

199
203



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

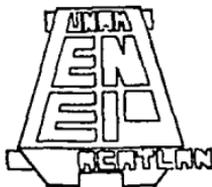
"ESTUDIO CRITICO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION A LA LUZ DE LAS REFORMAS AL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y AL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES"



T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADA EN DERECHO PRESENTA:
DIANA ERNESTINA MORENO ORTEGA

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



ACATLAN, ESTADO DE MEXICO.

1994



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.

"Libre no es aquél que hace lo que quiere, sino que hace lo que debe"

"Todo hombre tiene libertad de hacer lo que quiera, siempre y cuando no infrinja la libertad de otro hombre"

Herbert Spencer.

"La libertad natural y total del hombre, sólo existe en su equilibrio"

Alberto Cortez.

"No hay en la tierra, conforme a mi parecer, contento que -- iguale a alcanzar la libertad perdida."

Miguel de Cervantes S.

Antes de escribir las dedicatorias del presente trabajo, DOY GRACIAS A DIOS por la vida y porque siempre he estado rodeada de bellas personas, que me han apoyado y han creído en mí.

A MI MADRE.- Sra. Ernestina Ortega P.

Con un profundo agradecimiento, porque se que este paso en mi vida significa también un logro para ella, pues es la conclusión a todo el amor esfuerzo y dedicación que ha puesto en mí; además por los valores inculcados, por ser un ejemplo a seguir y por su bella amistad.

A MI PADRE.- Sr. Joel Moreno Ch.

Porque se que el culminar mis estudios también es parte de su realización y le agradezco el amor que siempre me ha brindado y en especial que me haya inculcado lo bello que es esta Profesión.

Al LIC. JESUS ESTEVEZ CRUZ.

Porque como Profesionista me ha enseñado conceptos como: Responsabilidad y persistencia; - como persona, me ha enseñado a tener sueños y luchar hasta alcanzarlos; y como MI ESPOSO me ha enseñado a ser mujer.

Gracias por t  amor y "especial" motivación.

TE AMO.

TERESITA :

Gracias HERMANA por brindarme siempre t  amistad y cariño; y porque he contado contigo en toda mi vida. Gracias por tu apoyo.

PATY:

Gracias HERMANA porque t  carácter y ejemplo -- ha influido positivamente en mi vida y porque -- siempre has cuidado de mi. Gracias por ayudarme en todos los aspectos.

AL PODER JUDICIAL FEDERAL:

Porque creo firmemente en la impartición de -
Justicia y es la motivación en el ejercicio -
de mi carrera.

Especialmente a los MAGISTRADOS que conforman
el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal
del Primer Circuito:

LIC. MANUEL MORALES CRUZ

LIC. GUILLERMO VELASCO FELIX

LIC. CARLOS DE GORTARI JIMENEZ.

Porque cada resolución, me ha permitido cre--
cer en mi formación profesional.

Al C. JUEZ LIC. FERNANDO HERNANDEZ PIÑA

Por darme la oportunidad de ingresar a la --
carrera judicial y compartir sus conocimientos
en las aulas de la ENEP- Acatlán.

AL LIC. RODOLFO TORRES TREJO.

Por su amistad, porque siempre me tuvo con- -
fianza y me ha impulsado en todo momento.

AL LIC. SANTIAGO F. RODRIGUEZ H. y
LIC. MIRIAM S. SAUCEDO E.

Por compartir sus conocimientos jurídicos y -
motivarme en mis estudios.

AL LIC. ROSENDO NIETO MENDOZA.

Por su cariño y "enorme" amistad.

A MIS COMPAÑEROS DEL PODER JUDICIAL
FEDERAL.

Muy especialmente a: Lic. RICARDO HERNANDEZ T.
Lic. JOSE ANTONIO ACEVEDO, OLIVIA VEGA, MARIA-
DEL REFUGIO MURILLO, LETICIA CONTRERAS, GEORGI
NA ARELLANO, EDILIA, MAURA C. MA. DEL CARMEN G.
BEATRIZ F. y ANGELITA.

Porque siempre me han brindado su amistad y me
han impulsado para concluir mis estudios.

A la FAMILIA ESTEVEZ CRUZ.

Lic. SALOMON ESTEVEZ E. y Sra. MARIA LUISA CRUZ A. , así como sus hijos, porque también forman parte de mi familia y por todas sus muestras de cariño.

Al Lic. FEDERICO SANCHEZ R.

Gracias, porque siempre ha estado conmigo en los momentos en que he tomado mis decisiones más importantes, por su ayuda y -- consejos.

Al Lic. SALVADOR GARCIA TRUJILLO

Por su amistad y ayuda en la conclusión -- de mis estudios.

A LA ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.

Porque es mi orgullo pertenecer a tan bella
Institución, forjadora de grandes juristas.

A mis PROFESORES de la ENEP ACATLAN.

Porque con su dedicación y esfuerzo, hicieron de mi
una nueva Profesionista.

En especial al Lic. ANTONIO SOLANO SANCHEZ GA-
VITO, por dirigirme en el presente trabajo, Lic. - -
AARON HERNANDEZ LOPEZ, Lic. TOMAS GALLART Y VALENCIA,
Lic. RAMON PEREZ GARCIA y Lic. GUADALUPE CONTRERAS -
ALFARO., quienes tuvieron el cargo de Sinodales, - -
brindándome la oportunidad de conocerlos y aprender
de ellos.

A MIS COMPAÑEROS DE LA ENEP_ACATLAN.

En especial a mis amigas: ELIZABETH DUCOING, ISABEL
ESTRADA, LUCIA PIÑA, SANDRA RODRIGUEZ y ALEJANDRA -
OLGUIN, porque a su lado fueron mucho más gratos --
los momentos de estudio.

Son muchas las personas a quienes debo agradecer, si
faltase alguna, por favor sépa que esta en mi corazón.

