

320809
11
2ej



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL TLALPAN

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U.N.A.M.

COMENTARIOS SOBRE ANTICONSTITUCIONALIDAD AL
ARTICULO 324 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS
PENALES DEL ESTADO DE VERACRUZ

T E S I S

Que presenta

ELEUTERIO HERNANDEZ SALAZAR

Para obtener el titulo de
LICENCIADO EN DERECHO

Asesor de Tesis:

LIC. RENE A. PALAVICINI ESPONDA

MEXICO, D. F. 1991

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está 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.

I N D I C E

PROLOGO

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO: LA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

I.1.- GENERALIDADES	1
I.1.1.- LA CONSTITUCION NORMA SUPREMA DEL ORDEN JURIDICO	3
I.2.- EVOLUCION HISTORICA DEL PRINCIPIO	8
I.3.- SUS ANTECEDENTES EN EL DERECHO MEXICANO	13
I.4.- TESIS KELSENIANA	15
I.5.- DOCTRINA FRANCESA	17
I.6.- LA DOCTRINA NORTEAMERICANA	19
I.7.- INTERPRETES DEL ARTICULO 126 EN LA CONSTITUCION DE 1857.22	
I.8.- LA CONSTITUCION DE 1917 Y SUS PENSADORES.....	25

CAPITULO SEGUNDO: EVOLUCION HISTORICA DE LA GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA Y EL ORDEN JERARQUICO NORMATIVO - EN EL DERECHO MEXICANO.

2.1.- GENERALIDADES.....	28
2.2.- MEXICO INDEPENDIENTE	28
I.- CONSTITUCION DE CADIZ DE 1812	28
II.- REGLAMENTO PROVISIONAL POLITICO DEL IMPERIO MEXICANO DE 1822	29
III.- LA CONSTITUCION DE 1836	29
IV.- EL PROYECTO DE REFORMA DE 1840	30
V.- VOTO PARTICULAR DE LA MINORIA CONSTITUYENTE DE -- 1842	31
VI.- ESTATUTO ORGANICO PROVISIONAL DE LA REPUBLICA MEXICANA DE 1856	31

VII.- LA CONSTITUCION DE 1857 ,	31.
VIII.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1880	32.
IX.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1894	33
2.3.- LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION Y LA CONSTITUCION DE- 1917	34
I.- PROYECTO DE LA CONSTITUCION DE LA SECRETARIA DE - JUSTICIA DE 1916	34
II.- INFORME DE CARRANZA AL CONGRESO DE QUERETARO	36
III.- PROYECTO PRESENTADO POR CARRANZA	37
IV.- LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES	38
V.- CONTENIDO DE LA REFORMA	42
2.4.- LA JERARQUIA NORMATIVA DE MEXICO	44
I.- GENERALIDADES	44
II.- PENSAMIENTO DE GABINO FRAGA	45
III.- PENSAMIENTO DE EDUARDO GARCIA MAYNES	46
IV.- PENSAMIENTO DE MARIO DE LA CUEVA	47
V.- PENSAMIENTO DE MIGUEL VILLORO TORANZO	48
VI.- PENSAMIENTO DE IGNACIO BURGOA	50
CAPITULO TERCERO: MECANICA PROCEDIMENTAL PARA LA OBTENCION DE LA LIBERTAD CAUCIONAL Y PRINCIPIOS QUE RIGEN SU - FUNCIONAMIENTO.	
I.- AUTORIDAD QUE PUEDA CONCEDERLA	52
II.- QUIEN PUEDE SOLICITARLA	53
III.- REQUISITOS DE PROCEDENCIA	54
IV.- EN QUE PUEDE CONSISTIR LA CAUCION	55
V.- MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA SU OTORGAMIENTO...	63

VI.- TRAMITACION DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION	65
VII.- OBLIGACIONES QUE GENERA EL OTORGAMIENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION	67
VIII.- EN DONDE Y EN QUE FORMA SE CONSTITUYE LA CAUCION-	68
IX.- AGRAVANTES Y ATENUANTES (MODALIDADES) EN LA LIBERTAD BAJO CAUCION	70
X.- CONCURSO MATERIAL Y FORMAL DE DELITOS	78
XI.- LA TENTATIVA Y LA LIBERTAD PROVISIONAL	79
XII.- EFECTOS DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION -	79

CAPITULO CUARTO: LA FRACCION PRIMERA DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL.

4.1.- LA GARANTIA DE LIBERTAD BAJO CAUCION	82
4.1.1.- DENOMINACION	84
4.1.2.- DEFINICION	85
4.1.3.- NATURALEZA DE SU CONTENIDO	90
4.1.4.- LA PRISION PREVENTIVA	94

CAPITULO QUINTO: EL INCIDENTE DE LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION EN EL ARTICULO 324 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE VERACRUZ.

5.1.- COMENTARIOS DE ANTICONSTITUCIONALIDAD A LA CLASIFICACION DEL INCIDENTE PARA OBTENER LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION	102
5.2.- CONCEPTO DE INCIDENTE DE LIBERTAD CAUCIONAL	107
5.3.- ANTICONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 324 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE VERACRUZ	109

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

COMENTARIOS SOBRE ANTICONSTITUCIONALIDAD
AL ARTICULO 324 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS
PENALES DEL ESTADO DE VERACRUZ.

P R O L O G O

El derecho indiscutible que tienen los individuos para obtener su libertad provisional bajo caución está elevada al rango de garantía individual en el documento jurídico supremo que lo contiene. Dicha garantía participa del principio de supremacía constitucional que se consigna en el artículo 133 de la Ley Suprema del Derecho Mexicano, pues tiene prevalencia sobre cualquier norma o ley secundaria que se les contraponga y primacía de aplicación sobre la misma, por lo que las autoridades deben observarlas preferentemente a cualquier disposición ordinaria.

Es en el artículo 324 del Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Veracruz donde los legisladores locales han contrariado el espíritu legislativo del Constituyente Permanente al introducir limitaciones para el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución que no están contenidas en la disposición correlativa constitucional, precisamente en la fracción I en su artículo 20.

Las garantías individuales están investidas también del principio de rigidez constitucional, en el sentido de que no pueden ser modificadas o reformadas por el poder legislativo ordinario.

Para llegar a la conclusión de la anticonstitucionalidad del artículo 324 en comentario, planteo las -- premisas del principio de supremacía constitucional y de las exigencias del artículo 20 fracción I del Código Supremo, es decir, las bases constitucionales para el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución hasta llegar a las limitantes (peligrosidad, importancia del daño, etcétera) que dá el legislador ordinario al juzgador para denegar tal garantía y que la funda en introducir elementos extraños a lo plasmado en la garantía básica para su otorgamiento.

Por tanto, a ninguna norma no constitucional independientemente de su naturaleza formal (Ley o Reglamento) o de su alcance imperativo especial (Federal o Local), le es dable, sin quebrantar el principio de supremacía del Código Político de la Federación, establecer restricciones a dicha garantía.

Sostengo que el artículo 324 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz debe derogarse para que no conculque la garantía a que se contrapone para quedar del siguiente tenor:

" Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, cuando el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito impuesto no exceda de cinco años de prisión. El juez atenderá para este efecto a las modalidades y

calificativas del delito cometido. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor".

El propósito que me ha guiado a preparar esta posición sobre la anticonstitucionalidad que sostengo no es otro que el de afirmar que el lenguaje constitucional tiene un significado situado en un marco muy superior al de cualquiera otra normatividad.

I N T R O D U C C I O N

El derecho es una ciencia dinámica, es decir, -- debe estar en constante transformación. Así, sus diferentes ramas van evolucionando para adecuarse a la -- realidad del lugar y tiempo correspondiente.

Por lo que se refiere al Derecho Constitucional-- que es la materia fundamental de nuestro estudio auna do al análisis cuidadoso de diferentes disposiciones de nuestra Ley Fundamental, que es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en comparación -- con disposiciones legales consagradas en Leyes Locales, particularmente con el Código de Procedimientos-- Penales del Estado de Veracruz; que contiene o hace -- nugatorio un Derecho Constitucional que corresponde -- a cualquier gobernado sujeto de Derechos y Obligaciones y que es el derecho a la Libertad Provisional Bajo Caución.

La Libertad Provisional Bajo Caución es de un De recho inherente a cualquier ser humano, ésta ser regu laba en las distintas Constituciones antiguas señalando los requisitos para gozar de ella, pero nunca in-- troduciendo elementos extraños para su procedencia y -- sin contrariar el espíritu legislativo del Constituyente Permanente.

Consecuentemente esta investigación tiene por ob-- jetivo principal proporcionar una reforma al artículo 324 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz, para cuyo efecto se sigue un método deductivo en donde se parte de aspectos generales relativos -- a la Libertad Caucional para llegar a los particulares

que nos permitan entender de cómo se maneja este Derecho en el Estado de Veracruz.

Para lograr el propósito planteado, en el capítulo primero se exponen las consideraciones generales - acerca de la Supremacía Constitucional partiendo de - su concepto para después dar sus antecedentes históricos especialmente su situación en diferentes entidades - como la antigua Grecia, Estados Unidos y Francia.

En el capítulo segundo se hace referencia a la - evolución histórica Constitucional como lo son la de - Cádiz de 1802, para lo cual es necesario tomar en consideración los antecedentes legislativos, posteriormente se hará mención a los Códigos de Procedimientos Penales de 1880 y 1894, así como el proyecto de Reforma de 1840 y la Constitución de 1857 hasta la Legislación vigente. Lo anterior nos dará un panorama amplio y podremos apreciar la regulación que sobre esta materia se ha hecho en nuestro país .

El capítulo tercero trata exclusivamente de la - mecánica procedimental para obtener la Libertad Provisional Bajo Caución, donde se considera los principales criterios a este respecto y podemos comprender -- qué es lo que se necesita, cómo funciona, a qué quedamos sujetos al otorgar fianza, se señalan requisitos para tener derecho a este beneficio de tal forma que comprendamos cual es la secuencia jurídica, perjuicios y beneficios al gozar de tal garantía.

La naturaleza jurídica de la garantía en cuestión queda plasmada en la fracción primera del artículo 20 Constitucional exponiendo varios autores su concepto genérico que es un Derecho Individual, un derecho que tenemos todos los individuos y que está elevado al rango Garantía Individual y podemos relacionar y atender lo que significa la prisión preventiva quedan expuesto de esta forma el capítulo cuarto.

Finalmente el capítulo quinto se desarrolla lo relativo al incidente de Libertad Provisional Bajo -- Caucción, pues el Código de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz nos señala que debe tramitarse en forma incidental, estimando que para su trámite no -- debe instaurarse incidente alguno. Se hace un estudio minucioso y se exponen distintos puntos de vista de -- algunos autores acerca de la peligrosidad este principio es aplicado equivocadamente por el Legislador -- Local tomándolo como elemento base para denegar la -- garantía en cuestión.

En base a todo lo expuesto llegamos al objetivo consistente en proponer una reforma al artículo 324 del Código de Procedimientos Penales del Estado de -- Veracruz con la finalidad de que se respete lo consa grado en la fracción primera del artículo 20 Constitucional, de la cual debemos gozar todos los goberna dos .

Finalmente como quedó manifestado, para impugnar un artículo como anticonstitucional hay que sentar ba ses suficientes para poder acreditarlo, estimamos que a lo largo de la presente exposición podremos comprender que se entiende por anticonstitucionalidad.

CAPITULO I

LA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

I.I.- GENERALIDADES

El artículo 133 de la Constitución establece el principio de la supremacía constitucional y a la jerarquía de las leyes en el orden jurídico mexicano. Textualmente expresa: " Esta constitución, las leyes del congreso de la unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República; con aprobación del Senado, serán 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 ".

" El principio de supremacía constitucional se ha establecido en todas las constituciones mexicanas, si bien en algunos casos no se estableció en forma muy clara. El artículo 126 de la Constitución de 1857 fue tomado literalmente de la Constitución norteamericana y es el que quedó en la actual constitución, con reformas de 1934 a la redacción, no al sentido.

Del artículo 133, en conexión con otros artículos, especialmente el 16, el 103 y el 124, se desprende la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano a saber: I).- Constitución Federal, II).- Leyes constitucionales y tratados, --- III).- Derecho Federal y Derecho Local " (I)

La constitución ha sido contemplada desde los más diversos ángulos, recordemos sólo unos cuantos: como suma de los factores reales de poder de una comunidad como las decisiones jurídico-políticas fundamentales, como el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos, y como el conjunto de instituciones a través de las cuales los hombres organizan políticamente su existencia.

Todo ello es cierto. La constitución estructura políticamente a los pueblos, construye al propio estado, organiza las instituciones políticas y crea los -- órganos de gobierno. La Constitución precisa una forma y sistema de gobierno y de estado, señala los límites a los propios órganos de gobierno al reconocer para todos los hombres una declaración de derechos humanos tanto en el aspecto individual como en el social, con la finalidad de asegurarles un mínimo jurídico y económico que les permita llevar realmente una vida humana-

(I) Carpizo, Jorge, Estudios Constitucionales, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, pag. 489.

con suficiente satisfactores económicos y culturales -

La Constitución plasma la historia de los pueblos y su lucha por alcanzar la libertad y la dignidad. La Constitución es la manera de ser y cómo debe ser el cauce por el cual corre la realidad y la vida.

I.I.I.- LA CONSTITUCION ES LA NORMA SUPREMA DEL ORDEN-JURIDICO.

La Constitución es una norma, esto hay que decirlo y repetirlo. La Constitución es una realidad, sí; - la Constitución es la garante de los derechos humanos, - sí; pero también y primordialmente una norma, la norma de normas, la norma cúspide y superior de todo el orden jurídico, la norma que establece el procedimiento de creación de todas las demás normas, las cuales le están subordinadas.

" Casi todas las constituciones escritas señalan que la Constitución es la norma suprema del país. Es - decir, que dentro de ese orden jurídico, la constitución es la norma de mayor jerarquía y por tanto, una - norma contraria a la constitución no debe ser aplicada.

De este concepto de supremacía constitucional derivan dos principios: a).- De legalidad, conforme al - cual todo acto contrario a la constitución , carece de valor jurídico, y b).- Cada órgano tiene su competencia que no es delegable, salvo en los casos que seña-

la expresamente la constitución.

Este principio de supremacía constitucional fue re conocido desde los Griegos, pero fue en los Estados Unidos de Norteamérica y, en especial, en el caso MARBURY-VS. MADISON cuando se definieron sus alcances. El juez MARSHALL aclaró que:

" Es demasiado simple para ser controvertido, que - la Constitución controla todo acto legislativo repugnante a ella; o que la legislatura puede alterar la consti tución mediante una ley ordinaria. Entre estas alternativas no hay término medio. La constitución o bien una ley suprema y modificable por medios ordinarios, o está en el mismo nivel que los actos legislativos ordinarios y como las otras leyes es modificable cuando la legisla tura quiere modificarla. Si la primera parte de la al- ternativa es exacta, entonces un acto legislativo con- trario a la constitución no es un ley; si la segunda -- parte es exacta entonces las constituciones escritas -- son tentativas absurdas por parte del pueblo para limi- tar un poder que en su propia naturaleza es limitable. - Evidentemente, todos los que han elaborado las constitu ciones escritas las consideraron como la ley fundamen- tal y suprema de la nación, y consecuentemente la teo- ría de cada uno de tales gobiernos debe ser la de que -

un acto de la legislatura repugnante a la constitución, es invalido ".

La parte transcrita de la sentencia de Marshall es clara; es fácil entender por qué la constitución o es - una norma suprema o resulta un vano intento de la lucha por limitar el poder. (2)

Con este marco histórico, no fue sorprendente que los tribunales de aquel país mantuvieran el principio - de que la nueva Constitución Nacional debería prevale-- cer contra una ley del congreso, como contra una ley de un estado. Como lo sostuvo el juez MARSHALL en el caso mencionado. Por lo que la constitución controla todo -- acto legislativo contrario a su esencia, es decir, todo acto legislativo contrario a la constitución no es ley - y por lo tanto debe considerarse inexistente. Pues los tribunales tomarán en cuenta a la constitución como ley suprema de toda la Unión y se sujetarán a ella, a pesar de disposiciones en contrario establecidas en otras leyes.

" Se notará que las palabras de Marshall no esta--

(2) Carpizo, ob.cit pags. 291 - 292.

ban restringidas a la función de la Corte Suprema. Se--referían a todos los tribunales tanto de los estados como federales, y a los de primera instancia como a los de apelación . Muy claro resulta su parecer, porque cada una de las razones dadas por él para el reexamen judicial es aplicable tanto al más humilde juez de paz como a la corte más alta de la nación.

Estas razones son:

1.- Es de la competencia y del deber del poder, el declarar cual es la ley. Quienes aplican la regla a casos particulares, necesariamente tienen que establecer e interpretar esa regla..... si una ley se opone a la -- constitución..... el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esto es de la verdadera esencia de la función de la tarea judicial.

2.- Los constituyentes vieron en la constitución -- una ley que debería aplicarse a los tribunales tanto -- como al poder legislativo.

3.- Si no, ¿ por qué ordena que los jueces tomen juramento de obedecerla ? . (En igual sentido lo establece - - - - en este punto - - - - el artículo 97 de la Constitución Federal Mexicana) .

Y las últimas palabras de parecer son: -

"Así la terminología especial de la constitución ... confirma ... que una ley contraria a la constitución es nula y que los tribunales, tanto como los demás departamentos de gobierno, están -- obligados por dicha constitución" (3).

El artículo 133 de la constitución establece el principio de la supremacía constitucional y la jerarquía de -- las leyes en el orden jurídico mexicano. Luego entonces, - "una ley sólo puede ser válida fundándose en la constitución. Si hay alguna razón para sponer que una ley es válida, el fundamento de su validez se encuentra en la constitución" (4).

Establecienda esta premisa en el silogismo jurídico-- de mi estudio respecto a la oposición que existe entre el artículo 324 del Código de Procedimientos Penales de nuestro estado con la fracción I del artículo 20 constitucio--nal, agregaré algunos antecedentes históricos asi como --- tésis mas conocidas relacionadas con la Supremacía Consti--tucional que por su importancia no sólo teórica sino de -- carácter práctico de este principio protector de las nor-- mas constitucionales es necesario mencionar.

