema Jurídico Mexicano" México, UNAM, 1990.
47. Sueiro, Daniel, "Los Verdugos Españoles", Alfaguara, España, 1971.
48. Tamayo y Salmerón, Rolando, "Introducción al Estudio de la Constitución", México UNAM, 1986.
49. Tena Ramírez, Felipe "Derecho Constitucional Mexicano" México, Editorial Porrúa, 1980
50. Tena Ramírez, Felipe. "Leyes Fundamentales de México". Editorial Porrúa S.A., México 1992. 17ª. Edición.
51. V.Castro, Juventino "Las Garantías Constitucionales y la Libertad Personal que ellas regulan" Escuela Libre de Derecho, México 1990.
52. Zamora Pierce, Jesús. "Garantías Y Proceso Penal", 10° edición, Editorial Porrúa, México 2000.

BIBLIOGRAFIA

LEGISLACIONES

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa S.A. 123ª Edición. México 1998.
2. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Sista México 2003
3. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos sancionada y jurada por el Congreso General Constituyente el día 5 de febrero de 1857.México, Imprenta del Gobierno del Palacio, dirigida por Sabas Murguía. Año 1883
4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Publicaciones Farrera, año de 1942.
5. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Trillas México, Coordinación Editorial Javier Moreno Padilla, México, 2 abril de 1984.Talleres de Offset Larios, S.A
6. Leyes y Códigos de México” Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 116º edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1996.
7. Código Federal de Procedimientos Penales. Ediciones fiscales ISEF, S.A.”Agenda penal federal 2000,sexta edición enero del 2000”
8. Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal” que contiene las nuevas reformas publicadas el 11 de noviembre de 2002 Ed. ENCIJA Ediciones S.A. de C.V.

9. Código Penal 1998, Ediciones Fiscales ISEF
10. Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del .DF. Ed. Sista. SA de CV, México, año de 1996.
11. Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Encija Ediciones S.A de CV, México, 2002.
12. Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del DF. Ed. Sista. S.A. de C.V. México, 1996.

OTRAS FUENTES DE INVESTIGACION

CONSULTADAS

JURISPRUDENCIA

1. En revisión, 361/93, José Luis Lezama Penagos, 26 de agosto de 1993, Unanimidad de Votos.
2. Semanario Judicial de la Federación, jurisprudencia por contradicción de tesis número 2/93, así lo resolvió por unanimidad de votos la primera sala penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
3. Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia visible en la quinta época, primera sala, tesis 1110, apéndice 1988, segunda parte
4. Semanario Judicial de la Federación, jurisprudencia visible de la octava época, amparo
5. Semanario Judicial de la Federación, ejecutoria visible en el volumen 39, primera parte, bajo el rubro de amparo en revisión

No. 8161/62 Salvador Piña Mendoza, fecha 22 de marzo de 1972. unanimidad de 16 votos

6. Semanario Judicial de la Federación, ejecutoria visible en el volumen 175-180, sexta parte, bajo el rubro de Amparo Directo 976/81, Comisión Federal de Electricidad, 9 de agosto de 1983, Primer Circuito Tercero Administrativo
7. Semanario Judicial de la Federación, tesis de la primera sala, quinta época, tomo CIV, Pérez Manuel, cinco votos.
8. Tesis visible en el Semanario Judicial de la Federación, t. XCIV, Hernández Galarza Albino, 25 de octubre de 1947.

REVISTAS

1. Moran Monrroy, Enrique (periodista) Impacto, la Revista, número 2582 del 22 de agosto de 1999
2. Versele Severin, Carlos. "La política criminológica" Revista Mexicana de Criminología. No. 1, México, 1976.
3. Sáchez Sandoval, Augusto "Política Criminal" –La reducción del Estado nacional y las Políticas transnacionales de Seguridad-, Creativa Impresores, Octubre 2003.

TABLA DE ABREVIATURAS

Abreviatura	Significado en tín	Significado en Español
C.P.E.U.M	-	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CFPP	-	Código Federal de Procedimientos Penales
CPF	-	Código Penal Federal
CPPDF		Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal
Ed.	-	Editorial
Et al.	Et Alius	Y otros
LOTSJDF	-	Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal
NCPDF	-	Nuevo Código Penal para el Distrito Federal
Op. Cit.	Opus citatus	Obra citada
p.	-	Página
pp.	-	Páginas