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

Considero que uno de los fines más importantes para el hombre, ha sido por siempre, vivir en LIBERTAD, término, -- concepto o idea, difícil de describir. Principio esencial del hombre y que se ve transtornado cuando éste transgrede el orden social y se convierte en sujeto de una sanción privativa -- de libertad, pero precisamente de aquí radica la creación de -- la figura de la LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION, obedeciendo al respeto del principio de inocencia, que sólo ha de ceder -- cuando se pronuncie una sentencia condenatoria.

El presente trabajo se interesa en estudiar las re-- formas a la LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION que inicialmente en 1991, se efectuaron en los Códigos de Procedimientos Pena-- les, tanto Federal como del Distrito Federal, teniendo como an -- tecedente que con anterioridad se contemplaba que procedía úni -- camente cuando no rebasaba en su término medio aritmético de -- cinco años el delito imputado, principio que establecía como -- garantía del procesado, el artículo 20 fracción I de la Consti -- tución Federal, lo que era confirmado en los artículos 399 del Código Procesal Penal Federal y en el 556 del local.

Pero como se indica, desde el primero de febrero de 1991, entraron en vigor las reformas a los artículos ya cita-- dos, transformando el ámbito procesal jurídico, en cuanto a --

esta materia se refiere, pues amplió la garantía Constitucio-
nal, concediendo la LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION a los su-
jetos que cometieren delitos, aunque éstos excedieren en su -
término medio aritmético de los cinco años, siempre y cuando -
cumplieran con ciertos requisitos y no fueran de los expresa-
mente excluidos de este beneficio.

Lo anterior tuvo muchas repercusiones, entre ellas -
el que existiera una contraposición con lo establecido en la -
Constitución Federal. De ahí, que los legisladores, el 3 de -
septiembre de 1993, entre otros cambios, hayan reformado el ci-
tado artículo 20 en su fracción I (aunque entrará en vigor al-
año de su publicación), adecuando su redacción a los cambios -
referidos de los Códigos Adjetivos, ampliando el derecho a la
LIBERTAD PROVISIONAL a cualquier delito, sin contemplar ningún
término medio aritmético y limitando únicamente a que no se -
trate de "delitos graves", que actualmente están expresados -
en los artículos 194 del Código Federal y 268 del local; y re-
quiriendo el pago de determinadas obligaciones, como es la re-
paración del daño.

La anterior reforma conllevó a la última reforma en-
esta materia que tuvieron los Códigos Adjetivos Penales, en-
trando en vigor el 10 de enero de 1994, con la que nuevamente-
se amplió el derecho a la LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION, -

aún ante el Ministerio Público en Averiguación Previa y como lo establece la Constitución cuando no se trate de delitos graves.

Todo lo anterior, considero que es un tema de mucha importancia, pues creo que la LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION es una figura relevante dentro del procedimiento penal, pues siempre se ha considerado injusto que un individuo, cuya responsabilidad delictuosa no se ha demostrado quede privado de su libertad. Existiendo el principio de que toda persona es inocente, hasta que se compruebe su culpabilidad, lo cual aunque la prisión preventiva sea sólo una medida cautelar, no dista en lo más mínimo de la prisión penitenciaria.

INDICE

PAG.

CAPITULO I.- LA LIBERTAD.

- A).- CONCEPTO DE LIBERTAD. 1
- B).- DEFINICION DEL DERECHO DE LIBERTAD. 8
- C).- LA LIBERTAD COMO GARANTIA INDIVIDUAL. 17

CAPITULO II.- LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION.

- A).- CONCEPTO. 30
- B).- DESARROLLO HISTORICO. 33
- C).- NATURALEZA JURIDICA. 54
- D).- EFECTOS. 55
- E).- SEMEJANZA CON ALGUNAS FIGURAS PROCESALES DE LA
MATERIA PENAL. 56

CAPITULO III.- LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION EN EL DERECHO COMPARADO.

- A).- ARGENTINA. 60
- B).- BRASIL. 62
- C).- CHILE. 63
- D).- ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA. 65
- E).- FRANCIA. 67
- F).- ITALIA. 67

CAPITULO IV.- ENFOQUE MODERNO DE LA LIBERTAD PROVI
SIONAL BAJO CAUCION EN EL CODIGO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DIS--
TRITO FEDERAL Y EN EL CODIGO FEDERAL
DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

A).- FUNDAMENTO LEGAL.	68
B).- PROCEDIMIENTO.	77
C).- ESTUDIO CRITICO.	84

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

CAPITULO I

LA LIBERTAD

A).- CONCEPTO DE LIBERTAD

La palabra Libertad tiene tantas acepciones, como variaciones tiene el pensamiento humano. Las personas cuando la bosquejan lo hacen en tal forma, que sucede como lo ha dicho - Jellinek "le pasa lo que a las monedas antiguas; pasan por tantas manos que el cuño se borra, y a la postre es difícil decir si están fuera de curso".

En las conversaciones diarias, nos damos cuenta que cada persona la utiliza de diferente manera, unos entienden por libertad la ausencia de trabas en relación con los movimientos posibles de una persona, un animal o un objeto. Del reo encerrado en su celda decimos que no es libre, y en el mismo sentido declaramos que han quedado libres los gases de una probeta, o el pájaro que se escapa de las rejas de su jaula. (1)

Las acepciones que acabamos de citar, son puramente mecánicas. Aluden a una simple posibilidad de movimiento, --

(1) García Maynez Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, México 1974, 3a. Edición. pág.215.

frente a la que no hay obstáculos capaces de destruirla o limitarla. El término se emplea igualmente para indicar la carencia de ocupación o la extinción de una pena, como cuando hablamos de la vida libre del vagabundo, o decimos que un semejante se ha liberado de un gran dolor, con la propia terminación de la vida.