(3) Clifford Grant, James Allan, El Control Jurisdic-- cional de la Constitucionalidad de las leyes, Publicación-- de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad-- Nacional de México, 1963, P. 32 - 33.

(4) Kelsen Hans, Teoría Pura del Derecho, Universi-- dad Nacional Autónoma de México, 1979. P. 277.

1.2.- EVOLUCION HISTORICA DEL PRINCIPIO.

Los antecedentes históricos del principio de supremacía constitucional son cuantiosos, sólo mencionaremos los de más importancia.

" Se pueden encontrar antecedentes a la idea de supremacía constitucional en varias instituciones de la antigua Grecia, como en la graphé -- paranomón que fué la acusación criminal que se dirigía contra los ciudadanos que hubiesen diligenciado la aprobación de una ley que se consideraba contraria a las normas constitucionales" (5).

"Los antenienses distinguieron entre nomos -- (leyes constitucionales que se modificaban mediante procedimiento especial) y Pséfisma (decretos y leyes secundarias), y los jueces no estaban obligados a resolver según los psefismata si eran contrarios a los nomoi" (6).

(5) Fix Zamudio, Hécto, La Defensa de la Constitución, Rvista de la Facultad de Derecho, Culiación Sinaloa, México, Tomo II, No. 3 P. 140.

(6) Cappellet, Mauro, El control judicial de la -- Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado, UNAM, P 21 - 23.

La concepción jurídica de la edad media jerarquizó - al Derecho Natural como un ordenamiento superior al Derecho Positivo y este último no podía estar en pugna con el primero.

En el siglo XVII y XVIII la Escuela del Derecho Natural ya entendía la distinción entre leyes fundamentales y leyes ordinarias. Consideraban a las primeras como un acto de Soberanía Nacional y como consecuencia de esto, todos los demás actos eran considerados derivados y por lo tanto ordinarios al fundamental que le era primero.

"En el Instrument of Government inglés de 1653 se percibe el principio de que en todo gobierno debe existir algo fundamental que es la constitución.

En el siglo XVIII, en Francia, nació la doctrina denominada *heureuse impuissance* o sea la feliz impotencia que el rey tenía de violar las leyes constitucionales del reino, y en caso que se atreviera a realizar un acto contra esas leyes, éste era nulo" (7).

En las colonias norteamericanas existieron cartas que reconocían la supremacía de la ley inglesa. La colonia

(7) Carpizo ob. cit. Pag. 15.

podía expedir leyes que eran válidas siempre y cuando su contenido no pugnara contra la ley superior, o sea, la inglesa. un magnifico ejemplo de esta estructura constitucional de las colonias norteamericanas se encuentra en el caso Winthron Lechmerse de 1727:

"Una ley de Connecticut de 1699 disponía que, en la distribución de las propiedades de los que morían intestados, el hijo mayor debería recibir porción doble y que todos los demás hijos deberían heredar porciones iguales. El General Winthron murio intestado en 1717 dejando una cantidad considerable de bienes raíces en Connecticut. Le sobrevivían un hijo, Juan, y una hija Ana esposa de Tomás Lechmere. Juan reclamaba todos los bienes raíces bajo la ley común de Inglaterra, mientras que Lechmere, en nombre de su esposa, demandaba un tercio bajo la ley de Connecticut. El tribunal colonial decidió en favor de éste último, pero Winthrop apeló al Consejo Privado y obtuvo la revocación de esta sentencia. Esto en virtud de que la Carta de Connecticut disponía que la colonia podría aprobar leyes saludables y razonables y razonables no contrarias a las leyes de este reino de Inglaterra. El Consejo Privado reconoció el argumento de Winthrop, de que una vez de que la ley de Inglaterra establecía la primogenitura, la ley de Connecticut no estaba autorizada por la carta. Su resolución sostuvo que la ley de 1699 era completamente nula y no autorizada por la carta de aquella colonia y, por consi-

guente sin fuerza o efecto ninguno. La sentencia del tribunal colonial, que adjudicaba una tercera parte de la tierra a la hija fue, por consiguiente, invalidada, y todo la propiedad se adjudicó - al hijo varón" (8).

Con la independencia de las colonias Norteamericanas en 1776, cada estado consideró a su constitución como su ley fundamental y cualquier acto contrario a la constitución era declarado nulo. En ese sentido se resolvieron varios casos: Holmes Vs. Walton en 1780, decidiendopor la Corte Suprema de New Jersey. La Constitución del Estado establecía el derecho al juicio por jurado, el cual debería estar integrado por doce miembros, una ley adoptada en 1778-- disponía la confiscación de la propiedad del enemigo con un jurado de solo seishombres. La Corte declaró nula la ley y la legislatura estableció el jurado de doce personas. El caso Commonwealth Vs. Caton, etc.

"La Constitución norteamericna asentó en el párrafo segundo el artículo sexto el principio de la supremacía constitucional, la primera vez que la Corte Suprema de ese país examinó tan importante cuestión fue en el caso Cooper Telfair, pero -- todos sabemos que fue en 1803, cuando Marshall en su célebre ejecutoria sobre el caso Marbury-Madison denió y circunscribió los alcances del principio en examen. De dicha ejecutoria se desprende la

(8) Grant, ob. cit. Pags. 29 - 30.

idea de que la constitución es la ley superior del orden jurídico, que todo acto legislativo contrario a la carta magna es inexistente, que los tribunales deben negarse a aplicar cualquier acto que pugne contra la norma fundamental y que si el tribunal aplica un acto contrario a la carta magna es inexistente, que los tribunales deben negarse a aplicar cualquier acto que pugne contra la norma fundamental y que si el tribunal aplica un acto contrario a la constitución se quiebra el fundamento de las constituciones escritas" (9).

Considera Carpizo y tiene razón de que en los Estados Unidos de Norteamérica se dio el principio de la Supremacía Constitucional, por la "circunstancia histórica" de libertad jurídica e independencia con que los estados de la Federación se habían regido hasta entonces, pero para mantener esa independencia era necesario la unión que los identificara e incorporara en la unidad de un mismo orden jurídico y continúa el autor en mención:

"Ahora bien, debemos preguntarnos: ¿es esencial que este principio se encuentre consignado en la constitución o aunque no estuviera escrito existiera? Creemos que es un principio que existe aunque una constitución no lo estableciera, pues se encuentra en el orden de las cosas, en la naturaleza misma de una carta magna, pues ella es la unidad de todo el sistema y si no fuera así se viviría la anarquía jurídica, pero si una ley o acto contrario a ella pudiera existir, tendríamos que -

concluir que existen dos ordenes jurídicos sobre ese territorio o que esa norma no es la fundamental de ese estado" (10).

Al reconocer la tésis que la constitución es la ley suprema de un estado y abstracta en ella, la máxima expresión de voluntad soberana de un pueblo, sintetizamos objetivamente, - el principio de supremacía constitucional.

También se ha discutido si el principio de supremacía constitucional sólo existe en constituciones escritas y en -- sistemas federales. Pensamos que tanto existe en estos casos -- en las constituciones flexibles y en los sistemas centrales y nos basamos en el argumento ya expuesto: si la constitución es la ley fundamental, si contra la constitución no puede ir ninguna norma secundaria, si todo acto para ser válido tiene que poder encuadrarse dentro de ella; entonces de la constitución emana el principio de supremacía constitucional que es -- tan valedero en una constitución escrita que en una no escrita, en una flexible que en una rígida, en un régimen federal -- que en uno central.

Las anteriores afirmaciones son únicamente deducciones lógicas de la premisa: una Constitución es la Ley Suprema.

1.3.- SUS ANTECEDENTES EN EL DERECHO MEXICANO.

Los antecedentes del principio que nos ocupa, los encontramos en el año 1814, en la declaración de Apatzingán en su artículo 237 y en el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana en el artículo 24, la constitución de 1824 en el artículo

161 fracción III, en las leyes de Reforma de 1847 en su artículo 30, ya con claridad en el artículo 126 de la constitución de 1857 y por último en el numeral 133 de la constitución de 1917.

El artículo 126 de la constitución de 1857 fue tomado literalmente de la constitución Norteamericana. El constituyente de Querétaro lo aprobó homofonamente y sin discusión en el artículo 133.

"En 1934 fue reformado el artículo 133, no se modificó su sentido ni su alcance sino que se precisó que los tratados para ser ley suprema de la Unión tienen que estar de acuerdo con la misma. El primer párrafo del original artículo 133 expresaba; "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso serán la ley suprema de toda la Unión". O sea, la reforma precisó algo que ya se encontraba en el artículo y para la interpretación del mismo no era necesario esta reforma.

El artículo reformado también precisó que la competencia para la aprobación de los tratados corresponden al Senado y no al Congreso de la Unión. La redacción original del artículo fue tomada de la Constitución de 1857 donde existió el sistema unicameral hasta 1875. Sin embargo, antes de la reforma no existía problema --- como no los hubo en-

el código supremo de mediados del siglo pasado --- porque entre las facultades exclusivas del Senado se encontraba y se encuentra la aprobación de los tratados celebrados por el Presidente de la República" (11).

En 1944, se intentó reformar el artículo 133; introduciendo como variante la obligación de toda clase de tribunales de abstenerse de aplicar una ley, que la Suprema --- Corte de Justicia hubiera declarado inconstitucional por -- Jurisprudencia firme.

1.4.- TESIS KELSENIANA.

Para Kelsen las normas son llamadas jurídicas, por -- que fueron creados por un órgano que de acuerdo con la constitución tiene facultades para hacerlo. "Son reglas jurídicas en cuanto provienen de una autoridad creadora de derecho" (12). Y considera al derecho como algo prescrito en la constitución para la formulación de normas jurídicas. Este concepto de derecho, que el autor llama dinámica así como la función de la norma fundamental, revela que el derecho regula su propia creación; pues una norma jurídica determina la forma en que otra es creada; a tal grado, que la relación existente entre la norma creadora y la creada no es una relación de coordinación sino de supra y subordinación. La norma creada es inferior a la creadora, y esta a su vez, esta determinada por otra todavía de mas jerarquía hasta llegar al grado más alto, o sea, la norma básica, el fundamento y razón de todo ordenamiento jurídico.

(12) Kelsen, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, texto Universitarios, UNAM, Pag. 144.

"Basado en la anterior explicación, el maestro vienés afirma que decir que una ley anticonstitucional es nula es un absurdo porque si esa norma es contraria a la constitución ella es --- inexistente, pues no puede tener validez, ya que una norma unicamente tiene eficacia cuando ha --- sido creada según el procedimiento indicado en --- la norma superior y que no contraría el contenido de esa norma de mas alta jerarquía" (13).

Basado en la estructura jerárquica del orden jurídico Hans Kelsen contruye la piramide jurídica en que la norma fundamental representa el nivel más alto dentro del Derecho Nacional.

Para Kelsen el estado se personaliza en la constitución y al concebirlo como una entidad jurídica dinámica -- distingue tres elementos a saber: a) La constitución que da unidad y cohesión al orden jurídico, b) El orden jurídico Federal y c) El orden jurídico de los estados.

La constitución señala las atribuciones de cada orden jurídico, por lo que en este sentido hay una relación de coordinación jurídica.

(13) Carpizo, ob. cit. Pag. 18.

1.5.- LA DOCTRINA FRANCESA.

"Esmein afirma que el principio de supremacía constitucional es la mejor seguridad de que los derechos individuales serán respetados por los gobernantes, pues las leyes fundamentales no solo obligan al legislador a respetarlas sino que le prohíben legislar sobre determinadas materias; en otras ocasiones le indican con toda precisión hasta dónde puede llegar su acción.

Burdeau estima que el principio de supremacía de la constitución estriba en que los órganos gubernativos sólo pueden actuar dentro del ámbito que la constitución les señala. Todo el orden jurídico está condicionado por la constitución que es su corazón y su sistema nervioso, la parte medular del régimen que vivifica a todas las demás normas y les da validez y les otorga la razón misma de su existencia " (14)

Acordes con la idea de Kelsen la doctrina francesa divide el concepto de supremacía constitucional en sentido formal y en sentido material. El sentido Formal, es el documento solemne que para ser modificado requiere de un procedimiento especial, el objeto es dificultar la-

(14) Carpizo, ob cit. pag. 19.

modificación; se refiere a las constituciones escritas y rígidas. El sentido material, está constituido por los preceptos que rigen la creación del conjunto de normas generales.

El sentido formal por el cual la modificación de la constitución se hace más difícil que las leyes ordinarias solo es posible en constituciones escritas; así considera Duverger. La supremacía en sentido material determina la existencia jurídica del Derecho y del Estado y organiza y rige al conjunto de órganos y gobiernos dándoles facultades expresas que no podrán trasgredir.

" De este concepto de supremacía material se derivan dos consecuencias muy importantes: 1.- El principio de legalidad; todo acto contra la constitución carece de valor jurídico, y 2.- Cada órgano tiene su competencia que no se puede delegar salvo los casos expresamente señalados en la misma constitución " (15)

Encontramos en el concepto material de supremacía constitucional el principio que limita a los gobernantes: - Primero limita sus actos a los establecidos por el ordenamiento supremo y segundo si se viola el principio existe -

un órgano judicial reparador que deja al acto como inexistente.

" Barthelemy y Dues bellamente declaran que la idea de la supremacía de la constitución corresponde a la noción de democracia organizada y entienden por este último concepto aquélla organización política -- donde este pensamiento no es una palabra vana, sino algo objetivo, donde los hombres impulsan su derecho y lo convierten en realidad "

(16)

Para finalizar, se puede decir que el principio de -- supremacía constitucional encierra dos nociones: Primero - el principio de legalidad y segundo el de la seguridad jurídica que proporciona orden y cohesión al ordenamiento jurídico dándole el fundamento de los fundamentos como base -- la supremacía de la constitución "

I.6.- LA DOCTRINA NORTEAMERICANA

" La tesis de " El Federalista ". Madison escribió que sin el principio de supremacía constitucional el código supremo hubiera resultado defectuoso y el sistema

(16) Carpizo ob.cit. Pag. 20

de gobierno se hubiera visto trastocado, hubiera sido algo parecido a un monstruo donden los miembros dictan órdenes a la cabeza. Hamilton afirmó que sería superior el -- amo al siervo si no se llegara al principio de que si una autoridad delegada procedía fuera del mandato ese acto no tenía ninguna validéz.

Story declaró quen un principio tan importante como el de la supremacía constitucional no es fácil deducirlo por interpretación, y por tanto es un acierto que se asentara en forma expresa. Habló de gobierno nacional identificado este término con federal y manifestó que no había razón para crear un gobierno federal si este no era supremo. O sea, que la legislación federal priva sobre la local ". (17)

Es sumamente interesante el pensamiento de Samuel P.-Weaver, que considera que el principio de la supremacía se estableció para mantener la unión y armonía entre los Estados Norteamericanos. La constitución no puede ser abolida y sus leyes y tratados son de mayor jerarquía que las locales. Considera que los Estados locales deben coexistir --

con el gobierno federal para sus fines y no se pueden -- autodestruir mutuamente. Así al principio de supremacía - se aplica tanto a las leyes federales como locales. La - idea de Weaver difiere de la de Story, quien considera - superior al gobierno federal sobre el local; pues Weaver lo establece en igualdad jerárquica lo unico superior es el ordenamiento jurídico constitucional.

" Schwarts cree en un sistema como el norteamericano donde coexisten tanto el gobierno federal como los gobiernos locales, es necesario establecer - el medio para resolver los conflictos -- casi inevitable -- que surge entre ellos. Hay casos en que la acción de uno puede tocar la competencia del -- otro " (18) .

En caso de existir alguna controversia entre autoridades federales y estatales, la constitución norteamericana determina que tal naturaleza se resuelvan el principio de supremacía del gobierno federal, siempre y cuando la esfera de las leyes y actos de la autoridad federal - se apoyen en el costo constitucional y argumentan Ber -- nard Schwart en su libro las leyes constitucionales norteamericanas; que esto a permitido que el sistema federal- o se haya subordinado a local como ocurrió en la confederación.

(18) Carpizo ob. cit. pags. 21 - 22

Y para concluir, se puede decir que la doctrina norteamericana y su jurisprudencia, sostiene el principio de supremacía de la legislación federal sobre la local.

1.7.- INTERPRETES DEL ARTICULO 126 EN LA CONSTITUCION DE 1857.

JOSE MARIA DEL CASTILLO VELASCO en su libro "Apuntes para el estudio del derecho constitucional mexicano" (1871), del análisis del principio de supremacía constitucional concluye literalmente del artículo -- 126: Las leyes federales y los tratados son superiores a las constituciones y leyes locales. Los jueces no podrán una ley que contrarie la constitución.

MARIO CORONADO, su libro " Elementos del derecho -- constitucional mexicano " (1887), del análisis que interesa ,sostiene que la constitución es ley fundamental por que el pueblo en uso de su soberanía así lo expresó y señala que las normas que emanan de la constitución son supremas y reglamentarias en cuanto desarrollan el espíritu contenido en la norma de normas. Un juez tiene la facultad para dejar de aplicar una ley anticonstitucional y los tratados no podrán contrariar las garantías -- que la norma suprema consagra. Por último la constitución debe ser acatada por toda autoridad, quien dejará de aplicar aquellas leyes secundarias que le contraríen.

RAMON RODRIGUEZ en su obra Derecho Constitucional - de (1975), considera que la constitución es la norma - suprema y que los tratados y leyes que se deriven de - ella que vulneren los derechos humanos no deben aplicarse. Critica la disposición innecesaria del artículo 126- en su segundo párrafo por inexacta; pues no solo los jueces estatales deben sujetarse a la constitución, sino -- todas las autoridades; además de que la aplicación de -- las leyes y tratados federales surge como consecuencia - la competencia federal, luego resulta innecesario dicho párrafo; por que los jueces estatales no pueden ser castigados por aplicar una ley ordinaria anticonstitucional.