Para empezar a estudiar la definición de libertad, - diremos de donde viene esta palabra, y así nos daremos cuenta - que del latín "libertas", en el que se considera que es el poder de obrar o no obrar, o de escoger. El deber supone la libertad. Ahora bien los sinónimos de esta palabra son: autonomía, derecho.

El Diccionario Enciclopédico Universal dice, libertad es: la ausencia de necesidad o carencia de determinación - en el obrar; estado o condición del que es libre, del que no - está sujeto a un poder extraño a una autoridad arbitraria o - no está constreñido por una obligación, deber, disciplina, -- etc. (2)

Encontramos definiciones de varias clases de libertad, como por ejemplo: la civil, cuyos derechos y privilegios de los ciudadanos protege una comunidad civilmente organizada; la política, que es la libertad de los que participan de la -

(2) Diccionario Enciclopédico Universal. Jaime Montsant. Tomo 5 Ediciones y Publicaciones Credsa. Barcelona España 1972. pág. 2350.

vida pública y fiscalizan a su Gobierno, etc.

El Diccionario Hispánico Universal plasma en sus líneas varias definiciones del concepto en referencia, y entre ellas dice: es la facultad que tiene el hombre o la colectividad, de obrar de una manera o de otra, y de no obrar; estado del que no está preso; falta de sujeción o subordinación; la facultad de hacer y decir cuando no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres; condición de las personas no obligadas por un Estado al cumplimiento de ciertos deberes, etc. (3)

Ahora bien, el maestro Burgoa nos define la libertad, en términos genéricos, como "la cualidad inseparable de la persona humana consistente en la potestad que tiene de concebir los fines y de escoger los medios respectivos que más le acomodan para el logro de su finalidad particular". (4)

Conviene, desde luego distinguir la libertad como -- atributo de la voluntad del hombre, de la libertad como derecho. Aquélla es generalmente concebida como poder, o facultad natural de autodeterminación. Podría definirse diciendo que es la actitud de obrar por sí, o sea, sin obedecer a ninguna fuerza o motivo determinante.

(3) Diccionario Hispánico Universal. Tomo I. Editores W.M. Jackson, Inc. México 1967. pág. 875.

(4) Burgos Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa. México 1977. 4a. Edición. pág. 324.

Necesario y lógico es que para estudiar el concepto "libertad" tenemos que hacer alusión, en breve -sin llegar a - hacer prolijo el tema-, de un ente sobre el cual es inseparable el concepto en referencia, ya que él es el objeto principal donde recae: o sea el ser humano.

El hombre, como persona física y jurídica -de acuerdo con la clasificación que se hace a las personas-, es todo- ente capaz de tener facultades y deberes. En ésta vamos a tratar como consecuencia obvia de nuestro tema, las facultades - de este ente, a reserva de esclarecer si la libertad es facultad que se le ha otorgado al hombre, o bien, es algo inherente a él mismo.

Toda persona humana, tiene una teología que perseguir, que es inherente a su ser. Dicha finalidad estriba, genéricamente hablando, en la obtención de su finalidad o bienestar, - que se traduce, en términos abstractos, en una situación subjetiva de satisfacerse permanentemente con abstracción del estado real en que se encuentre o de las circunstancias materiales que a la persona rodean. Pues bien, cada persona al realizar o pretender realizar su propia felicidad, se forja los fines u objetivos en que, según cada criterio individual, puede estribar su bienestar; forjación que generalmente es la consecuencia de un sinnúmero de factores de diversa índole que están presentes en cada individualidad. Al concebir la persona sus fines vitales,-

en cuya obtención hace radicar su especial y propia felicidad o bienestar, el individuo así mismo crea y escoge los medios que estima idóneos para conseguir tal objetivo.

Ahora bien, es en la elección de fines vitales y de medios para su realización como se ostenta relevantemente la libertad. Está traducida en esa potestad o facultad propia de la persona humana, de elegir fines y medios de alcanzarlos, presenta dos aspectos fundamentales, establecidos en razón del ámbito donde aquélla se despliega. En primer lugar, la escogitación de objetivos vitales y de conductos para su realización puede tener lugar inmanentemente, esto es, solo en el intelecto de la persona, sin trascendencia objetiva; es en este caso, que la potestad electiva no implica sino una libertad subjetiva o psicológica ajena al campo del Derecho. En segundo término, como el individuo no se conforma con concebir mentalmente los fines y medios respectivos para el logro de su bienestar vital, sino -- que procura darles objetividad, externándolos a la realidad, -- surge la libertad social, o sea, la potestad que tiene la persona de poner en práctica trascendentemente tanto los conductos -- como los fines que se ha forjado. Esta es la libertad que interesa fundamentalmente al Derecho.

La libertad social, traducida en la potestad del sujeto para realizar sus fines vitales mediante el juego de los medios idóneos por él seleccionados, y la cual determina su actua

ción objetiva, no es absoluta, esto es, no está exenta de restricciones o limitaciones, ya que estas tienen su razón de ser en la vida social misma. En efecto, la convivencia humana sería un caos si no existiera un principio de orden. (5)

Cabe hacer referencia que el derecho a la vida es el primer corolario o consecuencia de la dignidad de la persona e incluso, se ha dicho que la vida biológica del hombre no es un derecho sino que es un hecho. Es ambas cosas, pues el hecho de la vida biológica del hombre constituye a la vez la base de un derecho a la protección y defensa de ese hecho.

El segundo corolario de la dignidad de la persona es la Libertad Individual. La idea de la dignidad de la persona individual implica necesariamente el principio de la libertad. Si el hombre es un ser que tiene fines propios, si es un ser que constituye el fin en sí mismo, si es una criatura hija de Dios con la perspectiva de su autosalvación, y si esos fines pueden ser cumplidos tan sólo por propia decisión individual, resulta claro que la persona humana necesita una esfera de franquea, de libertad, dentro de la cual pueda operar por sí misma. Porque el hombre tiene fines propios que cumplir por su sola decisión, necesita el respeto y la garantía de su liber-

(5) Burgoa Ignacio. Op. Cit. pág. 325.

tad, necesita estar exento de la coacción de otros individuos y de la realización de tales finalidades, que le son privativamente propias. (6)

(6) Recasens Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa México 1970. 4a. Edición. - - Pág. 560.

B).- DEFINICION DEL DERECHO DE LIBERTAD

Antes de adentrarnos en tema, haremos una especie de reseña histórica en la cual veremos el pensamiento filosófico-jurídico de los Derechos de Libertad del hombre.

Si nos remontamos al Viejo Testamento podemos ver que nos dice: el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de -- Dios". Al mismo tiempo aparece la idea de la igualdad de todos los hombres, idea vigorizada en el Nuevo Testamento, donde obtiene su máximo en cuanto a dignidad.

El pensamiento de la Edad Media contribuyó a subrayar y conceder un máximo vigor a la idea cristiana de la dignidad de la persona individual, al recalcar con vigor superlativo que el hombre es el centro y el fin de toda cultura. Aquélla expresión Kantiana de que en este mundo todas las cosas tienen un -- precio excepto el hombre, quien no lo tiene, porque tiene digni- dad, es decir, porque constituye un fin en sí mismo.

El régimen jurídico-político de los pueblos que han - aceptado los principales éticos de la cultura occidental se basa en el reconocimiento de los llamados "derechos del hombre". Adviértase que esos pueblos no son, por desgracia, todos los - que habitan en el área geográfica llamada occidental, pues en-

este sector hay todavía Estados totalitarios y tiranías anti-humanistas.

Las revoluciones Inglesas, Norteamericana y Francesa fueron los factores hondamente civilizadores en los respectivos países en que se produjeron. Pero fueron, además las fuentes de inspiración de todos los movimientos constitucionalistas que llevaron a la implantación de la democracia liberal en muchos otros pueblos, en Europa, en Hispanoamérica y en otros continentes.

Esta doctrina de los "derechos naturales, inalienables imprescriptibles, superiores al Estado", fue objeto de múltiples y varias críticas en el ámbito académico en la segunda mitad del siglo XIX y en los primeros de los del XX, como fueron los positivistas, pues ellos rechazaban la concepción jusnaturalista, ya que negaban toda estimativa jurídica. Cabe hacer la aclaración, que se está hablando de "derechos" en un plano diferente del derecho positivo; se piensa en una exigencia ideal, la cual es formulada verbalmente diciendo "todos los hombres tienen el derecho", por ejemplo, a la libertad de conciencia.

En San Francisco California, en 1945 se elaboró y se aprobó la carta de las Naciones Unidas en la cual "los derechos del hombre" aparecen mencionados nada menos que siete veces.

Esta preocupación casi obsesiva de la Carta de las Naciones Unidas por la protección de los derechos y libertades fundamentales del hombre, revela la opinión de que la salvaguardia y efectividad de los derechos del hombre es asunto de suprema importancia y, que, por lo tanto, no debe ser confiado solamente a los Estados, sino que, además debe estar protegido por una jurisdicción superior, a saber: por una jurisdicción internacional, la de las Naciones Unidas.

En cumplimiento de lo establecido en la Carta se creó una Comisión de Derechos del Hombre, la cual, durante tres períodos de sesiones, formuló un proyecto de Declaración Universal de Derechos del Hombre, que fue aprobado y proclamado solemnemente por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948.

La Tesis de que la Declaración Universal viene a definir y precisar las disposiciones de la Carta de San Francisco en materia de derechos del hombre, y que, por tanto, es un texto de Derecho Internacional Positivo, obligatorio para los Estados, ha sido sostenida por varios países, entre los que figuran: Francia, Bélgica, Líbano, Australia, México, Chile y Panamá. (7)

En cuanto a la fundamentación filosófica-normativa de los derechos del individuo, destacando el de la libertad, transcribo lo siguiente:

(7) Recasens Siches. Op. Cit. pág. 554.

"El derecho es una simple posibilidad normativa o facultad de obrar en tal o cual sentido; el ejercicio es un hecho, la realización de aquéllo que la norma autoriza". (8)

Esta diferencia lleva a enfocar el tema sobre la esencia del derecho de libertad. En concreto, el aludido da una tradicional definición del derecho de libertad, como la facultad de hacer aquello que no está ordenado ni prohibido; la cual considera que es insuficiente, porque indica los límites de aquel derecho, pero no su esencia. Sigue diciendo, "el derecho de libertad o la libertad jurídica no es una facultad dotada de vida propia, sino un derecho de segundo grado, que consiste en la posibilidad (determinada de la norma) de una persona de optar a su arbitrio entre el ejercicio o no ejercicio de sus derechos subjetivos. Por tanto, no es una de las especies de facultades normativas, dentro de un género común.

La anterior teoría, alude Recasens Siches literalmente-, se aplicará a los derechos de este tipo cuya actualización depende de un acto de voluntad del sujeto titular; pero no se aplicará a los derechos subjetivos de cuya actualización y defensa se ocupe ex officio el orden jurídico, a través del Ministerio Público. (9)

(8) García Maynez. Op. Cit. pág. 219.

(9) Recasens Siches. Op. Cit. pág. 238.

Volviendo a García Maynez, haciendo un análisis de -- las relaciones entre deber jurídico y derecho subjetivo, podemos percatarnos, de que las facultades que no se fundan en un -- deber del titular constituyen sólo una especie dentro de un g^énero, y que, al lado de ellas, existe la categoría de las de -- ejercicio obligatorio. Como el derecho subjetivo es una facultad normativa de acción o de omisión, nada impide aceptar que su ejercicio sea en ciertos casos potestativo y obligatorio en ---- otros.