EDUARDO RUIZ en el compendio de derecho constitu-- cional y adminsitrativo (1888), aceptó la supremacía - de la legislación federal a la local. Respecto del pro- blema de si un juez debe o no aplicar una ley anticonsti- tucional, concluye que el único órgano facultado para -- interpretar la Constitución en la Suprema Corte de Justi- cia y como el ciudadano tiene derecho a ser juzgado con- forme a la ley constitucional, el juez debe aplicar en - caso de conflicto de normas la de mayor jerarquía; si el juez se equivoca, resuelve el tribunal superior del es- tado, y solo en caso de violación de garantías constitu- cionales, intervendrá la Suprema Corte de Justicia.

IGNACIO VALLARTA cuestionó la idea, si el juez ----

local comete delito por dejar de aplicar una ley anti-- constitucional y la respuesta fue; ¡ No ! el juez solo - cumple con la sagrada obligación a que lo obliga el artículo 126, que consagra la supremacía constitucional. El juez debe valorar la norma secundaria y si le resulta an ticonstitucional no debe aplicarla. Expuso su preocupación porque los jueces comunes resuelven un gran número de situaciones constitucionales sin intervención de la corte, por no existir recurso que lo permita, y apoyó la idea de algo parecido al Writ of error norteamericana; - con lo que tendrá intervención la Suprema Corte en los - asuntos constitucionales.

EMILIO RABASA en su obra el juicio constitucional -- (1919), expuso que no obstante lo dispuesto por el artículo 126, los jueces comunes no examinan la constitucionalidad de las leyes, pues de hacerlo sería peligroso y propugnó que por medio del juicio de Amparo el poder judicial conozca los conflictos constitucionales, lo que a su juicio sugiere que los jueces comunes no están destinados a examinar la constitucionalidad. Por lo que propone que los jueces locales solo rachacen normas evidentemente anticonstitucionales de los que les resulte responsabilidad.

De la interpretación del principio de supremacía -- constitucional derivado de la constitución de 1857, tenemos: Que la doctrina del siglo pasado sentó las bases de las dos grandes soluciones a este problema; primero, --

existe supremacía federal y segundo, unicamente la tiene el rango de superioridad dentro del orden jurídico.

1.8.- LA CONSTITUCION DE 1917 Y SUS PENSADORES.

Estudiaremos en este apartado, el pensamiento de dos distinguidos intérpretes, sin lugar a dudas, hasta ahora, los dos mejores sistematizadores del Código supremo de 1917: Lanz Duret y Felipe Tena Ramírez.

MIGUEL LANZ DURET sintetiza en su obra derecho constitucional mexicano de 1959, que la norma suprema es la constitución, pues la función de los poderes federales y locales se encuentran limitados por ella, ya que el pueblo los autolimitó al darse una constitución.

FELIPE TENA RAMIREZ. " Cree que el principio de supremacía constitucional no es necesario enunciarlo en el código supremo, pues emana de la idea de soberanía rígida de la constitución" (19). La constitución señala la división de competencia federal local. El pensamiento de Tena se expresa así:

" El imperativo de darse constitución cada entidad federativa, que la teoría reconoce co-

mo característica esencial del sistema, impónelo a su vez la constitución general en su artículo 41, cuando dice que el pueblo ejerce su soberanía en los términos - establecidos por dicha constitución de los Estados alude también el artículo 133 " (20).

Esta idea que Tena apuntó desde las primeras páginas de su libro (de la 3 a la 25), que la soberanía ra dica en la constitución y con la que Carpizo no esta de acuerdo; pues opina que se destruye el significado de so beranía, pues soberanía y supremacía constitucional no es lo mismo. La soberanía es la facultad del pueblo a -- construir su orden jurídico y supremacía es uno de los - conceptos que el pueblo asienta en la creación de su derecho. Soberanía es el origen de la supremacía, el concepto creador.

El espíritu que inspiró el principio de Supremacía-- en la constitución de 1917 se ve reflejado el contenido de la misma constitución. La Supremacía Material en los artículos 41, 128 y 133 y la Supremacía Formal en los -- artículos 135 y 73 fracción III.

(20) Tena Ramírez, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, 1981, EDO. Porrúa, Pag.131.

Del artículo 41 la idea que la constitución federal distribuye la competencia, y delimita a los gobiernos;-- del artículo 128 la defensa de la constitución al obligar bajo protesta de juramento hacerla guardar y respetar y del artículo 133 la supremacía misma.

Del artículo 135 la supremacía formal " La presente constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, --- acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las Legislaturas de los Estados. El congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, haran el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas ".

COMENTARIO PERSONAL

Estimo que la supremacía constitucional significa - lo maximo, la norma superior de todo el orden jurídico - es la norma cúspide, la norma que nos dá el mecanismo de creación de todas las demás normas y quiérase o no lo -- están subordinadas y si contrarian el espíritu del constituyente atentarían son su esencia misma.

Considero que el artículo 133 Constitucional es claro y preciso al darnos a conocer la esencia de lo que -- significa la Supremacía Constitucional y la estructura - jerarquica de las normas en el orden jurídico mexicano - y por tanto todo acto legislativo contraria a la Carta - Magna es inexistente, los tribunales locales pueden y - deben negarse a aplicar cualquier acto que pugne contra la norma fundamental y si en un momento dado aplican un acto contrario a la Constitución de se quiebra el fundamento de las CONstituciones escritas y debemos tener riguroso cuidado e impugnar por la vía correspondiente --- cualquier violación a la Supremacía, por que si no fuera así podríamos caer en la anarquía jurídica.

De la propia constitución emana el principio de la Supremacía Constitucional que tiene validez en una constitución escrita que en una no escrita, en una flexible, que en una rígida.

Para finalizar la Supremacía encierra dos nociones: primero el principio de legalidad y segundo el de la seguridad jurídica.

CAPITULO II

EVOLUCION HISTORICA DE LA GARANTIA Y EL ORDEN
JERARQUICO NORMATIVO EN EL DERECHO MEXICANO.

2.1.- GENERALIDADES

El artículo 20 Constitucional establece un conjunto de garantías para los procesados penalmente. Sus antecedentes se remontan a la aparición del pensamiento humanista en el ámbito del derecho penal cuyo más destacado representante fue el Marqués de Beccaria que en el siglo - XVIII en su obra " de los delito y de las penas " planteaba la síntesis del pensamiento liberal en torno a la preservación de la estimación del individuo y el respeto a su dignidad aún en el caso de tratase de un criminal.

2.2.- MEXICO INDEPENDIENTE

I.- CONSTITUCION DE CADIZ DE 1812

Esta constitución que tuvo gran influencia en las posteriores constituciones de nuestro país, ya consagraban como garantía individual, el derecho del acusado de evitar el arresto o los efectos de la prisión preventiva mediante el otorgamiento de fianza. El artículo 295 nos dice: "No será llevado a la carcel el que de fiador en los casos en que la ley no prohíba expresamente que admita fianza". Y el artículo 296: " En cualquier Estado de la causa que aparezca que no puede imponerse al preso penacorporal, se le pondrá en libertad, dando fianza ".

Vemos pues aquí consagrado el principio en estudio, en dos formas diferentes: El primero en sentido amplio - con la limitación que pudiera establecer la ley común y el segundo cuando no pueda imponerse al preso pena corporal.

II.- REGLAMENTO PROVISIONAL POLITICO DEL IMPERIO MEXICA NO DE 18 DE DICIEMBRE DE 1822.

El artículo 74 de este ordenamiento dispone la libertad bajo fianza en la forma siguiente: " Nunca será - arrestado el que dé fiador en los casos en que la ley no prohíbe admitir fianza; y este recurso quedará expedido para cualquier estado del proceso en que conste no haber lugar o la imposición de la pena corporal ".

Este principio resume en forma ecléctica los dos artículo mencionados en la constitución de Cádiz de 1812 - que ya hemos enunciado

III.- LA CONSTITUCION DE 1836

" En las Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana decretadas por el Congreso General de la Nación en el año de 1836, en el artículo 46, de la V. ley, una indudable referencia a la libertad caucionada, - ya que aunque dicho dispositivo no habla en forma expre-

sa de fianza, por el capítulo en que se encuentra reglamentado y dado los antecedentes constitucionales de esta compilación, debe inferirse que al decir: " Que sea pu-
esto en libertad el reo en los términos y con las cir-
cunstancias que determinará la ley " , se alude segura-
mente a una especie de caución. (21)

IV.- EL PROYECTO DE REFORMA DE 1840.

" La fracción V, del artículo 9, de tal proyecto de reforma suscrito por el Supremo Poder Conservador, asien-
ta: " que no puede ser detenido ni permanecer en prisión dando fianza, siempre que por calidad de delito, o por -
las circunstancias del proceso aparezca que no se le pue-
de imponer según la ley pena corporal " y el propio artí-
culo 9 estatuye que: " son derechos del mexicano ". Pode-
mos ver pues que en este proyecto se recoge unicamente -
uno de los moldes reglamentarios de la libertad bajo fian-
za, que encontramos también en otras constituciones pos-
teriores consistente en que conceda el beneficio, cuando
el acusado no se le deba imponer pena corporal "
(22).

(21) (22) Bosada ob. cit. Pags. 30 - 31

v.- VOTO PARTICULAR DE LA MINORIA DE LA COMISION CONSTITUYENTE DE 1842.

EL 26 de Agosto de 1842, aparece fechado este voto- que en la fracción Xdel artículo quinto detalla la libertad bajo fianza formulando: " cuando por la cualidad del delito o por las constancias procesales aparezca que no se puede imponer según la ley pena corporal, se pondrá - en libertad el presunto reo bajo de fianza, o en su defecto, bajo de otra caución legal ".

VI.- ESTATUTO ORGANICO PROVISIONAL DE LA REPUBLICA MEXICANA DE 1856.

El artículo 50 de dicho estatuto prevé : " En los - delitos que las leyes no castiguen con pena corporal, se pondrá al reo en libertad bajo fianza ".

VII.- LA CONSTITUCION DE 1857

EL constituyente de 1856 no estatuyó convenientemente el principio en estudio, es decir, de tutelar en las causas criminales la libertad personal del acusado, así- pues nos encontramos que en el artículo 18 de tal esta- tuto constitucional, se hace u a reminiscencia de dispo- siciones contenidas en algunas leyes ya señaladas y se - puntualiza la cuestión especificando: artículo 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 puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo de fianza... ". Podemos ver que la constitución de 1857, en esta materia inferior inclusive a la de 1812 y al Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, que disponen una protección legal al ciudadano-acusado de un hecho delictuoso, otorgando más amplitud a la garantía en mención.

VIII.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1880.

En el año de 1880 se expide al primer Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios de Baja California, que es cuando se inicia la sistematización procedimental, fundamentándola en indudable adelanto de la ciencia jurídica en general, rompiendo de tajo con el pasado y por ende con la anarquía reinante hasta ese momento, en el despacho y aplicación de las normas penales. El advenimiento del Código de 1880 incorpora avance incalculable del derecho procesal en nuestra patria. De este modo a partir de 1880, la libertad provisional bajo caución y en general el derecho de procedimientos van adquiriendo mayor relieve y su organización día a día se supera en oposición a lo que ocurría en anterioridad, cuando se podían aplicar las disposiciones de ocho o más cuerpos de leyes, dando lugar esta circunstan

cia a un estado de incertidumbre y confusión, que se ---
prestaban para que se cometieran trascendentales e irrepa-
rables injusticias.

El Código de Procedimientos Penales de 1880 para el
Distrito Federal y Territorio de Baja California, cuyo-
antecedente inmediato es el proyecto de Código de Proce-
dimientos Criminales para el fuero común de 1872, estatu-
ye en su artículo 260 " toda persona detenida o presa --
por un delito cuya pena sea más grave que la de cinco --
años de prisión, podrá obtener su libertad bajo caución,
previa audiencia en el Ministerio Público siempre que --
tengg. domicilio fijo y conocido, que posea bienes o ---
ejerza alguna profesión, industrial, arte u oficio, y --
que a juicio de juez, no haya temor de que se fugue ".

IX.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1894.

La libertad provisional bajo caución en el Código -
de Procedimientos Penales de 1894 se encuentra compren-
dida en los artículos de 440 al 453. Su importancia es -
relevante por los motivos que se exponen a continuación-
en primer lugar por que su vigencia se extendió hasta el
año de 1929, fecha en que fue derogado, al expedirse el-
Código de Organización, competencia y de procedimientos-
en materia penal para el Distrito Federal y Territorio -
lo que trae como resultado que el Código de Procedimien-

tos Penales de 1894, hubiese reglamentado la libertad --- provisional bajo caución, sujeto a dos constituciones que trataron en forma distinta esta importante sección del de recho procesal, pues mientras la Constitución de 1857 omi te insertar garantía el beneficio, la Constitución de 1917 como ya tenemos dicho, consagra entre las garantías individuales de todo acusado, en el procedimiento criminal, - la de que éste pueda obtener tal privilegio, convirtiéndolo, en un auténtico derecho subjetivo público como - - antes asentamos.

El segundo, es el de que, el ordenamiento procesal - - penal de 1894 para el Distrito y Territorios Federales, - es el modelo que adoptaron los Códigos de Procedimientos Penales posteriores al de 1931 del Distrito y Territorios Federales y el Federal de 1934, y en consecuencia tambien los de la República Mexicana, en cuanto reseñan este - - asunto.

2.3.- LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION Y LA CONSTITUCION DE 1917.

Someramente vista como se encuentra delinamiento por - los Códigos de Procedimientos Penales, veamos ahora como surge ya su inclusión, dentro de la actual Carta Constitu cional.

I.- PROYECTO DE CONSTITUCION DE LA SECRETARIA DE JUSTICIA- DE 1916

A principio de 1916, meses antes de que se instalara -

el Congreso Constituyente de Querétaro, la Secretaría de Justicia creó una Comisión Legislativa, que tuvo entre -- otros cometidos, el de elaborar un proyecto de reformas -- a la Constitución de 1857 entonces vigentes.

En el acta de la sesión del día 19 de Abril de 1916 -- la Comisión presenta el artículo 18 de su anteproyecto , -- que dice en lo conducente: " ... en cualquier estado del -- proceso en que aparezca que al acusado no se le puede im -- poner pena corporal, se le pondrá en libertad bajo 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.

En la sesión del 26 de Abril de 1916 la Comisión -- presenta nuevamente para su discusión el artículo 18 de -- su anteproyecto y que se encuentra modificado al siguien -- te tenor: "en cualquier estado del proceso en que -- aparezca que el acusado no se le puede imponer pena corpo -- ral, 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 liber -- tad bajo caución ". Este artículo 18 del anteproyecto --- aceptado, tal como se acaba de leer, mismo que, si bien -- es cierto que superara a su antecedente de la constituci-

ón de 1857 ampliando el derecho de los acusados para obtener la libertad provisional bajo caución, también lo es, que lo único que hace el anteproyecto es volver a substituir las dos eventualidades de que ya hablamos al comentar 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.

II.- EL INFORME DEL PRIMER JEFE DEL EJERCITO CONSTITUCIONALISTA Y ENCARGADO DEL EJECUTIVO, AL CONGRESO DE -

Don Venustiano Carranza, se refiere a la libertad bajo fianza de 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 PODIA NEGAR LA GRACIA CON SOLO DECIR QUE TENIAN TEMOR DE QUE EL ACUSADO SE FUGASE Y SE SUSTRAJERA A LA ACCION 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 " (23)

III.- LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION EN EL PROYECTO DE CONSTITUCION PRESENTADO POR VENUSTIANO CARRANZA AL CONGRESO CONSTITUYENTE.

" Artículo 20.- En todo juicio de orden criminal -- tendrá el acusado las siguientes garantías: Fracción I.- Será puesto en libertad, inmediatamente que lo solicite bajo fianza hasta de 10,000.00. según sus circunstancias personales y la gravedad del 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...." (24)

En la fracción primera del proyecto de constitución culmina la azarosa evolución de nuestro estatuto en el -

(23) Bosada ob. cit.

(24) México a través de sus constituciones, varios, -- UNAM 1971.Pag. 32.

Derecho Mexicano, elevando al rango de garantía constitucional 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 adquisición de la libertad, a fin de no dejar, como dijo Don Venustiano Carranza en su informe, al capricho de las autoridades la aplicación facultativa de un principio, caro a los ideales revolucionarios. Por fin el 4 de Enero de 1917 después de un interesante debate en el cual no se tocó para nada la fracción de nuestro estudio y en donde se encuentra contenida nuestra garantía individual fue aprobado su texto en el artículo 20 constitucional en la forma que antes tenemos referida.

IV.- LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES.

a).- En el año de 1947, el 9 de Diciembre, siendo presidente de la República el Licenciado Miguel Alemán remitió una iniciativa para reformar la fracción I del artículo 20 constitucional, fundado en dos argumentos. El primero: debe disponerse en forma distinta del monto de la fianza, aumentando la cantidad a que puede ascender, cuando se trata de delitos patrimoniales y con motivo de proteger los intereses de los ofendidos, y el segundo en el sentido de que no debe ser el máximo de la pena correspondiente al delito imputado la que sirva co-

mo base para establecer la procedencia de la libertad -- provisional bajo caución, sino el termino medio aritmético de dicha pena, que originan el advenimiento a la actu situación de la garantía, dado que el designio de la mis ma es la de no someter a un acusado a vejámenes innece- sarios cuando no se ha determinado su plena responsabili dad en la comisión de un acto ilícito pues como sucede y ha sucedido constantemente a muchos acusados, en las sen tencias 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 de la siguiente manera:

" En todo juicio del orden criminal, tendrá el acu sado las siguientes garantías:

I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en - libertad bajo fianza, que fijará el juez tomando en cuen ta sus circunstancias personales que se le impute. Siem pre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de-- prisió*o*n. Y sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar cau-- ción hipotecaria o personal bastante para asegurarla ba-- jo 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 repre

sente 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 ".

Dicha reforma se publicó en el Diario Oficial el día 2 de Diciembre de 1948.

b).- Durante el período ordinario de sesiones de 1984, el Ejecutivo Federal remitió al Honorable Congreso de la Unión siete iniciativas de reforma. Sobresale, después de luego, la modificación de la fracción I del artículo 20 constitucional.