En cuanto al derecho dependiente, el del obligado se -- basa siempre en un deber. La relación entre éste y el derecho -- de cumplirlo es de los que los lógicos llaman de Fundamentación. Trátase de una relación unilateral de dependencia en que el deber jurídico es fundante del derecho al cumplimiento, y éste -- aparece fundado en aquél. El vínculo es unilateral, porque la -- existencia del derecho está condicionado por la del deber, más no a la inversa.

La facultad de que hablamos no requiere una consagración expresa, pues cada vez que la ley impone un deber a un sujeto, implícitamente lo autoriza a hacer lo que le manda. Poco importa que el legislador tenga o no conciencia de tal hecho, -- pues la facultad en cuestión existe siempre, como manifestación ineludible del deber jurídico. La regulación imperativo-atribu -- tiva no puede prohibir y ordenar a la vez, un mismo acto, de -- donde se sigue que el deber por ella impuesto condiciona la --

existencia del derecho al cumplimiento. La ejecución de lo jurídicamente obligatorio no puede ser ilícita o, lo que es --- igual, siempre se permite. A esto, y no a otra cosa, se reduce el aserto de que todo hombre tiene el derecho de cumplir sus --- propios deberes.

Declarar que un acto está permitido equivale a sostener que puede ejecutarse en ejercicio de un derecho. La relación entre el deber fundante y la facultad fundada no depende de la voluntad de los órganos legislativos, sino de conexiones esenciales de carácter formal entre deber y derecho. Sea cual fuere el contenido de las normas que integran cada sistema, --- sean buenas o fueran malas, los deberes establecidos por ellas son, en todo caso, por necesidad lógica esencial, fundante del derecho al cumplimiento. Así, es y no puede ser de otra suerte, porque la conexión entre el deber fundante y el derecho de cumplirlo tiene carácter apriorístico. (10)

El sector de lo jurídicamente positivo comprende todas las formas de conducta que el derecho no prohíbe ni ordena. La relación entre el orden jurídico y todas esas formas de comportamientos que el derecho no prohíbe ni manda es, de --- acuerdo con una expresión acuñada por Kelsen, puramente negativa. Erróneamente se piensa que los actos de esta clase no están jurídicamente regulados. Tales actos quedarían, de acuerdo

(10) García Maynez. Op. Cit. pág. 219.

con la misma doctrina, fuera del derecho, normativamente desligados de éste, en una zona neutra, desprovista de significación jurídica.

Kelsen sostiene que la posibilidad de ejecutar u omitir los actos que no están ordenados ni prohibidos es un simple "reflejo" del deber impuesto a todo el mundo de no impedir que se ejecuten (si el sujeto quiere ejecutarlos), y no exigir que se ejecuten (si no quieren ejecutarlos). De acuerdo con esta tesis no tengo el derecho de dar o no dar un paseo, porque el hacer o no hacer tal cosa sólo implica el disfrute de una situación creada por el cumplimiento de un deber jurídico impuesto a todos los demás. Ahora, surgen estas preguntas: ¿pero cómo de no existir tal derecho- podría justificarse la imposición del deber de respeto? ¿Si no estoy facultado para hacer lo que todos los demás tienen el deber de no impedir, por qué se obliga a éstos a no estorbar lo que no tengo el derecho de hacer?. A esto nos contesta Rafael Rojina Villegas en su Teoría Jurídica de la Conducta, "que lo único a que tenemos derecho, en relación con los actos cuya ejecución u omisión no se nos ordena ni prohíbe, es a exigir que los demás no interfieran en nuestra conducta si no hay una norma que expresamente autorice la interferencia". (11)

Según esto, tenemos el derecho de exigir que no se --

(11) Rojina Villegas Rafael. Teoría Jurídica de la Conducta - Editorial Botas. México 1947, la. Edición, pág. 65

nos impida pasear por un parque, pero no estamos facultados para dar el paseo pese a la circunstancia de que todos los demás están obligados a no estorbar esa manifestación de nuestra actividad libre. (12)

La clasificación tripartita de las formas de conducta jurídicamente reguladas (obligatorias, prohibitivas, potestativas), que sirve de base a la definición tradicional del derecho de libertad, demuestra que el sector de la actividad libre no se confunde con el de lo permitido, ya que, desde el punto de vista jurídico, no solo se autoriza la ejecución o la omisión de los actos potestativos, sino la ejecución de los ordenados y la omisión de los prohibidos. Lo permitido coincide, pues, con lo lícito, y lo prohibido con lo ilícito. Pero como la actividad lícita rebasa el ámbito de lo jurídicamente libre, esa actividad puede ser obligatoria o potestativa. La conducta lícita es obligatoria cuando se permite su ejecución y se prohíbe su omisión; potestativa, cuando no sólo se autoriza su ejecución, sino también su omisión. Pagar un impuesto, por ejemplo, es lícito y, a la vez, obligatorio, en cuanto se prohíbe no pagarlo. En cambio, el acto de beber un vaso de agua es lícito, más no obligatorio, porque su omisión está permitida.

(12) García Maynez. Op. Cit. pág. 221

Resumiendo al respecto, podemos decir que es lícita; a) la ejecución de los actos ordenados; b) la omisión de los prohibidos; c) la ejecución y la omisión de los que no están ordenados ni prohibidos. Es ilícita: a) la omisión de los actos ordenados; b) la ejecución de los prohibidos. (13)

Ahora bien, Hugo Rocco afirma que la libertad jurídica sólo puede definirse negativamente, a lo que García Maynez lo contradice, aludiendo que el derecho de libertad PUEDE Y DEBE ser definido en forma positiva, pues de lo contrario se indican sus límites, más no su esencia.

Libertad jurídica, en sentido positivo, es la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir un deber propio.

De la definición anterior se infiere que el derecho de libertad no es un derecho autónomo, sino dependiente o fundado. Más que una especie al lado de otras, dentro de la clasificación general de los subjetivos, es una forma categorial de manifestación de todos los que no se fundan en un deber jurídico.