El Poder Ejecutivo del año de 1982 ordenó la realización de una amplia consulta en materia de administración de justicia y, de los resultados de la misma " quedó en claro que causaba molestia social el hecho de que personas que habían incurrido en conductas ilícitas graves y peligrosas para la sociedad, quedaban con alarmante frecuencia en libertad, en virtud de la inadecuación de los momentos de la caución exigida, las circunstancias económicas del presente " (25)

(25) Procuraduría General de la República, la Reforma Jurídica de 1984 en la Administración de la Justicia - - (Miguel de la Madrid y Sergio García Ramírez y otros).

Al respecto señala la iniciativa: " es evidente que (la estipulación cuantitativa) no corresponde ya a las circunstancias de la realidad y que por lo mismo, su -- aplicación es a menudo fuente de problemas que han provo-- cado cado malestar social, como consecuencia de la libe-- ración provisional de algunos inculpados bajo garantías-- patrimoniales muy reducidas " .

" La preocupación del Ejecutivo pues, consistía en - mantener las bondades de la libertad caucional haciéndolo las compatibles con los nuevos requerimientos sociales. - La filosofía de la libertad caucional se fundamente en el interés que la sociedad tiene de no propiciar privaciones inadecuadas de la libertad, pero igualmente de no facilit-- tar la libertad de personas que constituyen un peligro pa-- ra la comunidad " (26)

" Era preciso pues, sin dejar de determinar crite--- rios de esta naturaleza, ampliar las posibilidades discre-- cionales del órgano jurisdiccional y al mismo tiempo, se-- ñalar cantidades máximas más acordes con las posibilida-- des discrecionales del órgano jurisdiccional y al mismo-- tiempo , señalar cantidades máximas más acordes con las - circunstancias prevaecientes. Debe ponerse énfasis en que realidad impulsa a elevar las cantidades máximas pero, ---

dada la heterogeneidad social mexicana, es necesario no fijar cantidades mínimas, de modo que el juez tenga un amplio margen para su decisión. Este punto de vista fue respetado en la iniciativa " (27).

CONTENIDO DE LA REFORMA.

La fracción I del artículo 20 constitucional, publicado en el " Diario Oficial " del 14 de Enero de 1985 -- dice:

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

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

aceptación.

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada podrá incrementar el monto de la caución - hasta la cantidad equivalente a la percepción durante -- cuatro años el salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito. Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño o perjuicio patrimonial, la garantía será - cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los años o perjuicios patrimoniales causados.

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

2.4.- LA JERARQUIA NORMATIVA EN MEXICO

I.- GENERALIDADES

Kelsen señala que el derecho tiene la peculiaridad de regular su propia creación; y la autonomía del derecho consiste en que se basta a sí mismo para crearse. La autocreación del derecho significa que el acto de creación de una norma jurídica está determinada por otra norma también jurídica que es el fundamento de su validez y la objetividad de la nueva norma le proviene de esa norma superior y nunca de la actividad subjetiva del órgano. La consecuencia directa de la idea de autocreación del derecho es la separación entre el origen de la norma y la norma jurídica misma.

" Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Que una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que su último fundamento de validez lo constituye la norma fundante básica.

ca de ese orden. Esta norma fundante es la que constituye la unidad de multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden " (28) .

II.- PENSAMIENTO DE GABINO FRAGA

El autor del libro Derecho Administrativo, considera que una consecuencia de la autoridad formal de las -- leyes se encuentra en la clasificación de las mismas, y en razón del 133 constitucional, las divide en dos categorías: Las leyes constitucionales y las leyes ordina--- rias, comunes o secundarias.

Las leyes constitucionales emanan - explica - del - Poder Legislativo Constituyente, después de un procedimiento laborioso y complicado que se determina por el -- artículo 135 de la Constitución. En cambio, las leyes -- ordinarias emanan del poder legislativo ordinario que -- sigue el procedimiento mas sencillo señalado en el artículo 72 del mismo ordenamiento.

" Se ha pretendido que además de leyes constitucionales y leyes ordinarias, existen otras categorías, leyes órganicas reglamentarias --

.... desde el punto de vista formal no existe ninguna diferencia

De tal manera que por este concepto las leyes llamadas orgánicas y las reglamentarias tienen la misma autoridad formal que las leyes ordinarias, sin que haya razón para darles preminencia sobre estas últimas " (29)

III.- PENSAMIENTO DE EDUARDO GARCIA MAYNES.

Desde el punto de vista de su jerarquía, Maynes nos dice, que los preceptos que pertenecen a un mismo ordenamiento jurídico, pueden ser de un mismo rango cuya relación existente entre las normas es de coordinación, y de diversos rangos y cuyo caso la relación norma es de supra o subordinación.

" El precepto fundamental en el orden jerárquico normativo del derecho mexicano lo formuló el artículo 133... .. " realizando la clasificación de los grados superiores: Primero a la Constitución y segundo las leyes federales y los tratados internacionales. " Continúa con las normas cuyo ámbito especial de vigencia está constituido-

(28) Kelsen ob. cit. Pag.202

(29) Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, México 1978 Editorial Porrúa, Pags. 39 - 40

por el territorio de los estados de la federación y el - de las islas sobre las que hasta la fecha hayan ejercido jurisdicción los estados... " (30). Luego las normas - locales ordinarias, leyes reglamentarias, leyes municipa- les y normas individualizadas.

Lo más agradable de Maynes es que considera que la norma suprema no es un acto, si no un principio límite, - es decir; la norma sobre la que no existe precepto superior. La crítica a su exposición es de concebir a las le yes federales con mayor jerarquía a las locales.

IV.- PENSAMIENTO DE MARIO DE LA CUEVA

El autor del libro Apuntes de Derecho Constitucio- nal, sostiene que en el orden jurídico mexicano, las nor- mas se clasifican en : a) La constitución federal, b) Le yes constitucionales y tratados, c) El derecho federal - ordinario y el derecho local y este último siguiendo el orden de Maynes. El autor en mención distingue las leyes constitucionales del derecho federal ordinario las prime ras formal y materialmente emanan de la constitución; es decir, son parte de la constitución, en cambio las segun das sólo emanan formalmente de ellas.

(30) Maynes ob. cit. Pag. 88

Ahora bien las leyes constitucionales son de tres - grados: a) Orgánicas - organizan y facultan a los órganos federales, b) Reglamentarias que se refieren a la -- aplicación de los principios constitucionales, y c) Las leyes sociales que aplican los principios de los artículo los 27 y 123 constitucionales.

Para de la Cueva, el derecho federal no es superior al local, lo único superior que señala el artículo 133 - son las leyes constitucionales.

V.- PENSAMIENTO DE VILLORO TORANZO

No hay supremacía del derecho federal sobre el local pues ambos son subordinados de la constitución, son dos esferas de validez distintas limitadas por el artículo 124 constitucional. En su clasificación pone en primer lugar a la constitución luego habla de leyes secundarias que son aprobadas por el Congreso de la Unión las que se clasifican en a) Las simpliter, expedida por el congreso pero de materia distinta a la constitución y -- b) Las secundum quid que son: orgánicas, reglamentarias y complementarias, las dos primeras desarrollan a la constitución las complementarias la adicionan.

Su aportación es importante al conseguir la existencia de normas orgánicas, reglamentarias y complementarias

aunque no con la profundidad de Mario de la Cueva, pues concibe a las normas simplisiter y las secundum quid en la misma jerarquía. Ya que críticamente se puede preguntar el autor. ¿ cuáles son entonces las normas que junto a los tratados son ley suprema ? A lo que contestaría -- que el artículo 133 esta mal redactado.

Sin embargo, creemos que la redacción de este primer párrafo del artículo en cuestión es correcta y nos basamos para nuestra afirmación en lo siguiente: este artículo corresponde al sexto, fracción segunda de la norma norteamericana y ningún tratadista de este país -- ha pensado que está mal redactado. Es más, en esa nación el artículo funciona perfectamente, ¿ Entonces dónde se encuentra el quid de este asunto ? Para resolver este -- problema debemos contemplar cómo los artículos de supremacía constitucional en las constituciones mexicana y -- norteamericana -- iguales en redacción -- tienen una interpretación muy diferente y una dinámica de aplicación -- distinta. Indudablemente no es la finalidad inmediata -- en este estudio profundizar sobre la igualdad gramatical pero diverso sentido significación e interpretación de -- los precepto mexicano y norteamericano respecto a la supremacía constitucional por lo que, para no caer en el casuismo sólo agregaremos la opinión docta de Ignacio -- Burgoa para dejar como premisas del objeto de este estudio estos capítulos y penetrar al núcleo de mi exposición, respecto a la oposición evidente que existe entre

La supremacía de la ley es un principio que debe regir en todo momento y en todas las circunstancias. Este principio es esencial para el funcionamiento de un sistema democrático y para la protección de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, cualquier acto que se realice en contra de la ley debe ser considerado como un acto de desobediencia y debe ser sancionado de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico.

En este sentido, es importante destacar que la ley es el fundamento de la autoridad y que todos los poderes del Estado deben ejercerlos dentro de los límites que la ley establece. Por lo tanto, cualquier acto que se realice fuera de estos límites debe ser considerado como un acto de abuso de poder y debe ser sancionado de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico.

En conclusión, la supremacía de la ley es un principio que debe regir en todo momento y en todas las circunstancias. Este principio es esencial para el funcionamiento de un sistema democrático y para la protección de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, cualquier acto que se realice en contra de la ley debe ser considerado como un acto de desobediencia y debe ser sancionado de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico.

el artículo 324 del Código de Procedimientos Penales de nuestro estado con el artículo 20 fracción I de la constitución federal.

Para afirmar la idea de Mario de la Cueva podemos decir: aunque todas las leyes emanadas del Congreso de la Unión son formalmente idénticas, materialmente no lo son, pues algunas leyes son la praxiz de la constitución misma que se expande.

VI.- PENSAMIENTO DE IGNACIO BURGOA

Ignacio Burgoa afirma que en la primera parte del artículo 133 constitucional parece ser que otorga el carácter de supremacía no sólo a la constitución si no también a las leyes dadas por el congreso federal que emanan de ella y a los tratados internacionales que celebre el Presidente de la República con la aprobación del senado. Sin embargo agrega que a pesar de esa apariencia la supremacía se reserva al ordenamiento constitucional, pues tanto dichas leyes como los mencionados tratados en cuanto a su carácter supremo, están sujetos a la condición de que no sean contrarios a la constitución, condición que omitió el artículo 126 del Código Fundamental de 1857 agrega Burgoa que la hegemonía de la constitución, es decir, el derecho fundamental interno de México sobre los convenios y tratados en que se manifieste el

derecho Internacional Público, se corrobora por lo que establece el artículo 15 de nuestra ley suprema, en el sentido de que no son autorizables, o sean concertables tales convenios o tratados si en éstos se alteran las garantías y los derechos establecidos constitucionalmente para el hombre y el ciudadano. La mencionada hegemonía confirma, pues, el proverbio iglesista que proclama que " Sobre la constitución nada ni nadie ".

En conclusión, reservándose el principio de supremacía a la constitución federal, frente al régimen que instituye no tiene validez formal ni aplicabilidad las convenciones internacionales que la contravengan.

COMENTARIO PERSONAL

Es interesante analizar como ya en la Constitución de Cádiz se regulaba la libertad caucional claro con las limitantes o requisitos para su procedencia y así podemos analizar en las distintas épocas o constituciones la forma de como funcionaba éste derecho constitucional y volviendo a analizar las disposiciones antiguas no se puede apreciar limitantes o restricciones para gozar de éste beneficio, sin embargo el legislador local atenta contra el espíritu constitucional al legislar sobre ésta materia en una forma aberrante haciendo nugatorios los derechos de los ciudadanos.

En cuanto a la Jerarquía de las normas en el Orden Jurídico Mexicano estimo y me adhiero al pensamiento del maestro Mario de la Cueva al sostener que las normas se clasifican de la siguiente forma: a) La Constitución Federal, b) Leyes Constitucionales y Tratados, y c) El Derecho Federal Ordinario y el Derecho Local.

Lo único superior en el Sistema Jurídico Mexicano lo señala el artículo 133 y son las Leyes Constitucionales .

Sostengo que todas las leyes emanadas del Congreso de la Unión son formalmente idénticas, materialmente no lo son y por lo consiguiente la constitución es la ley de leyes, norma de normas, la norma cúspide en todo o en cualquier sistema jurídico.

CAPITULO III

MECANICA PROCEDIMENTAL PARA LA OBTENCION DE LA LIBERTAD CAUCIONAL Y PRINCIPIOS QUE RIGEN SU - FUNCIONAMIENTO.

I.- QUE AUTORIDAD PUEDE CONCEDERLA.

La fracción I del artículo 20 constitucional establece "inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución QUE FIJARA EL JUZGADOR.. ..".

"Con precisión técnica se introdujo en la fracción que comentamos, la de señalar expresamente que no solo el juez, como se indicaba en el texto anterior, quedará facultado para fijar la caución, sino también los tribunales de segunda instancia. Para tal efecto la iniciativa establecía que aquélla sería determinada por " el --- Juez o Tribunal, en su caso ", permitiendo así ampliar a los órganos jurisdiccionales colegiados esta atribución con fundamento en el precepto constitucional. La Cámara de Senadores prefirió usar el término genérico JUZGADOR en lugar de distinguir entre juez y tribunal, lo cual resulta perfectamente aceptable, pues de esa manera queda claro que cualquiera que sea el órgano jurisdiccional --

que conozca el asunto se estará en presencia de un juzgador, el cual estará facultado para detriminar la caución-correspondiente " (31).

Por lo tanto según tenemos visto, en nuestro derecho las autoridades que pueden concederla son: el juez, - el Tribunal Superior, el Juez de Distrito en términos de los artículos 130, 136 y 172 de la Ley de Amparo, según sea el organo de conocimiento.

II.- QUIEN PUEDE SOLICITARLA

El primer párrafo del artículo 20 constitucional establece que en todo juicio del orden criminal tendrá el ACUSADO... " y en su fracción primera del mismo numeral establece inmediatamente que lo solicite... " de los cuales se deduce de manera inmediata es el propio acusado - quien podrá elevar la solicitud ante el juzgador, para la concesión de tal derecho. Los códigos de procedimientos mexicanos y en particular el veracruzano en su artículo 328 establece o determina que es el acusado o sentenciado, su representante o su defensor; sin embargo, -- no existe ningún impedimento para que la gestión en el orden señalado, la lleve a cabo cualquier persona. Pién-

(31) La Reforma Jurídica de 1984 ob. cit. Pags. 58-59

sese en el margen amplísimo que en este aspecto señala - la constitución; de tal manera que, todo formulismo encaminado a entorpecer la gestión pertinente para hacer -- efectiva esa garantía, sería contrario al espíritu mismo de nuestra Carta Jurídica Fundamental.

III.- REQUISITOS DE PROCEDENCIA

El requisito único para que nazca la obligación de disponer la libertad provisional bajo caución, estriba - en que el delito imputado, no exceda en su término medio aritmético de cinco años. Calcular el término medio aritmético de la pena, conforme al cual procederá o no la libertad, es, formalmente, una labor simple: se suman la - pena mínima y la máxima fijadas por el Código Penal para un delito determinado y el total se divide entre dos. A continuación no hay mas que hacerse el razonamiento siguiente: si el resultado de las operaciones descritas es mayor de cinco años no procede la libertad caucional; si es de cinco años o menos si procede el beneficio, con -- total independencia del daño causado, la temibilidad -- del inculpaado y las consecuencias que el delito pueda -- producir, condiciones fijadas en el artículo 324 del Código de Procedimientos Penales de Veracruz vigente, lo - cual este último es totalmente contrario a lo establecido en la fracción I del artículo 20 constitucional.

IV.- EN QUE PUEDE CONSISTIR LA CAUCION.

El texto anterior de la fracción I del artículo 20-constitucional establecía: I.- " inmediatamente que lo -solicite será puesto en libertad bajo fianza que fijará. sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución para asegurarla.. ".

La reforma constitucional ha substituido la expresión libertad bajo fianza, empleada en el texto del artículo 20, desde 1917, por el de libertad provisional bajo caución, lo cual es técnicamente más correcto, dado que la fianza es solamente una de las posibles formas de --- otorgar la caución. Por caución se entiende, en general, la garantía misma, la cual puede actualizarse de diversas maneras. Los códigos de procedimientos penales, han venido señalando tradicionalmente tres formas de otorgar la caución; mediante depósitos en efectivo (artículo -- 329 de nuestro Código de Procedimientos Penales); por - medio de garantía hipotecaria (artículo 330 del Código-Adjetivo Veracruzano) o a través de una fianza (artí--culo 331 y 332 del mismo ordenamiento en consulta); --- nuestro código adjetivo agrega en su artículo 343 la libertad provisional bajo protesta que es un derecho otorgado a los acusados de delitos sancionados con pena que- no exeda de dos años de prisión y mediante el cumplimien- to de requisitos insitos en el mismo numeral; es decir,-

mediante una garantía de carácter moral, su palabra de honor, obtenga su libertad.

" La libertad provisional bajo protesta no es una garantía consagrada en la constitución, aún cuando, como certeramente señala Elpidio Ramírez Hernández, es válidamente deducible de la fracción I del artículo 20 constitucional, pues, si bien el legislador ordinario no tiene facultades para restringir una garantía, si las tiene para emplearla " (32).

LA LIBERTAD PREVIA O ADMINISTRATIVA

La libertad previa, o administrativa, surge en nuestro derecho, a fin de permitir que el Ministerio Público ponga en libertad al indicado, en las averiguaciones que se practiquen por delitos imprudenciales ocasionados con motivo del tránsito de vehículos.

" En la actualidad, el Ministerio Público puede conceder la libertad en las averiguaciones relacionadas con todo tipo de delitos culposos, sin limitarse aquellos ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, y esta facultad corresponde tanto al Ministerio Público Local como al Federal. Por --

decreto publicado en el Diario Oficial de 27 de Diciembre de 1983, se reformó el artículo 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, para agregarle un párrafo que dice: cuando se trate de delito no intencional o culposo, exclusivamente, el Ministerio Público dispondrá la libertad del incul-- pado , sin perjuicio de solicitar su arraigo, si -- éste garantiza mediante caución suficiente, que fi-- je el Ministerio Público, no sustraerse a la acción de la justicia, así como el pago de la reparación de los daños y perjuicios que pudiera serle exigidos.- Tratándose de delitos cometidos con motivo del trán-- sito de vehículos no se considerará este beneficio al inculcado que hubiese incurrido en el delito de --- abandono de persona. Se dispondrá la libertad igual-- mente, sin necesidad de caución y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente, cuando el delito--- merezca Pena alternativa o no privativa de libertad (33).