(13) García Maynez. Op. Cit. pág. 221

La libertad, en sentido jurídico, es una facultad optandi, ya que consiste en el derecho concedido al titular de la facultad independiente, de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de ésta.

C).- LA LIBERTAD COMO GARANTIA INDIVIDUAL.

En capítulos anteriores dimos definiciones y conceptos de libertad, desde varios puntos de vista, sin referirnos al constitucional, y fue conciente, ya que resolvimos encuadrarlo en este apartado.

Veamos ahora lo que a este propósito han establecido las Naciones Extranjeras, al expedir sus respectivas Constituciones:

La Constitución Estadounidense, confunde la libertad individual con la inviolabilidad del domicilio; en nuestro concepto no se relaciona esto último sino con la seguridad o con el goce pacífico de las cosas. (14)

La Constitución del Imperio del Brasil estableció: -- "ningún ciudadano puede ser obligado a hacer o a dejar de hacer alguna cosa sino en virtud de la ley" . (15)

(14) Montiel y Duarte, Isidro. Estudio sobre Garantías Individuales. Editorial Porrúa. México 1972. 5a. edición p.107.

(15) Ibid. pág. 108.

La Constitución de la República de Venezuela dice: --
 "La Nación garantiza a los venezolanos la libertad personal, y
 por ella: 1o. Queda abolido el reclutamiento forzoso para el --
 servicio de las armas; 2o. Prescrita para siempre la esclavitud;
 3o. Libres los esclavos que pisen el territorio de Venezuela;
 y 4o. Todos con el derecho de hacer o ejecutar lo que no perju-
 dique a otro. (16)

En Europa, Francia en la primera declaración de los -
 derechos del hombre, dijo: "Los hombres nacen libres y permane-
 cen libres". (17)

La Constitución de Bélgica presenta con inexactitud
 la garantía de la libertad individual, pues le atribuye efec-
 tos que no son de la seguridad personal. (Artículo 7o.) (18)

La Constitución de Portugal dice: "A ningún ciudada-
 no se podrá obligar a hacer, ni se le impedirá ejecutar nada si
 no en virtud de la ley". (19)

Después de tratar las anteriores constituciones, ana-
 lizamos nuestro Derecho, y siguiendo los pasos de la historia -

(16) Ibid. Pág. 109

(17) Ibid. Pág. 110

(18) Ibid. Pág. 111

(19) Ibid. Pág. 112

vemos que los principales antecedentes constitucionales del Artículo 2o., son; siguiendo un orden cronológico en el Artículo 1o. del Bando de don Miguel Hidalgo en el que se declara abolida la esclavitud, fechado en la ciudad de Guadalajara el 6 de diciembre de 1810, decía: "Que todos los dueños de esclavos deberán darles la libertad dentro del término de diez días, so pena de muerte, la que se les aplicará por trasgresión de este artículo". (20)

Como un segundo antecedente, tenemos el Bando de José María Ansorena Caballero, Maestrante de la Real Ronda, que abolió la esclavitud, en 1810, y refiere: "En puntual cumplimiento de las sabias y piadosas disposiciones del Excmo. Capitán General de la Nación Americana, Dr. Miguel Hidalgo y Costilla de que debe ésa rendirle las más expresivas gracias por tan singulares beneficios, prevengo a todos los dueños de esclavos y esclavas, que luego, inmediatamente que llegue a su noticia esta plausible orden superior, los pongan en libertad". (21)

Un tercer antecedente es el del Bando de Bachiller, José María Morelos, cura y juez eclesiástico, Teniente del

(20) Derechos del Pueblo Mexicano. México: a través de sus Constituciones. Cámara de Dip. XLVI Legislatura del Congreso de la Unión. Tomo III Antecedentes y Evolución de los Arts. 1o. al 15 Constitución. Pág. 74.

(21) Ibid. Pág. 75

Excmo. Miguel Hidalgo, Capitán General de la América, que abolió la esclavitud, en 1810. "Por el presente y a nombre de su Excelencia hago público y notorio a todos los moradores de esta América el establecimiento del nuevo gobierno por el cual a excepción de los europeos todos los demás habitantes, no se nombran en calidad de indios, mulatos, ni castas sino todos generalmente americanos. Nadie pagará tributo..." (22)

Otro de los antecedentes es el del punto 24 y parte final de los Elementos Constitucionales elaborados por Ignacio López Rayón de 1811: "Punto 24. Queda enteramente prescrita la esclavitud". (23)

El punto 15 de los Sentimientos de la Nación o 23 -- puntos sugeridos por José María Morelos para la Constitución de 1814 suscritos en Chilpancingo el 14 de septiembre de 1813, dice: "Que la esclavitud se prescriba para siempre, y lo mismo la distinción de castas, quedando todos iguales y sólo distinguirá a un americano de otro, el vicio y la virtud". (24)

El maestro Montiel y Duarte, alude que, desde el Plan de Iguala elaborado por Iturbide, se vió nacer el germen que al fin vendría a producir el fruto de la emancipación de los -

(22) Ibid. Pág. 75

(23) Ibid. Pág. 76

(24) Ibid. Pág. 76

esclavos. Este plan declaró que todos los habitantes de la Nueva España, sin distinción alguna de europeos, de africanos, ni de indios, eran ciudadanos de la monarquía mexicana, con opción a todo empleo, según el mérito y virtudes. (Febrero 24 de --- 1821). (25)

A lo anteriormente dicho por el citado estudioso, nosotros diremos que desde que quedamos bajo el yugo de los conquistadores (Hernán Cortés, año de 1519); se engendró la semilla de libertad por nuestros antepasados, desde Cuauhtémoc, Hidalgo, Morelos, etc., los cuales, han cooperado para que se diera el fruto de la emancipación y la abolición de la esclavitud.