La libertad previa o administrativa no esta contem-- plada en el artículo 20 constitucional, pues según la -- carta magna la libertad caucional debe ser otorgada por-- el juez y la libertad administrativa por el Agente del -

Ministerio público. Más si consideramos a las garantías individuales como márgenes mínimos consagrados en la --- constitución, nada impide entonces que el legislador --- común, otorgue una mayor amplitud a aquellos que consagra la constitución. Estas razones de la reforma legislativa también son de índole pragmática, pues no son delitos de alta peligrosidad social en los que sea necesario tener detenido al responsable para que se realice la investigación.

" No obstante, debemos señalar, que los textos legales a estudio dan nacimiento a un grave problema interpretativo. La libertad administrativa no se condiciona ya al término medio aritmético de la pena, sino que toma como criterio de procedencia que se trate de delitos de imprudencia. Un análisis superficial del texto podría llevarnos a decir que es la misma cosa, puesto que los delitos de imprudencia tienen una pena menor de cinco años y normalmente permiten la libertad caucional, pero no es así. Si recordamos el texto del artículo 60 del Código Penal Federal advertiremos que en este texto se establecen dos tipos de imprudencia: un tipo que podríamos llamar simple, sancionado con pena que va de tres días a cinco años de prisión y que, en consecuencia, siempre permite la libertad caucional y un tipo agravado, pero terriblemente agravado, en -

el cual la pena va de cinco a veinte años de prisión, y que se refiere a aquellos delitos de imprudencia cometidos con motivo del tránsito de vehículos, a más de otras circunstancias, se trate de transportes de servicio público. Ahora bien, como - reforma procesal penal no distingue, nosotros no de bemos distinguir; por tanto válidamente podría afirmarse que el Ministerio Público está obligado, conforme al texto de los Códigos Procesales, a otorgar la libertad incluso en los casos en que la pena va de cinco a veinte años de prisión y, por los mismo, el término medio aritmético es de doce años seis -- meses, es decir, muy por encima de los límites que para la libertad caucional establece la constitución. " (34) .

La libertad previa o administrativa, llamada también en arraigo domiciliario, está contemplada en la ley adjetiva penal de nuestro estado, precisamente en el artículo 129 , en el cual recientemente fue reformado en fecha cinco de abril de 1988.

Como ya dijimos, la fracción I del artículo 20 constitucional antes de la reforma de 1984 establecía tradi-

cionalmente tres formas de otorgar la caución: depósito en efectivo; por medio de garantía hipotecaria o a través de una fianza. Es importante esta distinción porque efectivamente la fianza representa una especie del género caución. " Al respecto dice J. Tomé Paule: la fianza exige siempre la presencia de un tercero, es decir, de una persona distinta del obligado principal... en cambio en la caución no tiene el porque existir ese tercero. El obligado puede, y en muchos casos debe realizar él mismo la prestación a que la caución le obliga. En todos estos casos no se puede hablar de fianza, pues, ¿ dónde está la fianza si, en el ejemplo anterior, es el propio procesado el que deposita las diez mil pesetas que le exigieron ?, ¿ por dónde puede verse la fianza si el procesado garantiza con sus bienes su responsabilidad ".

(35)

" La modificación introducida en la reforma, - no sólo constituye un perfeccionamiento en cuanto a la terminología técnica aplicada sino que a nuestro juicio establece con más amplitud la posibilidad de otorgar la caución de que se trata sin limitarla, como lo hacía el texto anterior, al depósito, la hipoteca o la fianza ya que señalaba como requisito para el otorgamiento de este tipo de libertad poner - la suma de dinero respectiva a disposición de la -

(35) La Reforma Jurídica de 1984, ob.cit. Pag.58.

autoridad u otórgar caución hipotecaria o personal-bastante para asegurarla ". Con fundamento en este-texto , los códigos de procedimientos penales men--cionan efectivamente a estas tres especies de cau--ción ----- agregando la libertad bajo protesta --,-- como las únicas aplicables, quedando excluida por -ejemplo, la garantía prendaria para el otorgamiento de la caución. El texto aprobado por el Congreso de la Unión, en cambio, señala el depósito como prime-ra forma al iniciar que el único requisito que ha--brá de cubrirse para obtener la libertad bajo cau--ción será " poner la suma de dinero respectiva a --disposición de la autoridad judicial ", esto quiere decir, que se elimina la enumeración de la hipoteca o la fianza específicamente como medio de garantía- y se deja abierta la posibilidad de cualquier otra-forma de caución que en el caso puede ser también -la garantía prendaria. Pongamos un ejemplo para de-mostrar la diferencia, si una persona no dispone de dinero en efectivo para depositarlo en el Juzgado y tampoco tiene bienes inmuebles con los que pueda --responder por medio de una hipoteca y carece de po-sibilidades de entablar de inmediato un contrato de fianza, pero porta -- pongamos por caso -- una va--liosa prenda de uso personal como un reloj o una --

joya que a juicio de juez constituye garantía suficiente, ésta podrá constituirse de tal manera, lo cual no aprecia regulado ni constitucional ni legalmente hasta el momento ". (36)

" Otra precisión técnica que se introdujo en la --- fracción que comentamos, fue la de señalar expresamente que no sólo el juez, como se indicaba en el texto anterior, quedaría facultado para fijar la -- caución sino también los tribunales de segunda instancia. Para tal efecto la iniciativa establecía -- que aquella sería determinada por " el juez o el -- tribunal en su caso ", permitiendo así ampliar los -- órganos jurisdiccionales colegiados esta atribución con fundamento en el precepto constitucional. La Cá -- mara de Senadores prefirió usar el término genérico juzgador en el lugar de distinguir entre juez y tri -- bunal, lo cual resulta perfectamente aceptable, -- pues de esa manera queda claro que cualquiera que -- sea el órgano jurisdiccional que conozca del asunto se estará en presencia de un juzgador el cual estará facultado para determinar la caución correspondiente ". (37)

(36) (37) La Reforma Jurídica de 1984, ob.cit.
Pags 58 - 59

V.- MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA SU OTORGAMIENTO.

De acuerdo con el término " inmediatamente " con -- que se inicia la fracción I del artículo 20 constitucional, consideramos que en el instante en que un acusado - lo solicite, siendo procedente, deberá el juez dictar un auto otorgando la libertad bajo caución.

" La libertad caucional puede solicitarse en cualquier momento procedimental. Esto quiere decir que podrá pedirse durante la averiguación previa, y en general, en primera y segunda instancia, y aún después de haberse -- pronunciado sentencia por el tribunal de apelación, cuando se ha solicitado amparo directo " . (38)

En relación con el párrafo que inmediatamente antecede, disentimos con el autor Guillermo Colín Sánchez, toda vez que en nuestro criterio aquél confunde las instituciones de libertad previa o administrativa con la libertad bajo caución ya que, como dijimos, ésta la otorga el juez de conocimiento y la administrativa la otorga el Ministerio Público.

La libertad provisional bajo fianza (caución) puede solicitarse ante el tribunal a que, en el momento mis

mo de interponer el recurso de apelación, y ante el tribunal --- ad - quem durante la tramitación del recurso, - antes de que haya resuelto definitivamente. Pueden darse las siguientes hipótesis:

" 1.- La sentencia de primera instancia se dicta -- por delito que tiene asignada pena cuyo término medio -- aritmético no excede de años de prisión . Rigen las reglas generales expuestas y ;

2.- La sentencia de primera instancia se dicta por delito que tiene asignada pena de prisión cuyo término-medio aritmético exceda de cinco años. Esta hipótesis - se desdobra a su vez, las siguientes:

a).- La pena impuesta al sentenciado no excede de excede de cinco años y apela al propio sentenciado. Como la sentencia de segunda instancia no puede sancionar con mayor pena al apelante, procede obviamente la liber tad provisional y ;

b).- La pena impuesta al sentenciado no excede de cinco años, pero además de él, apela el Ministerio Público. En esta hipótesis como, a virtud del recurso interpuesto por el Ministerio Público, la sanción puede - ser aumentada ----- pena subjudice -- resulta que el - término medio aritmético de la pena probable excede de-

cinco años de prisión y deberá negarle la libertad provisional .

La libertad provisional puede ser solicitada en el juicio de amparo, tanto indirecto como directo, de acuerdo con los artículos 136, párrafo cuarto y 172, respectivamente, de la Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 -- constitucionales , lo cual constituye un instrumento de inapreciables valor para evitar el exceso de poder de -- jueces del orden común que sin llegar a NEGAR LA LIBERTAD, la pueden hacer negatoria mediante la fijación de -- fianzas que sobrepasen la capacidad económica del procesado. Por ejemplo, el daño que quisiera causar un juez -- común que, con el fin de mantener al procesado en prisión preventiva señalara una fianza que no pudiera otorgar, podría remediarse promoviendo juicio de amparo contra el auto de formal prisión y solicitando la libertad provisional al juez de distrito " --- (39)

VI.- TRAMITACION DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION

" Los códigos de procedimientos consideran --

(39) Arilla Bas, Fernando. El procedimiento Penal en -- México Ed. Kratos, México 1984, Pags. 187 - 188

que la tramitación de la libertad provisional bajo caución da lugar a un incidente, y en esa forma aparece en todas las leyes adjetivas de la República, situación ésta que si bien era justificada en el Código de Procedimientos de 1894 que sirvió de modelo, no lo es en lo que están en vigor, dado que como lo tenemos dicho se trata de una garantía que debe hacerse efectiva de plano y que no da lugar a incidente alguno, así lo asegura la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales nacionales " (40) .

Efectivamente, en el título decimoprimer sección primera, capítulo primero de nuestro Código de Procedimientos Penales Veracruzano, la libertad provisional bajo caución aparece en la sección de incidentes y en su artículo 325 del Código en consulta establece que: " cuando proceda la libertad caucional, inmediatamente que se solicite se decretará en la misma pieza de autos " .

En su artículo 328 del mismo ordenamiento queda establecido que " la naturaleza de la caución quedará elección del inculpaado, quien al solicitar la libertad, manifestará la forma que elige para los efectos de la fracción V del artículo anterior (la naturaleza de la garantía

que se ofrezca). En caso de que el inculpado, su representante o su defensor, no hagan la manifestación mencionada, el tribunal de acuerdo con el artículo que antecede , fijará las cantidades que correspondan a cada una de las formas de caución " .

VII.- OBLIGACIONES QUE GENERA EL OTORGAMIENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION.

Estas obligaciones las dividiremos en dos grupos,-- puesto que existen para el beneficiario y para el fiador. En cuanto al beneficiario, queda obligado: a presentarse ante el tribunal que conozca de su caso los días fijos - que se le señalen, además cuantas veces sea citado o requerido para ello, comunicar al mismo tribunal los cambios de domicilio que tuviere, y no ausentarse del lugar - sin permiso. Nuestro Código de Procedimientos Penales -- así lo establece en su artículo 336. Las obligaciones -- contraídas por el fiador, consisten: " en declarar bajo protesta de decir verdad si ha otorgado con anterioridad alguna otra fianza judicial, esto en el caso de que no - se trate de una institución o empresa afianzadora; así - también las obligaciones que se desprenden de los artículos 2784,2785,2786 a 2788 de nuestro Código Civil, --- cuando se trate de asuntos de este fuero común deberá -- comprobar la propiedad sobre bienes raíces cuyo valor -- sea cuando menos cinco veces mayor que el monto de la --

cantidad señalada como garantía. Estas hipótesis las com
pla nuestro Código de Procedimientos Penales en sus artí
culos 332, 333 y 335. Debe también recibir las órdenes -
para que comparezca el beneficiario y procurará que se -
presente ante el juez.

VIII.- EN DONDE Y EN QUE FORMA SE CONSTITUYE LA CAUCION.

" Aunque por lo general dentro de la administración
de justicia mexicana, se utilizan casi de manera exclusi
va la fianza otorgada por compañías afianzadoras y el de
pósito en efectivo, cuya forma de constitución es en la
primera mediante una póliza expedida por la negociación-
mercantil autorizada y en el segundo a través de depó-
sito en la institución o dependencia señalada por la ley
que en la ciudad de México lo es la Nacional Financiera
y en los Estados el Banco de México, la recaudación de -
rentas, la Tesorería, etcétera, misma que entrega el bi-
llete o constancia correspondiente y que a su vez se de-
posita ante la autoridad judicial con excepción de los ca
sos en cuales por razón de la hora se admite el depósito
en efectivo ante la propia autoridad judicial.- (artí-
culo 329 de nuestro Código de Procedimientos Penales).-
Es importante hacer notar que la caución hipotecaria y -
la fianza personal pueden constituirse " apud acta " ---
siempre y cuando se satisfagan las condiciones que para
la constitución de tales garantías exige la ley civil ma
terial, es decir, la exhibición del título de propiedad-

en el caso de la hipoteca, y de la fianza cuando así se manda, la presentación tambien del certificado de libertad de gravámenes; constancia de estar al corriente en el pago de los impuestos y los demás requisitos que para la formación del negocio, imponen los Códigos civiles de los estados, y llenados estos extremos en el propio expediente sehará constar la constitución de la fianza personal según se establece en el artículo 562 fracción III - del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y en los respectivos artículos de los estados.

" Es cierto que las leyes de enjuiciamiento mexicano no determinan categóricamente que lo mismo puede hacerse al constituir la caución hipotecaria, pero no encontramos ninguna razón jurídica que impida -- que esto se realice, puesto que el tribunal en sus actuaciones esta investigado de fe pública y las -- mismas constituyen un instrumento público, por lo -- que la formalidad exigida por la ley para la consti-- tución de la hipoteca puede ser perfectamente lleva-- da a cabo por la autoridad judicial. De igual modo-- corresponderá a la autoridad ante quien se tramite-- la caución, girar el oficio correspondiente al re-- gistro público, para el efecto de que quede inscri-- to el gravámen a que da origen la garantía " (41)

IX.- ATENUANTES Y AGRAVANTES (MODALIDADES) EN LA LIBERTAD BAJO CAUCION.

La fracción primera del artículo 20 constitucional antes de la reforma de 1985 establecía: " inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza....-tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute.... " El texto vigente establece: "inmediatamente que lo solicite será puesto -provisional bajo caución.... tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se -le impute siempre que dicho delito, INCLUYENDO SUS MODALIDADES ".

El texto vigente dispone que para el señalamiento de la caución, el juzgador deberá tomar en cuenta las --circunstancias personales del acusado y la gravedad del delito que se le impute, " siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado son pena cuyo término medio aritmético, no sea mayor de cinco años de prisión ".

" en cuanto a este punto la iniciativa señalaba: en tal virtud, se propone modificar el primer párrafo de la fracción I del artículo 20, a fin de dejar claramente -- asentado que para la concesión o la negativa de la libertad provisional, con base a la pena aplicable al delito se consideraran las modalidades que en este se presente, quedará recogido el delito que verdaderamente se cometió y no una hipótesis penal abstracta " (42)

Esta modificación es muy importante porque las modalidades del delito se configuran por las circunstancias-específicas de su comisión que pueden dar lugar a un aumento o disminución de la pena. Me permito narrar a continuación el texto íntegro del criterio de la reforma -- por su gran amplitud y contenido jurídico :

"Ese es el sentido que debe darse a la expresión constitucional modalidades. Algunos autores -- como Marcos Castillejos Escobar distinguen entre -- modalidades y calificativas. Se considera a las primeras " los diversos modos o formas de descripción de un delito " y a las segundas, circunstancias que se agregan al delito y hacen que la sanción aumente. Las calificativas, resultan entonces equivalentes a las circunstancias agravantes. Cabe pues la duda en

cuanto a si las modalidades que el juzgador debe -- tomar en cuenta para conceder o no la libertad caucional, incluyen o excluyen a las calificativas y -- tambien , en su caso, a las atenuantes. El problema aparece un tanto complicado si se observa que en -- las reformas a los ordenamientos procesos penales -- tanto Federal como del Distrito Federal, introduci -- das en 1984, se habla de que el juez atienda a las -- modalidades y calificativas del delito, para otor -- gar o negar la mencionada libertad. Es claro que pa -- ra el legislador ordinario existe una distinción -- entre modalidad y calificativa. Partiendo de este -- supuesto ¿ cabría pensar que el Constituyente Perma -- nente quiso eliminar expresamente a las calificati -- vas como elementos a ser tomados en cuenta para la -- obtención de la libertad caucional, al no menciona -- rlas en la nueva redacción de la fracción constitu -- cional que comentamos ? creemos que no, por las si -- guientes razones:

Ia. Relativa irrelevancia del concepto modalidad -- en sentido estricto para efectos de la libertad --- caucional.

Si por modalidad solamente entendemos cada forma o -- modo distinto de cometer un delito, veremos que es -- te concepto hace referencia en realidad a diferen -- tes descripciones típicas específicas vinculadas --

todas en cuanto a la materia de la infracción, al bien jurídico tutelado y a los mismos márgenes de penalidad. Tal cosa ocurre en el secuestro, el fraude específico, los delitos contra la salud, en materia de estupefacientes previstos en el artículo 197 del Código Penal del Distrito Federal, la falsificación de documentos y otros muchos en los que la ley penal describe de disímolas formas de comisión. Es evidente que si por modalidad exclusivamente se entiende estas varias maneras de cometer un delito, pero no las circunstancias atenuantes o agravantes, el concepto resulta irrelevante para el cálculo de la pena, pues son precisamente estas circunstancias las que hacen variar la penalidad y pueden incidir en un aumento o disminución de la misma y, en consecuencia, del término medio aritmético de la sanción aplicable. De ahí que el término modalidades deba entenderse en un sentido amplio que abarque tanto a las circunstancias atenuantes cuanto a las agravantes.

2a. Referencia explícita en el dictamen de la Cámara de Senadores a las atenuantes y agravantes. La voluntad del legislador en torno a este punto está claramente expuesta en el dictamen que recayó a la iniciativa en cuestión en el Senado, que fue-

la Cámara de su origen. En el quinto párrafo del -- del mencionado dictamen se lee: " En este orden de ideas, las suscritas Comisiones coinciden también en el juicio que manifiesta la iniciativa, al incluir las modalidades del delito a fin de que el -- orden jurisdiccional para determinar la caución o -- negativa del beneficio de la libertad provisional -- bajo caución, atienda no solamente al tipo básico, -- sino a las modalidades atenuantes o agravantes ". -- En los dos párrafos siguientes se abunda en las bon dades de tomar en cuenta como modalidades, las circunstancias que agravan o atenúan la pena. A continuación se transcriben:

Cabe mencionar que este punto de vista ya ha -- sido adoptado por la Suprema Corte de Justicia de -- la Nación, y debe destacarse que en él se busca tan -- to tutelar al interés social, como al imputado. En -- efecto, existen fenómenos delictivos en los que la -- disconformidad social se pone de relieve por las -- especiales modalidades, agravantes, tal como aconte -- ce por ejemplo, en hipótesis de robo, robo cometi -- do en pandilla y por violencia. De no atender a las -- modalidades el juzgador, para otorgar la concesión -- del beneficio de la libertad provisional bajo cau -- ción , tendrá que ajustarse exclusivamente al robo -- simple, cuya sanción únicamente se determina por la

cuantía de lo robado.

Por otro lado, al introducirse el concepto de modalidades del delito, también se beneficia a los imputados, cuyo hecho o conducta esté atenuada por alguna de las circunstancias de tal naturaleza. Tal como sucede en las hipótesis de riña o exceso en la legítima defensa. De no atender a las modalidades atenuantes podría darse el caso de que no se concediera el beneficio de la libertad caucional, no obstante que el juzgador observase la existencia de las atenuantes.

Queda claro que por modalidades se entienden los aspectos concretos que pueden constituir atenuantes o agravantes en la ejecución de la conducta. No es ocioso insistir en que no es lo mismo el homicidio simple, para el cual se señala una pena de ocho a veinte años de prisión (artículo 307 del Código Penal para el Distrito Federal), que aquel que resulta atenuado por afectuarse cuando el sujeto se encuentra en circunstancias emocionales que influyen en su conducta, como sucede cuando un conyuge sorprende al otro en el acto carnal o en un momento próximo a él. (artículo 310 del Código Penal para el Distrito Federal) o bien, si pensamos en el robo, no es igual el que se comete de manera-

simple, que el agravado por realizarse en casa habitada, independientemente del monto de lo robado.

La reforma es profundamente equitativa porque permite al juzgador tomar en cuenta estas circunstancias y no tener que sujetarse al llamado tipo --básico, es decir, homicidio o robo simplemente, -- sino considerar las circunstancias específicas de la acción. En los ejemplos señalados, el robo en -- casa habitada que castiga en forma agravada, dará -- lugar a un impedimento para el otorgamiento de la -- libertad caucional y a la inversa, el homicidio atenuado, permitirá que el presunto culpable obtenga -- el mencionado beneficio.

A este respecto la Corte sentó jurisprudencia en el sentido de que no deberían considerarse las -- modalidades de la comisión del delito para el otorgamiento de la libertad bajo caución. A través de -- la tesis de jurisprudencia definida número 173 (apéndice de jurisprudencia 1917 - 1965, segunda parte, primera sala, página 341), que establece: " Para concederla, debe atenderse solamente a la pena -- que corresponde al delito imputado, tal cual está -- señalado en la ley, sin tener en cuenta las atenuantes y agravantes que puedan existir, porque éstas --

son materia de la sentencia que pone fin al proceso ". No obstante, el Tribunal Colegiado del Décimo Circuito dictó una ejecutoria del amparo en revisión 213/77, aparecida en el informe del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de 1977 que dice lo siguiente:

LIBERTAD CAUCIONAL.- Si el juez de la causa -- niega el beneficio de la libertad bajo caución solicitada por el procesado , sin que se tome en cuenta las circunstancias modificativas o calificativas -- del delito, aduciendo que con posterioridad al auto de formal prisión no se alegaron pruebas en beneficio del reo, el proveído denegatorio de la libertad resulta violatorio de de garantías, pues el juez -- del proceso debe estudiar todas esas circunstancias que obren acreditadas en la averiguación, desde su inicio, dado que algunas de ellas pueden ser favorables al encausado y permitirle que disfrute del expresado beneficio, en atención a que la penalidad de ciertos antijurídicos, depende precisamente de las circunstancias en que se ejecutan ".

La reforma permite elevar este criterio a nivel constitucional de modo que las circunstancias específicas de la comisión del delito debieran ser tomadas en cuenta para el cálculo del término medio aritmético de la pena con objeto de decir el otorga

miento o negativa de este tipo de libertad " (43).

X.- LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION EN EL CONCURSO MATERIAL Y CONCURSO FORMAL DE DELITOS.

Cuando se habla de concurso material o concurso formal de delitos estamos en un terreno de menor definición. No existe jurisprudencia definida y si, tan sólo, ejecutorias aisladas que se refieren al tema.

Recordemos que hay concurso material de delitos --- siempre que alguno es juzgado, a la vez, por varios delitos, ejecutados en actos distintos, y que hay concurso formal siempre que, con un solo hecho, ejecutado en un solo acto, o con una omisión, se violen varias disposiciones penales que señalen sanciones diversas.

Con fundamento en los artículos 23, 24, 70, y 71 -- del Código Penal en nuestro estado, los tribunales resuelven habitualmente que, en caso de concurso, procede la libertad bajo caución si la permite la pena media --- aritmética aplicable al delito más gravemente sancionado de aquellos que se imputan al acusado.

(43) La Reforma Jurídica Pags. 53 - 56

XI.- LA TENTATIVA EN EL OTORGAMIENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION.

Para los casos de delito tentado, deberá tenerse -- presente el artículo 68 de nuestro Código Penal en el -- que se fija una sanción de un mes a nueve años de pri-- sión, luego entonces quedan inmersos los límites de esta penalidad en los que previene la fracción I del artículo 20 constitucional y deberá concederse la libertad provisional bajo caución que solicite el procesado.

XII.- EFECTOS DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION.

Los efectos de la libertad provisional bajo caución consisten en la desaparición de las restricciones que para la libertad individual suponían la detención y la prisión, quedando la libertad del individuo sólo vinculada a los fines del proceso, constituyendo una obligación -- comparecer los días que le fueron señalados por la resolución correspondiente y, además cuantas veces fuese llamado ante el juez o tribunal que conozca la causa. Se -- puede ver que el efecto principal de la concesión de la libertad es evitar que el acusado a quien se concedió -- siga recluso en el establecimiento carcelario, privado de su libertad personal, aunque subsista su sujeción al resultado del proceso.

Otro efecto que se produce es el de soslavar la detención de un individuo, contra quien se hubiera decretado . Esta hipótesis en la práctica es frecuente y re-

sulta en forma diversa, pero de acuerdo con la constitución y dada la naturaleza del derecho que se cometa, la decisión debe ser anulatoria de la aprehensión, ya que si el acusado comparece espontaneamente ante un juez que libró orden de detención en su contra y se somete a su jurisdicción, solicitando se le conceda la libertad, -- aquél está en la obligación de otorgarla de inmediato -- siempre y cuando proceda, -- de acuerdo con la fracción I del artículo 20 Constitucional, puesto que las -- garantías de que habla se refiere al acusado, el cual -- puede no encontrarse detenido de hacerlas valer exigiendo su cumplimiento inmediato.

Por otro lado, el automatismo e inmediatez, puede considerarse como un efecto al otorgamiento propiamente dicho, ya que la autoridad está obligada a resolver de plano la petición.

COMENTARIO PERSONAL

Sostengo que el artículo 20 Fracción I de la constitución es claro y preciso y señala " inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo --caución que fijará el juzgador... " previos requisitos -- como son el pago de la fianza y atender el término medio aritmético que se señala, cumpliendo éstos requisitos -- podrá gozar de la libertad.

Podemos gozar en nuestro país de éste beneficio en forma amplia ya que en nuestro derecho la Autoridades -- que pueden concederla son; el Juez, el Tribunal Superior el Juez de Distrito en términos de los artículos 130, 136, 172, de la Ley de Amparo, según sea el órgano de --cimientos.

A lo que merefiero es al margen amplísimo que en -- éste aspecto señala la Constitución; de tal manera que, -- todo formulismo encaminado a entorpecer la gestión parti nente para hacer efectiva esa garantía, será contrario -- al espíritu mismo de nuestra Carta Jurídica Fundamental.

Continúa siendo tan amplísimo que cualquier persona puede llevar a cabo o tramitar éste beneficio ya que así lo permite nuestro Código de Procedimientos Penales de -- nuestro Estado sin contrariar a la Carta Magna.

Es obvio que debemos atender el delito de que se -- trate en correlación a la penalidad que se le imponga y -- sujetarnos al término medio aritmético.

CAPITULO IV

LA FRACCION PRIMERA DEL ARTICULO
20 CONSTITUCIONAL.

La fracción I del artículo 20 constitucional establece; " Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.

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

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

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

4.1.- LA GARANTIA DE LIBERTAD BAJO CAUCION.

Establecida la supremacía constitucional y la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano, como premisa en el objeto de este estudio, necesario es ahora establecer la segunda de éstas, consistente en el análisis de la fracción I del artículo 20 constitucional tendiente a demostrar los requisitos únicos que exige este numeral para la procedencia de la libertad bajo caución aún cuando existan disposiciones en contrario a las constitucionales leyes de los estados.

" En el procedimientos penal, la fuente principal, de donde emanan las leyes procesales, es la Constitución Política de la República, por cuanto-

a que las leyes procesales deben estar acordes con los principios contenidos en la constitución que nos rige. El conocimiento de estos principios es de capital importantes para el estudio del Derecho Procesal Penal Mexicano. La ley fundamental de la república, en el capítulo I, título I " de las garantías individuales ", describe las normas a que --- deben sujetarse las leyes del procedimiento penal - con preceptos de carácter varios. Cuando dicta mandatos o prohibiciones absolutas, se entiende que son de rígido cumplimiento para los órganos del estado que intervienen en el proceso, si su aplicación extensiva resulta perjudicial para los intereses del inculcado. Si en cambio, le es beneficiosa, entonces debe concederse a los órganos del estado cierto margen de libertad en su aplicación, siempre de acuerdo con los fines del proceso y con los principios que lo rigen " (44).

La fracción I del artículo 20 constitucional establece la garantía de poder obtener la libertad provisional bajo caución. Esta institución tiende a armonizar el interés que la sociedad tiene de no privar injustamente de la libertad personal a los individuos y al mismo tiempo

(44) Gonzáles Bustamante, Juan José, Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1983, Pags. 27 - 28

po, el de no dejar sin sanción una conducta punible. A fin de no privar de la libertad a una persona acusada y al mismo tiempo asegurar que quede sujeta a la acción de los tribunales, esta figura jurídica consiste en conceder el goce de la libertad, cuando se ha sufrido la detención preventiva por haber sido objeto de imputación de un hecho delictuoso, mediante el otorgamiento de una garantía económica.

4.I.I.- DENOMINACION

En cuanto a la denominación del instituto jurídico en estudio, se emplean gran variedad de conceptos, nuestra constitución en su artículo 20 fracción I le denomina " Libertad provisional bajo caución "; igualmente lo hace el derecho penal mexicano. Pero no así la doctrina y legislación extranjera, quienes le denominan : Excarcelación, Libertad bajo fianza, Libertad provisoria y Libertad limitada.

Tomaremos en consideración los Códigos Procesales Mexicanos, pues la designación que hacen, es la adecuada al tema que nos ocupa y dado que son normas reglamentarias de nuestra constitución, nos permiten ver el contenido y aplicabilidad de la misma. Otra razón que nos hace converger con tal criterio es el hecho de que las disposiciones procesales que citamos, siguen una adecuada metodología, ya que es evidente que caución y fianza dentro de la mas estricta técnica jurídica no tienen el

mismo alcance, PUES LA FIANZA ES UNA ESPECIE DE LA CAUCION, la que como género encuadra otras formas específicas, según se verá más adelante al hacer el estudio respectivo y éstas también dan margen a la procedencia de la libertad provisional. Al respecto, Guillermo Colín -- Sánchez dice: " a las palabras caución y fianza comunmente se les atribuye el mismo significado. No obstante, -- caución denota garantía, y fianza una forma de aquélla; -- por ende, caución es el género y fianza una especie ".
(45).

Por cuanto hace a la denominación excarcelación debe tomarse en cuenta. que ésta es resultado de la libertad provisional bajo caución , pero que también puede -- ser consecuencia directa de un acto de libertad por falta de méritos o por desvanecimiento de datos, también -- por una sentencia absolutaria o resultado de un juicio -- de Amparo; etc. Por lo que no debe utilizarse la excarcelación como sinónimos de libertad provisional bajo -- caución.

4.1.2.- DEFINICION

" a).- Según Manzini: es un acto de libertad -- limitada a los fines del proceso penal que atenúa --

(45) Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, México, 1981. Pags. 543

los efectos de las necesidades procesales que determinan la custodia preventiva.

b).- Para Sansonetti: Consiste en sustraer al procesado de la obligación de la prisión preventiva garantizando su presentación a la justicia, no por medio de su libertad personal, sino por medio de -- una fianza.

c).- Fenech sostiene que es: El acto cautelar por el que se produce un estado de libertad vincula da a los fines del proceso penal en virtud de una - declaración de voluntad judicial.

d).- Artuto J. Zavaleta: La libertad proviso- ria es la obtenida por el imputado en el curso de - causa y antes de la resolución definitiva, sea como consecuencia necesaria de un juicio sobre la califi cación de un delito atribuido o sobre el mérito del proceso, sea para impedir o hacer cesar la prisión- preventiva garantizando al efecto su presentación - al juicio, y a la eventual ejecución de la pena, -- por medio del suministro de una caución, real, per- sonal o juratoria.

e).- De acuerdo con Juan José Gonzalez Bustaman te: Bajo el nombre de libertad provisoria o liber- tad bajo caución, se conoce en el procedimiento a - la libertad que con caracter temporal se concede a - un detenido por el tiempo que dura la tramitación - del proceso, previa la satisfacción de determinadas

condiciones estatuidas en la ley.

f).- Francisco Carnelutti usa la siguiente noción: Es un estado de sujeción del imputado que --- constituye un substitutivo de su custodia preventiva, para los casos en que se, de esta no haya, o - deje de haber necesidad estricta.

g).- Jorge A. Claria Olmedo la conceptúa: Como la medida por la cual se libera al imputado contra quien lo ha recaído o puede recaer prisión preventiva, sujeto a determinadas restricciones cuyo cumplimiento se garantiza mediante caución juratoria, - personal o real " (46)

Aún cuando las definiciones anteriores contienen -- los elementos esenciales del tema en estudio, no son suficientemente claras para explicar el Instituto Jurídico de la libertad provisional en el sistema mexicano.

Porque mientras Manzini, lo limita solo al derecho-penal, que no viene a ser nuestro caso, donde la libertad provisional tiene una mayor validez y amplitud.

De Sansonetti, Arturo J. Zavaleta y Francisco Carnelutti, la difieren en considerar que la libertad provisi-

(46) Bosada ob. cit. hace mención.

nal sustituye e impide a la prisión preventiva cuando - lo que cesan son los efectos del auto de formal prisión pues muchas de las obligaciones que emanan del auto de prisión preventiva subsisten.

" En este mismo sentido que nosotros opina -- Jorge A. Claria Olmedo: Se advierte que ese estado de la libertad caucionada no elimina ni evita el - régimen de la prisión preventiva, por el contrario presupone su aplicación, pero impide o suspende su cumplimiento efectivo. Se advierte, pues que la libertad caucionada tiene su fundamneto en la procedencia de la prisión preventiva, puesto que mitiga sus efectos. En otra parte de su obra, Claria Olme do comentando a Vélez Mariconde (jurista y funcio nario argentino) dice: Este autor le atribuye el efecto de evitar o hacer cesar la prisión preveniva; en realidad, conforme a nuestro sistema jurídico, lo que se evita o cesa es el encarcelamiento-- que corresponde como consecuencia de haberse decretado la prisión preventiva " .

Por último -- continúa Claria Olmedo: " se ha dicho ya que la libertad caucionada no evita o elimina la prisión preventiva que corresponde a decretar o haya sido ya resuelta; IMPIDE O PONE FIN A - SU CARACTERISTICO EFECTO, es decir, al estado de -

privación de la libertad durante la marcha del proceso (encarcelamiento). Esto no ha sido aceptado siempre por la doctrina, y en verdad que parece un tanto contradictorio; pero es la conclusión clara que se obtiene de los textos legales. En efecto; - la orden de excarcelación (auto de soltura) no revoca el derecho o auto de prisión preventiva, ni la libertad anticipada impide que se pronuncie. -- Por otra parte la renovación de la libertad caucio nada no impone decretar nuevamente la prisión preventiva PUES LA YA ORDENADA MANTIENE SU VIGENCIA;- sólo corresponderá librar orden de captura o constituir al imputado en prisión " (encarcelamiento)" (47).

Bosada.- autor de la fuente de este estudio - considera acertado el pensamiento de Claria Olmedo, quien dentro del derecho mexicano representa su pensamiento y contenido.

Escalona Bosada termina tratando de concretar un concepto, sobre esta cuestión, aclarando que no pretende que el mismo agote o resuelva cualquier controversia pero pensando que su aportación servirá, para los que - los más capacitados lo hagan; y la define así: " Es la medida cautelar, que evita o suspende la privación de -

la libertad de un imputado, ordenada por autoridad competente, mediante el otorgamiento de una garantía, y lo sujeta a diversas obligaciones dentro del proceso penal" (48).

4.1.3.- NATURALEZA DE SU CONTENIDO

Como característica general y esencial de la naturaleza jurídica de la institución en estudio, podemos señalar : que la libertad provisional es una medida cautelar o precautoria, de seguridad jurídica procesal y de índole personal.

Nuestro Derecho Positivo lo encuadra dentro de la rama del derecho público, su contenido es de Derecho Subjetivo por imponerse al estado y a sus autoridades; y estas como sujetos pasivos de la garantía individual--están obligados a respetar su disposición por ser inalienable de los derechos humanos.