El Congreso Constituyente de 1824 decía textualmente:-- "Queda prohibido para siempre en el territorio de los Estados Unidos Mexicanos el Comercio y Tráfico de esclavos procedentes de cualquier bandera; y que los esclavos que contra esta prevención fueren introducidos, quedarán libres con solo el hecho de pisar el territorio mexicano". (13 de julio de 1824). (26)

El maestro Montiel y Duarte comenta que la Constitución de 1824 reconoce el principio, pero hay una aplicación incompleta, pues, mientras se emancipa a los esclavos extranjeros, se deja en la esclavitud a los propios. (27)

(25) Montiel y Duarte, Isidro. Op. cit. pág. 115

(26) Ibid. pág. 116

(27) Ibid. pág. 115

El Presidente de la República, Gral. Vicente Guerrero el 15 de septiembre de 1829, también tuvo su intervención al -- respecto, declarando: "Queda abolida la esclavitud en la Repú-- blica, quedando en consecuencia libres los que hasta entonces -- hubieran sido considerados como esclavos; y que cuando lo permi-- tieran las circunstancias del erario, se indemnizará a los res-- pectivo propietarios, en los términos que dispusieran las le-- yes". (28)

Nos parece que, en la declaración hecho por el señor-- Presidente Vicente Guerrero, nos encontramos con una profunda-- y palpable aberración, ya que, si él quería abolir totalmente-- la esclavitud, dá cabida --y eso después de tener la herencia -- ideológica de sus antecesores--, a pensar que aceptaba tal es-- clavitud, aún, después de que los propietarios de los esclavos les daban mal trato y los explotaban, los premiaba dándoles -- sus respectivas indemnizaciones.

Para no llegar a ser proflifero el tema, aunque no de-- ja de ser interesante e importante, optamos por dar unos ante-- cedentes más al respecto, como lo fue el proyecto de Reforma a las Leyes Constitucionales de 1836, fechado en la ciudad de Mé-- xico el 30 de junio de 1840, donde se decía: En el territorio-- mexicano ninguno es esclavo, ni noble o plebeyo por su origen. Todos sus habitantes son libres e iguales ante la ley..." (29)

(28) Ibid. pág. 116

(29) Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Cons-- tituciones. Cámara de Diputados XLVI Legislatura del Con-- greso de la Unión. Tomo III Antecedentes y Evolución de -- los Arts. 1o. al 15 constitucionales. pág.76

La Constitución de 1857, sancionada por el Congreso General Constituyente, el 5 de febrero, rezaba: "En la República todos nacen libres, los esclavos que pisen el territorio nacional recobran, por ese solo hecho, su libertad, y tienen derecho a la protección de las leyes". (30)

Nuestra Carta Magna vigente, promulgada por los Constituyentes de Querétaro el 5 de febrero de 1917, y como mero dato histórico, proyectada en la Onceava Sesión Ordinaria celebrada en la mañana del miércoles 13 de diciembre de 1916, estableció: "Está prohibida la esclavitud en la República Mexicana. Los esclavos de otros países que entraren a territorio nacional, alcanzarán por ese solo hecho su libertad y la protección de las leyes". (31)

Posteriormente, el día 9 de enero de 1917, el Diputado C. Francisco J. Mújica toma la palabra ante el Presidente don Venustiano Carranza, manifestando a la Asamblea corregir las palabras República Mexicana por las de Estados Unidos Mexicanos, siendo aprobado por unanimidad de 117 votos a favor. En la 6a. Sesión Ordinaria celebrada en la tarde del jueves 25 de enero de 1917, los CC. Medina y Dávalos intervinieron también en la reforma, haciéndole sus últimas modificaciones, quedando así :

(30) Ibid. pág. 77

(31) Ibid. pág. 30

"Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos - Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán por ese solo hecho su libertad y la protección de las leyes". (32)

La historia nos ha demostrado que es necesario una -- institución jurídico-legal-normativa para que podamos hacer uso de nuestra libertad.

Se suscita entonces, una cuestión histórica por dilucidar: ¿la libertad que todo hombre debe poseer, prácticamente la ha tenido?. La historia repito, nos demuestra hasta la evidencia que tal correspondencia ha faltado a menudo. Así, desde los tiempos más remotos había una acentuada diferencia social - entre dos grupos de hombres: los líderes y los esclavos. La libertad estaba reservada a una clase privilegiada; como sucedía principalmente en Roma.

Esta negación de libertad a un grupo humano de la so ciedad, esta desigualdad inicua que imperaba entre dos clases- sociales -hombres libres y esclavos-, eran el signo invariable y característico de las realidades políticas de la antigüedad.

En la Edad Media, la libertad humana no existía como

atributo real de todo hombre. No fue sino hasta la Revolución Francesa cuando se hizo el reconocimiento y se proclamó la libertad universal del ser humano; todo hombre, se dijo entonces, por el hecho de ser tal, nace libre; la libertad se hizo extensiva a todo sujeto con independencia de su condición particular de cualquier género y especie. (33)

Con relación a la pregunta que anteriormente se hace el maestro Burgoa, diremos que no es ocioso seguir hoy proclamando la verdad eterna de la condena absoluta de la esclavitud, porque esa abominable institución, aunque parezca mentira, no ha desaparecido por completo de la faz de la tierra. En formas diversas persiste en algunos territorios, hasta el punto de que la Organización de las Naciones Unidas se ha sentido obligada a establecer una Comisión especial sobre la esclavitud y a promover la elaboración y la firma de un nuevo convenio internacional para la prohibición y supresión de la esclavitud. Quedan -- vestigios de ella, por ejemplo, en algunas zonas árabes, y en -- ciertas costumbres jurídicas de algunos pueblos africanos y -- asiáticos. En algunas regiones rurales montañosas de Sudamérica perviven, a pesar de la prohibición de la represión oficial: -- formas feudales. De hecho, aunque sin adoptar ese nombre, la esclavitud se produjo para grandes multitudes de gentes en los -- regímenes fascista y nazi, y sigue existiendo en los campos so-

(33) Burgoa, Ignacio. Op. Cit. pág. 327.

viéticos de trabajo forzado. Ahora bien, me permito repreguntar: ¿la libertad que ahora todo hombre la ha tenido el mexicano?