El gobernado tiene así facultad de exigir el cumplimiento de dicha observancia, pues como diría Burgoa se trata de un " Derecho Público Subjetivo " (49) .

(48) Bosada ob. cit. Pag.6

(49) Burgoa Ignacio, Las Garantías Individuales Ed. Porrúa, México 1985 Pag. 165

" Podemos incluir otra peculiaridad distintiva que consiste en que el derecho regulado, entraña un aspecto normativo o imperativo en cuanto obliga al Estado u órgano dependiente de él a conceder al gobernado el goce o disfrute de la garantía, siendo solamente permisivo o facultativo, por lo que se -- refiere al titular del derecho o sea el gobernado, -- por lo cual nos encontramos, consecuentes con la -- opinión de Ernesto Roguin, con que el derecho subjetivo estudiado con ser perteneciente al Derecho Público, porque es imperativo, tanto para el Estado -- como para el gobernado bajo la coacción , en tanto que de acuerdo con el autor en cita, el no ejercicio por parte del poseedor del derecho a la libertad -- provisional --, del mismo, no implica coacción alguna. A fin de fundar este criterio, diremos que, --- cualquier ciudadano que esté gozando de la garantía -- puede " motu proprio " renunciar a ella, situación -- que aparece regulada por el artículo 412, fracción -- IV, del Código Federal de Procedimientos Penales, 568 fracción IV, del Distrito y Territorios Federales y -- por las disposiciones relativas de los códigos de -- los estados que contienen prevenciones análogas --- (artículo 337 del Código de Procedimientos Penales -- de Veracruz) (50)

Existen semejanzas y diferencias de la libertad provisional bajo caución del Derecho Penal, a través de las cuales el acusado logra su excarcelación, y que es necesario distinguir con mayor profundidad de este estudio.

I).- La libertad por falta de méritos y la libertad provisional bajo caución.- Ambas consideradas garantías constitucionales por los artículos 19 y 20, teniendo las dos libertades una reglamentación procesal en los Códigos Estatales al par formas de libertades son revocables aún cuando al revocación abedezca a razones distintas. - Difieren en la libertad provisional bajo caución el individuo quien se dicta, queda sujeto a un proceso hasta la resolución de fondo, en tanto que en la libertad por falta de elementos para procesar, no lo sujeta a ningún proceso. Otra diferencia es que la libertad provisional es una medida cautelar mientras que el auto de libertad por falta de méritos es una resolución de fondo.

En cuanto al momento procesal en que se solicita y dicta hay otra variante; la libertad provisional es in mediata, mientras el auto de libertad por falta de --- méritos se obtiene el el término de las 72 horas.

II).- La libertad por desvanecimiento de datos y la li-

libertad provisional bajo caución.- Tienen en común la excarcelación del reo y su provisionalidad aunque su fin es muy distinto; una diferencia notable es que la libertad por desvanecimiento de datos no está consagrada en la constitución, al contrario de lo que acontece con la libertad provisional bajo caución.

* III).- La libertad bajo protesta y la libertad provisional bajo caución.- La primera consagrada en los artículos 418 y 421 del Código Federal de Procedimientos Penales y en el artículo 343, del Código Procesal Penal de Veracruz, ambas comunes en que son medidas de cautelares de excarcelación, y se distinguen en que la primera es una garantía procesal y la segunda constitucional, además de que la libertad bajo protesta no requiere de caución y sus requisitos son distintos en cuanto a la penalidad y su trámite en autos.

IV).- La libertad provisional bajo caución y la libertad preparatoria. Comulgan en la consecuencia de excarcelación, en lo revocable, y en la caución, pero difieren en su naturaleza, pues la primera es una garantía constitucional y la segunda no lo es, y constituye un derecho del reo que se regula por el derecho sustantivo.

4.1.4.- LA PRISION PREVENTIVA

Desde lejanos tiempos nace una antigua forma de confinar la libertad física del individuo, cuando éste aparece sospechoso de la comisión de un acto ilícito, que es la prisión preventiva, medida cuya evolución también se ha desplazado en el decurso de los siglos, y aunque intrínsecamente es injusticia, se ha considerado necesaria en aras de la armonía y la estabilidad general. Para atemperar los efectos de la prisión preventiva, y paliar los daños materiales, espirituales y de cualquier índole que se ocasionen con motivo de su empleo, se aplica la libertad provisional bajo caución.

El estudio de la libertad bajo caución exige la previa mención de la prisión preventiva, por cuanto que la primera es tan solo una garantía que se otorga para substituir a la segunda.

Antes que nada es necesario precisar algunas significaciones conceptuales terminológicas, de la noción que de la prisión preventiva se ha tenido y se tiene. Históricamente esta ha sido definida de diversas maneras y variado el criterio según el sistema penal que se trate. (inquisitorial, acusativo o mixto).

Así tenemos históricamente que: El sistema acusato-

rio no aceptaba la prisión preventiva sino hasta dictada la sentencia. Por su parte en el sistema inquisitivo se hacia un estudio del inculpada y por esto era necesario su captura y encarcelamiento como forma coercitiva de conocer la verdad.

" En cuanto a la doctrina, las innumerables de definiciones propuestas han dado lugar incluso, a su clasificación en diversos grupos, según sea que las mismas sigan o se aparten de alguna corriente doctrinaria o se ajusten o no la definición propuesta por algun autor en particular. Juzgamos innecesario por lo largo y reiterativo, proceder no ya a examinar a fondo, sino simplemente a citar toda la extensa gama de definiciones de la detención preventiva. Unicamente quisiéramos hacer hincapie en que, por un lado, la gran mayoría de tales definiciones -- sólo son parcialmente explicativas de los que es y en lo que consiste esta medida "... " Para Francesco Carrara, se llama detención preventiva al encarcelamiento de una persona por la sola sospecha de su culpabilidad antes que haya sido condenado. Para Miguel Fehech: la define como un acto preventivo -- que produce en limitación de las libertad personal en virtud de una decisión judicial que tiene por -- objeto el internamiento de ---- una persona en un -

establecimiento creado al efecto, a fin de garantizar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena. Para Francisco Soto Nieto, la prisión provisional es una medida preventiva de asegurar la presencia del delincuente durante el proceso y para que, en última instancia, no pueda sustraerse a la ejecución de la sentencia dictada ". (51)

Por otro lado, todas aquellas admiten como indispensable para lograr los fines del proceso la presencia del inculcado ante el órgano jurisdiccional, presencia que, se considera, solo es factible asegurar mediante la prisión preventiva.

Por su parte el Derecho Comparado en la legislación contemporánea, vinculan la prisión preventiva al procedimiento penal; y muy pocas reglamentaciones se apartan de esta idea y quienes así lo hacen, es por razones dogmáticas, que no importa estudiar; pues sea como sea, la prisión preventiva significa el encarcelamiento de una persona mientras se estudia la acción penal emprendida en su contra. Generalmente salvo los casos flagrante delito y en ciertos países tratándose de casos de verdade-

(51) Rodríguez y Rodríguez Jesús, La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en el Derecho Comparado, UNAM, México, 1981, Pags. 13 y 14

ra urgencia nacional; para la imposición de la prisión - preventiva se requiere órdenes o mandato judicial con -- las excepciones reservadas a los delitos graves.

Por lo anterior expuesto se puede concluir dice Rodríguez y Rodríguez que la prisión preventiva es: " La - medida preventiva de la libertad, impuesta excepcional-- mente al presunto responsable de un delito grave, en vir tud de un mandamiento judicial, antes del pronunciamiento de sentencia firme ". (52)

Como características esenciales de la prisión preven tiva en las legislaciones del mundo tenemos : " Primera, - se trata de una medida precautoria privativa de la liber tad personal; segundo, que debe imponerse solo de manera excepcional; tercero, en virtud de mandato judicial, y -- cuarto, hasta el momento que se pronuncia la sentencia de finitiva sobre el fondo " (53)

Es el caso que etimológicamente detención - " como - acción de detener" - significa - " el hecho de aprisiona- miento, y preventiva " - no como la idea de - " evitar an ticipadamente " - sino su concepción jurídica de - "aquel que debe responder de una acción formulada en su contra -

(52) Rodríguez y Rodríguez ob. cit. Pag. 14

(53) Rodríguez y Rodríguez, ob. cit. Pags. 14 - 15

no vemos el porqué diferenciar la detención de la aprehensión siendo sinónimo; ni porque diferenciar - " entre detención y detención preventiva " - (54) llaméle a esta última custodia, reclusión o prisión preventiva y - por último pretender todavía adivinarla.

" Tal es el caso, por ejemplo, de México, donde, -- con base en el artículo 16 de la constitución, se considera que ; la detención se presenta en tres hipótesis diferenciales - a).- detención por cualquier individuo, en caso de delitoflagrante; b).- detención por autoridad administrativa, justificada por la urgencia, y c).- detención por parte de la autoridad jurisdiccional (orden de aprehensión) - y se agrega: - en todo caso la detención en sentido estricto, concluye al dictarse el auto de formal prisión : Sin embargo, al mismo tiempo se reconoce - que: - la preventiva , no es otra cosa que prolongación y acentuamiento de la detención - " (55).

Concluyendo el autor menciona, que el artículo 16 - constitucional, utiliza los conceptos de aprehensión y - detención indistintamente, como sinónimo: " No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención "; y con firma su idea al mencionar la fracción XVIII del artícu-

(54) (55) Rodríguez y Rodríguez ob.cit. Pag. 15.

lo 107 de la carta magna.

" También será consignado a la autoridad o gente de ella al que, realizada una aprehensión, no pusiere al de tenido a disposición de un juez, dentro de las veinticu tro horas siguientes. Si la detención se verificare fuera del lugar en que reside el juez, al término mencionado se agregará el suficiente para recorrer la distancia- que hubiera entre dicho lugar y en el que se efectuó la- detención " .

Por otra parte, existe el criterio que considera -- que la prisión preventiva comprende solo dos periodos:-- Primero, el que se comienza a correr desde el momento en que el sujeto queda a disposición de la autoridad judicial, hasta el auto del término constitucional y segundo, el que comienza a partir del auto que señala el artículo 19 constitucional hasta la sentencia ejecutoriada.

" En nuestra opinión, la detención preventiva- se inicia a partir del momento en que una persona - es aprehendida en cualquiera de las tres hipótesis- contempladas por el artículo 16 de la constitución. En apoyo de lo anterior, basta hacer notar que la - constitución, en su artículo 20 fracción X, in fine, ordena categóricamente que: " En toda pena de pri- sión que imponga una sentencia, se computará el ti-

empo de la detención ", y, por un lado, ya hemos -- visto que la constitución emplea detención como sinónimo de aprehensión y, por el otro, se admite que tal prescripción debe interpretarse en sentido amplio, o sea, que en tal computación debe quedar comprendido el tiempo transcurrido en detención, stricto sensu, y en prisión preventiva .(56)

La división resulta innecesaria dada la intención constitucional, pues en tal caso la prisión preventiva tendría tres períodos a: Primero que empezaría con la detención del sujeto en cualquiera de las tres hipótesis que señala el artículo 16 constitucional hasta ser puesta a disposición de autoridad judicial, y las otras -- dos ya señaladas.

" En fin, del hecho mismo de que la constitución, en su artículo 19, primer párrafo, dispone -- que: " ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto de -- formal prisión... " , aparece claro también lo siguiente: primero, que en este caso concreto se está dado al término detención la dimensión y la significación misma de la detención preventiva, ya que -- para una detención que excede de tres días, según --

reza la constitución , pueda justificarse " es decir, conformarse o convalidarse y, por ende, no concluir , sino mantenerse o prolongarse, se requiere la existencia del citado de formal prisión, y, segundo, que en tal virtud resulta erróneo diferenciar detención de prisión preventiva ya que, designese como se quiere a la detención posterior a tal auto, el hecho es de que de todas formas dicha medida significa, antes y después del auto, una sola y misma cosa, o sea la privación de libertad del presunto responsable " (57)

Ahora bien, al igual que la noción de detención preventiva, la reglamentación sobre esta medida ha variado y evolucionado según la época y el país de que se trate, así como conforme a las preocupaciones o tendencias imperantes en el momento de la elaboración de las disposiciones pertinentes.

(57) Rodríguez y Rodríguez, ob. cit. Pag. 17 y 18

COMENTARIO PERSONAL

Corresponde ahora analizar la fracción I del artículo 20 constitucional tendiente a demostrar los requisitos únicos que exige éste numeral; éste armoniza el interés que la sociedad tiene de no privar injustamente de la libertad personal a los individuos, pero también de no dejar sin sanción una conducta punible.

La sociedad exige garantías, cualquier gobernado sujeto de derechos y obligaciones las reclama es por eso - que crean estas disposiciones jurídicas y lo que se reclama es de no privar de la libertad a una persona acusada y al mismo tiempo asegurar que quede sujeta a la acción de los tribunales; en pocas palabras gozar de la libertad, cuando se ha sufrido la detención preventiva por haber sido objeto de imputación de un hecho delictivo - mediante el otorgamiento de una garantía económica.

Fianza y Caucción son dos cuestiones jurídicas distintas que pocas pueden establecer la diferencia la fianza es una especie de la caución, la caución es la garantía es sí, hay tres formas de otorgar caución: a) depósito en efectivo, b) garantía hipotecaria y c) Fianza.

Podemos gozar de la libertad bajo fianza, pero podemos gozar de un bello proceso y estoy de acuerdo en lo manifestado por el profesor. González Bustamante al afirmar que la libertad caucional es la libertad que con el carácter de temporal se concede a un detenido por el tiempo que dura la tramitación del proceso previa satisfacción de determinadas condiciones estatuidas en la ley.

CAPITULO V

EL INCIDENTE DE LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAU--
CION EN EL ARTICULO 324 DEL CODIGO DE PROCEDI--
MIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE VERACRUZ.5.1.- COMETARIOS DE ANTICONSTITUCIONALIDAD A LA CLASIFI--
CACION DE INCIDENTE PARA OBTENER LA LIBERTAD BAJO--
CAUCION.

El vocablo incidente proviene del latín incido, incidens, que significa acontecer, interrumpir, suspender, esto es, lo que sobreviene accesoriamente en algún asunto o negocio fuera de lo principal.

En general los incidentes no son producto o materia exclusiva del Derecho Procesal. En los campos de la química, física, medicina y aún respecto de los actos de menor envergadura, como son los cotidianos, con frecuencia surgen obstáculos, situaciones o incidentes previstos o no, de que de aparecer y no obstante la conexión directa o indirecta que pudieren observar con el objeto primordial, cortan, enervan, suspenden o, bien, impiden la tramitación programada según la actuación o actividad de que trate: para continuar ésta se requiere de un arreglo sobre la marcha y por separado del obstáculo e incidente, que permita proseguir y, en su caso, concluir lo proyectado.

De la misma manera, en el proceso judicial surgen - durante su tramitación, una serie de situaciones, relacionadas directa o indirectamente con su objeto y que requieren de una solución, sea para estar en posibilidad de continuar el proceso o bien para servir de complemento - al examen y comprensión de la relación jurídico - procesal debatida, con la finalidad de facilitar un mejor enjuiciamiento, aspectos éstos que la doctrina procesal -- conoce con el nombre de incidentes.

Procesalmente, pues, el incidente denota aún mismo tiempo, el obstáculo o cuestión (accesoria) que se presente en un proceso, y el cúmulo de actos procesales y - a un procedimiento que se deban seguir para sus soluciones. Los incidentes se dan en el proceso porque éste está expuesto, como toda actividad humana, a que en su desarrollo irrumpen vicisitudes o sucesos conectados con el litigio o derivados de la tramitación del mismo proceso, que requieren, por lo tanto, de una decisión interlocutoria.

Las diversas materias que animan y motivan a los -- incidentes son de naturaleza muy variadas y difíciles de determinar, en grado tal que la mayoría de los códigos - adjetivos contemplan incidentes no determinados por ignorarse las sustancias que los justifiquen

Sin embargo, de la experiencia procesal podemos es-

tablecer que los incidentes algunas veces se refieren a las partes, como por ejemplo, la falta de personalidad otras a los órganos judiciales, como por ejemplo la incompetencia, los hay también en relación al proceso como la litispendencia, la conexidad, la acumulación o separación de procesos, sin faltar los que tienen como fundamento el propio trámite procesal, como es el caso de las nulidades.

Finalmente, para concluir esta introducción orientadora sobre el concepto de incidente en general, respecto a su tramitación, ninguna duda cabe que por lo común -- constituye en sí mismo un procedimiento judicial rápido o sumario que por su desarrollo se asemeja al proceso, -- pero que no constituye proceso. Ciertamente, en el despacho del incidente es común que exista contradictorio procesal entre partes, por lo que hay litis, capítulos -- de prueba, audiencias para su desahogo y, aún, juicio -- del juez que lo resuelva mediante fallos interlocutorios pero todo ello no se identifica con el proceso, por la -- teleología de éste, que es resolver el litigio mediante sentencia definitiva que adquiera la calidad de cosa -- juzgada cuestión ésta de fondo de la que carece de incidente.

Ya en lo específico del artículo 324 del Código de Procedimientos Penales que comentamos vemos que alude al incidente de libertad provisional bajo caución.

La materia que anima a éste incidente, no es, de manera aislada propiamente la libertad provisional bajo caución del inculcado sino el derecho a obtenerla de parte de éste cuando se cumplan los requisitos de ley.

Este derecho, sin embargo, corresponde a su vez a la - garantía individual que contempla la fracción I del artículo 20 Constitucional y prever ésta menores requisitos para la obtención de la libertad provisional, es decir, no por medio de incidente como lo señala el artículo 324 del Código de Procedimientos Penales de nuestro Estado que comentamos, sino de plano, con ello queda sin aplicación el referido incidente de libertad provisional bajo caución como forma para obtener ésta.

Significa que de hecho y de derecho, el referido incidente jamás se aplica en la práctica. Esto es, en el plano de la facticidad procedimental, al momento de solicitar el inculcado su libertad provisional, el juez penal no da vista con esa solicitud al Ministerio Público para ver que aduce éste, con lo cual se formaría el necesario contradictorio incidental, sino que, de plano, la concede o niega, sin formar incidente y sin dar vista el representante social, - como lo establece la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política del País. El artículo 325 del Código de Procedimientos Penales de nuestro Estado reitera lo señalado en los comentarios que anteceden en el sentido de que la tramitación de tal derecho se hace por vía de incidentes, --

como antijurídicamente lo señala el capítulo I de la sección primera del título decimo primero del Código de Procedimientos Penales Veracruzano.

Más aún, el incidente que nos ocupa es anticonstitucional, pues la precisada fracción I del artículo 20 Constitucional señala, expresamente, que el inculcado " Será puesto en libertad provisional bajo caución " inmediatamente que lo solicite, es decir, sin incidente y sin que medie, entre la solicitud y la resolución favorable del Juez que le recaiga, ningún otro acto procesal como lo sería el dar vista al Ministerio Público con la referida solicitud.

Por tales motivos debo derogarse el Código de Procedimientos Penales en comento, éste incidente y establecer en su lugar un capítulo -- NO INCIDENTAL -- que reglamente el otorgamiento de éste derecho fundamental y que señale, además los requisitos de forma a que se sujete su tramitación.

5.2.- CONCEPTO DE INCIDENTE DE LIBERACION CAUCIONAL.

Se entiende como incidente de libertad: " A la libertad que con carácter temporal se concede a un detenido por el tiempo que dure la tramitación del proceso, previa la --satisfacción de determinadas condiciones estatuidas por la Ley " (58).

" La libertad bajo caución, es el Derecho otorgado -- por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a todo sujeto objeto de un procedimiento, para que, --previa satisfacción de ciertos requisitos especificados por la Ley, puede obtener el goce de su libertad, siempre y ---cuando el término medio aritmético de la pena no exceda de cinco años de prisión " (59).

La sociedad, como organización humana sujeta normas - de conducta; no puede permitir que se dañen sus bienes jurí-
dicos y por esta razón persigue a través de sus órganos a -
quienes cometen delitos en contra de la sociedad; pero como
no basta el señalamiento del órgano social persecutorio, -
para tener por hecho juzgado de que el sujeto sea un delin-
cuente; sino que el acusado es solo un

(58) González Bustamante Juan José, Principios del -
Derecho Porcesal Mexicano, Pag. 298, Editorial Porrúa.

(59) Colin Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de ---
Procedimientos Penales, pag. 543, Editorial Porrúa.

presunto responsable y dicha presunción puede ser a favor o en contra. La presunción por lo tanto, solo califica al -- sujeto provisionalmente; quien tiene el derecho a defenderse de la imputación que le hace el órgano persecutorio. La sociedad consagra en su Constitución, las garantías individuales que le permiten al ciudadano una protección contra los órganos o instituciones sociales; que por sus características, son fuertes ante el individuo seria por lo tanto -- penoso, que un procedimientos penal sujetará a un inocente a la privación de la libertad por cierto tiempo al cabo del cual en el juicio se dictaminára su inocencia.

Luego entonces, al interés del individuo es objeto de tutela jurídica a nivel de garantía individual y se establece en su favor en la Constitución Política de los Estados- Unidos Mexicanos.

Los delitos que no son sumamente peligrosos para la -- sociedad, aquellos cuyo término medio aritmético tienen una pena que no es superior a cinco años de prisión, le permiten al ciudadano su libertad provisional bajo caución, pero lo sujeta a un proceso penal; (artículo 20 Fracción I de la Constitución). Esta garantía permite el equilibrio de la lucha de intereses por un lado el de la sociedad y por otro el del ciudadano individual.

De nuestro estudio se desprende: Que el derecho a la libertad provisional bajo caución, puede solicitarse en cualquier tiempo por el inculpado, su defensor o legítimo representante. Igualmente puede solicitarse en la vía de amparo indirecto ante los tribunales federales aún en los casos en que el inculpado que estuviere disfrutando el beneficio cometiere nuevo delito. La negativa al derecho no causa estado y puede solicitarse de nuevo, así lo señala el artículo 326 del Código Procesal Penal de Veracruz. Dispuesto en los artículos 23,24,70 y 71 del Código Penal, nuestros tribunales resuelven habitualmente, en caso de concurso, procede la libertad bajo caución si lo permite la pena media aritmética aplicable al delito más gravemente sancionado, de aquellos que se imputan al acusado.

5.3.- ANTICONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 324 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE VERACRUZ

El procedimiento penal federal, consagraba la teoría de la peligrosidad del inculpado hasta antes de la reforma de 1983 que sufrió el artículo 399 que disponía que sin tener en cuenta el término medio aritmético : " Los tribunales podrán negar la concesión de la libertad caucional, cuando el máximo de la pena exeda de cinco años de prisión, teniendo en cuenta la TEMIBILIDAD del inculpado, las circunstancias especiales que concurren en el caso, la importancia del daño causado, y, en general, las consecuencias que el delito haya producido o pueda producir. Tratándose del delito peculado, podrá concederse la libertad caucional teniendo en cuenta las circunstancias, cuando el valor de lo dispuesto no exeda de mil pesos " .

Esta norma del Código Federal Procesal era contraria a la letra expresa de la fracción I del artículo 20 Constitucional, en cuanto pretendía imponer a la libertad bajo caución LIMITES NO PREVISTOS POR LA NORMA CONSTITUCIONAL.

Por Decreto publicado en el Diario Oficial el 23 de Diciembre de 1983 se reformó el artículo 399 del ordenamiento procesal federal al que venimos refiriendonos para eliminar de su texto las inconstitucionales limitaciones que pretendía imponer a la libertad caucional que vienen siendo las mismas que establece nuestro Código de Procedimientos Penales en comento en su artículo 324.

La teoría de la peligrosidad ha cobrado gran importancia sobre todo en el campo doctrinario, pues ha venido a ser considerada como criterio único para fundar la sanción DE FONDO, " no hay sanción sin peligrosidad del agente " -- pero no así para fundar el derecho a la libertad provisional bajo caución de un procesado. Considerada por Garófalo como la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo; este criterio ha dado origen a la teoría de la peligrosidad criminal, en la que la pena tiene su razón de ser y dado que la sanción se aplica en función de nuevos delitos que el sujeto pueda llegar a cometer; de manera que tanto la forma, la dimensión y la necesidad de la misma, están condicionadas por un delito futuro.

El delito pasado viene a dar a la pena la razón de aplicarse, pero no causa. Al considerar a la peligrosidad criminal como una probabilidad de que un sujeto cometa un delito y apartir de esta idea, el principio de la peligrosidad va adquiriendo la pretensión de constituirse en razón única de la sanción. En consecuencia, a ese criterio se suele recurrir un poco precipitadamente, para resolver los más complejos problemas de la técnica penal y de la docmática en particular.

Al pretender generalizar este principio no solo a la resolución de fondo de un asunto, sino también en el proceso, al negar la libertad provisional bajo caución (mejor dicho, al dejar el arbitrio del juzgador la negativa del otorgamiento basada en el principio de peligrosidad) se aplica un principio contrario a la forma legislada por el constituyente permanente y en nombre de un error legislativo reduce la garantía individual en estudio a un plano de inseguridad jurídica.

No existe procedimiento alguno que permita pronosticar la delincuencia posible de un sujeto determinado.

Para suplir la imposibilidad de determinar la peligrosidad de un sujeto, Ferri enunció su teoría que hemos llamado de la peligrosidad necesaria de los delincuentes, la cual consiste en afirmar que todo sujeto que ha delinquido es peligroso, de manera que la peligrosidad juega allí como una presunción juris et de jure, notoriamente injusta, toda vez que es evidentemente falsa en la gran mayoría de los casos, pues sólo un reducido tanto por ciento de delincuentes primarios comete un segundo delito. Únicamente una comprensión muy superficial de las cuestiones jurídicas y políticas que la represión plantea puede llevar a la aceptación de la peligrosidad como fundamento y límite de toda sanción criminal.

La legislación penal veracruzana establece en Título IV- APLICACION DE SANCIONES, CAPITULO I y precisamente en su artículo 65 que "Los jueces al pronunciar LA SENTENCIA que corresponda, fijarán las sanciones que estimen justas, dentro de -- los límites establecidos por este Código, apreciando conforme a su prudente arbitrio, los antecedentes y condiciones personales del responsable, SU PELIGROSIDAD, los móviles del delito, los daños materiales y morales causados, el peligro corrido, las circunstancias que concurrieron en el hecho y las condiciones personales del ofendido.

Del anterior artículo se infiere -- y muy sencillo para que sea controvertido -- que la peligrosidad se deberá tomar en consideración al momento de pronunciar la sentencia pero -- no como fundamento para denegar su concesión porque esto es -- contrario al texto constitucional en su artículo 20 fracción I pues en ninguna parte se aprecia que el juzgador pueda negar la libertad provisional bajo caución, argumentando o fundando la negativa en que el inculpaado es peligroso.

Insistiendo en este criterio se condujo a la derogación del principio peligrosidad del artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales. Al respecto Fernando Arilla Bas comenta:

" Pensamos que la facultad que el concepto legal transcrito concede a los tribunales para negar la libertad caucional, cuando el máximo de la pena exceda de cinco años de prisión resulta francamente anticonstitucional, puesto que establece una limitación a la garantía constitucional que, por no estar establecida en la propia constitución, es inoperante. En todo caso, y sin que valga excepción alguna, en aquellos casos en que el término medio aritmético de la pena no exceda de cinco años, aunque pueda excederse el máximo se debe conceder la libertad caucional, por peligroso que sea el solicitante" (60)

El actual texto del artículo 399 consagra que: "Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo -- acución, cuando el término medio aritmético de la pena -- privativa de libertad que corresponda al delito imputado no exceda de cinco años de prisión. El tribunal atenderá para este afecto a las modalidades y calificativas del delito cometido. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor".

Se aprecia aquí el cambio de la limitativa anticonstitucional que significa Arilla Bas y también la desaparición del concepto subjetivo peligrosidad del inculpado, lo que viene a ser congruente tanto con el artículo 20 fracción I como con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sin embargo nuestro Código Penal Veracruzano, consagra aún el principio de peligrosidad como punto neurálgico para que el juzgador pueda a su arbitrio denegar la concesión de la libertad caucional y al efecto, el artículo 324 establece: "Todo acusado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, cuando el término medio aritmético de la sanción que corresponda al delito imputado no exceda de cinco años de prisión. SIN EMBARGO LOS TRIBUNALES PODRAN NEGAR LA CONCESION DE DICHA LIBERTAD, TENIENDO EN CUENTA LA PELIGROSIDAD DEL INCULPADO, las circunstancias especiales que concurran en el caso, la importancia del daño causado y, en general, las consecuencias que el delito haya producido o pueda producir". Este artículo es definitivamente anticonstitucional, pues impone no sólo una limitativa (peligrosidad) sino varias que no están contenidas en el texto supremo que es la Constitución y, luego entonces, por ser contrarias a lo estipulado en ella carecen de validez, al tenor de lo establecido en el artículo 133 constitucional.

COMENTARIO PERSONAL:

Desde un punto de vista objetivo hemos dejado asentado que los delitos peligrosos o mejor dicho, que representan para la sociedad mayor peligrosidad a través de los agentes, no dan al inculpado el beneficio de la libertad provisional bajo caución pues el término medio de la penalidad con que se les sanciona supera los cinco años. Por que entonces la legislación penal de Veracruz recurre al princi-

pio subjetivo de la peligrosidad para negar tal garantía si es el propio delito el que subsume la referida peligrosidad al sancionarlo con una penalidad que su término medio aritmético no alcanza tal beneficio.

Todo autor de una infracción penal es, por lo que ha - hecho o intentado hacer, un sujeto peligroso para la tranquilidad social; la apreciación de sus condiciones personales podrá revelarlo como más o menos peligroso, pero su pe ligrosidad se ha manifestado ya de modo evidente con el delito realizado o intentado. Por ello es que la negativa en la concesión de la libertad bajo caución no puede fundamentarse sobre la base de la peligrosidad subjetiva del delincuente, pues tal fundamentación condicionaría al abandono del principio de la legalidad de los delitos y las penas, a la abolición de los códigos y leyes penales y a la desaparición del mismo derecho penal, ya que entonces los tribunales en vez de juzgar delitos habrían de apreciar solamente conductas, estados personales, vidas humanas, quedando su estimación por completo al arbitrio de los juzgadores, siendo inútil toda norma legal.

La peligrosidad del delincuente sólo puede y debe ser apreciada como elemento para la determinación de la pena pero nunca -- ya que no lo permite la Constitución -- querer fundar con ella el impedimento para obtener la libertad provisional bajo caución.

Con las anteriores consideraciones sostengo la anti-constitucionalidad que representa el principio de peligrosi dad en que se apoya el legislador ordinario para dejar al arbitrio del juzgador de nuestro estado de Veracruz el dene gar la libertad provisional bajo caución apoyado en el prin cipio de peligrosidad pues no esta comprendido en lo establecido en la fracción I del artículo 20 constitucional. --

Ahora bien, las circunstancias especiales que concurran al caso se subsumen en las modalidades que establece la propia garantía constitucional en estudio y, en lo que respecta a la importancia del daño causado que el delito haya producido o pueda producir, éstos últimos serán determinantes para que el juzgador CUANTIFIQUE EL MONTO DE LA CAUCION sin salirse de las limitantes que se establecen en los párrafos segundo, tercero y cuarto de la fracción I del artículo 20 constitucional, pero no para que deniegue el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución por esas circunstancias.

CONCLUSIONES

- 1.- La Constitución es la norma cúspide y superior de todo el orden jurídico, la norma que establece el procedimiento de creación de todas las demás normas, las cuales están subordinadas. Controla todo acto legislativo contrario a su esencia, es decir, todo acto legislativo contrario a la constitución no es ley y por lo tanto debe considerarse inexistente.
- 2.- Los tribunales tomarán en cuenta a la constitución como ley suprema de toda la Unión (artículo 133) y se sujetarán a ella, a pesar de disposiciones en contra establecidas en otras leyes.
- 3.- Si un tribunal aplica un acto a la constitución se quiebra el fundamento de las constituciones escritas, por lo tanto, deberán rechazar las normas evidentemente anti-constitucionales.
- 4.- La cúspide de la pirámide jurídica en el orden jerárquico normativo mexicano corresponde a la constitución.
- 5.- La Constitución General de la República establece en su capítulo de garantías individuales las normas a que deben sujetarse las autoridades para conceder el beneficio de la libertad provisional bajo caución, a saber son: Que el término medio aritmético de la pena del delito que se impute al acusado no exceda de cinco años de prisión, tomando en cuenta sus circunstancias personales, la gravedad del delito, así como las modalidades.
- 6.- Es anticonstitucional la clasificación de incidente que se hace en el Código de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz para obtener el beneficio de la libertad provisional bajo caución, pues para su trámite no debe instaurarse incidente alguno.

7.- Como conclusión definitiva a mi posición, sostengo que es anticonstitucional el artículo 324 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz al establecer que el tribunal podrá negar el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución argumentando o fundando la negativa en la peligrosidad del inculcado, pues con esta medida se introduce en el artículo en comentario limitantes para su otorgamiento que no están contenidas en la Constitución Política de los Estados - Unidos Mexicanos; Sosteniendo, por tanto, la necesidad de su derogación para hacerlo congruente al principio de supremacía constitucional y a lo establecido en la fracción I del artículo 20 constitucional.

8.- La peligrosidad del delincuente sólo debe ser considerado como elemento para la determinación de la pena pero en ningún momento ya que no lo permite la carta magna querer argumentar con ella que se impida obtener la Libertad Provisional bajo caución.

9.- Que la peligrosidad, las circunstancias especiales que -- concurren en el caso se tomen en cuenta pero única y en la -- sentencia de fondo.

10.- Sostengo que con base en el 133 Constitucional se puede extraer lo que significa la Supremacía Constitucional y la -- jerarquía de las leyes, por tanto sostengo que sobre la Constitución nada ni nadie, es intocable y al caer inmerso en una violación Constitucional se crearía la anarquía jurídica.

B I B L I O G R A F I A .

- 1.- ARILLA BAS, Fernando. El procedimiento penal en México, Ed. Kratos MEX. 1984.
- 2.- BOSADA ESCALONA, Teodoro. La Libertad Provisional bajo Caucción, México 1968.
- 3.- BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales, Ed. Porrúa México, 1985.
- 4.- CAPPELLET, Mauro. El control judicial de la Constitu---
cionalidad de las Leyes en el Derecho Compa
rado UNAM.
- 5.- CAPIZO, Jorge. Estudios Constitucionales Universidad Na
cional de México, 1980.
- 6.- CLIFORD GRANT, James Allan. El control Jurisdiccional -
de las Leyes UNAM, 1963.
- 7.- COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedi-
mientos Penales, Ed. Porrúa MEX. 1981.
- 8.- FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo, México 1978 Ed.-
Porrúa.
- 9.- FIX ZAMUDIO, Héctor. La defensa de la Constitución, Re-
vista Facultad de Derecho universidad de Si
naloa.
- 10.- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios del Derecho-
Procesal Mexicano, Ed. Porrúa MEX. 1981.
- 11.- KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho Revista Facultad-
de Derecho UNAM, 1979.
- 12.- KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado,-
Textos Universitarios UNAM.
- 13.- LA REFORMA JURIDICA DE 1984. Procuraduría General de la
República, Miguel de la Madrid y Sergio Gar
cía Ramírez y otros.
- 14.- GARCIA MAYNES, Eduardo. Introducción al Estudio del De-
recho, Ed. Porrúa UNAM, México 1968.
- 15.- MEXICO a través de sus Constituciones, Varios UNAM, ---
1971.

- 16.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús, La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en el Derecho Comparado, UNAM, México 1981.
- 17.- TENA RAMIREZ, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano, 1981, Ed. Porrúa.
- 18.- ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantía y Proceso Penal, Ed. -- Porrúa, México 1984.

ORDENAMIENTOS JURIDICOS CONSULTADOS

- 1.- CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES para el Estado Libre y Soberano de Veracruz.
- 2.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Ed. Porrúa 1985.
- 3.- CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Ed. Porrúa -- 1987.
- 4.- CONSTITUTICON POLITICA de los Estados Unidos Mexicanos.