Para dar una respuesta fehaciente y convincente contestando con un punto de vista meramente legal, podemos en términos generales citar que nuestro país, por su historia y por su idiosincrasia, posee una formulación antigua, propia de la doctrina de los derechos humanos, que tuvo su perfil con la abolición de la esclavitud; cobró una fisonomía innovadora con la Constitución de Apatzingán; se enriqueció con la veta de los juristas liberales y, finalmente, alcanzó su expresión más elevada con la consagración de los derechos sociales y las garantías individuales en nuestra Carta Magna. Pensamientos que capítulos más adelante se estudiarán más a fondo.

Pues bien, la libertad de que disfrutaron en la antigüedad, en la época medieval y en tiempos modernos los grupos prepotentes y privilegiados, no significaba una garantía individual, esto es, no era una libertad pública, sino una libertad civil o privada, o sea, que hasta antes de la Revolución Francesa y salvo excepciones (como las concernientes de los Fueros), en los que la actividad gubernamental debía respetar jurídicamente cierta esfera de acción del gobernado, el hombre libre, esto es, el perteneciente a las clases sociales privi-

legiadas, sólo gozaba de una libertad civil o privada frente a sus semejantes y en las relaciones con éstos, careciendo de libertad pública o a título de garantía individual, es decir frente a los gobernantes.

Ante los desmanes y arbitrariedades cometidos en contra de los gobernados por el poder público, en vista de los abusos muy frecuentes de los monarcas irresponsables y tiránicos ejecutados en perjuicio de sus súbditos, el individuo exigió del Gobierno, como sucedió en Inglaterra principalmente, el respeto a sus prerrogativas como personas, dentro de las que ocupan un lugar preeminente la libertad. Independientemente de la forma en que se implantan jurídicamente las prerrogativas fundamentales de la persona como tal, lo cierto es que en el orden a la libertad del individuo, ésta ya no era simplemente un atributo de la actuación civil del sujeto, esto es, de su proceder ante sus semejantes en la vida social, sino un derecho público subjetivo, oponible y exigible al Estado.

La libertad individual como elemento inseparable de la personalidad humana, se convirtió, pues, en un derecho público cuando el Estado se obligó a respetarla. Ya dicha realidad no tenía una mera existencia deontológica, sino que se trajo en el contenido mismo de una relación jurídica entre la entidad política y sus autoridades, por un lado, en los gober

nados, por el otro, esta relación de Derecho, que surgió -- cuando el Estado, por medio de sus órganos autoritarios decidió respetar una esfera libertaria en favor del individuo como consecuencia de un imperativo filosófico, creó para los sujetos de la misma, un derecho y una obligación correlativa. Un derecho para el gobernado como potestad o facultad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto, la observancia del poder libertario individual, concebido en los términos a que aludíamos anteriormente. "Es entonces cuando la libertad humano-deontológica, basada en supuestos y principios filosóficos propios de la índole de la persona se convierte en una garantía individual, engendrando un derecho-subjetivo público para un titular, consistente en su respeto u observancia, así como una obligación estatal y autoritaria concomitante".

Siendo la libertad compleja, esto es, presentando -- múltiples aspectos de aplicación y desarrollo; su implantación o reconocimiento por el orden jurídico constitucional se llevaron a cabo en relación con cada facultad libertaria específica a título de derecho subjetivo públicos, como por ejemplo -- los que plasma nuestro sistema Constitucional: La libertad de trabajo (artículo 4o. y 5o. Constitucionales), la libre -- expresión de las ideas (artículo 7o. Constitucional), el derecho de petición (artículo 8o. Constitucional). etc.

Por el momento es innecesario enumerar nuestras garan

tías, ya que cuando se restringe la libertad física de la persona, son restringidas igualmente el resto de ellas, quedando específicamente señaladas en el artículo 20 de nuestra Carta Magna, que delimita los derechos del procesado; tema que en líneas más adelante se hará un estudio mayor, concretamente a lo que refiere en la fracción I del numeral indicado.

CAPITULO II

LA LIBERTAD BAJO CAUCION

A).- CONCEPTO.

A la Institución estudiada en este trabajo se le conoce en nuestra legislación como Libertad Provisional Bajo Caucción y la mayoría de los Códigos Nacionales adoptan tal asignación dada su característica y porque constituyen una norma reglamentada por nuestra Carta Constitucional, siguiendo ésta una adecuada metodología.

La doctrina y diversas legislaciones utilizan diversas acepciones como "excarcelación, libertad bajo fianza, libertad provisional, libertad limitada".

El término excarcelación va contra la más elemental lógica jurídica, ya que el resultado del otorgamiento de la libertad provisional, es la excarcelación, aunque también puede darse el caso de que no sea consecuencia de aquélla, sino de un auto de libertad por desvanecimiento de datos, por falta de méritos, por una sentencia absolutoria, la concesión de un amparo u otras resoluciones judiciales, de ahí el desacuerdo terminológico en que se incurre al usar el vocablo excarcelación.

Cuando se habla de libertad bajo fianza, únicamente se señala parte de los elementos que contiene esta institución: es decir, está incompleto el concepto, porque falta la mención de temporabilidad o provisionalidad.

Si se usa la acepción de "libertad provisional" ésta adolece del mismo defecto, al no incluirse la fianza o caución; en el concepto se pierde la característica elemental, en cuanto al vocablo "libertad limitada", se refiere únicamente a un aspecto sólomente de la garantía que se estudia.

Existe una confusión en cuanto a la denominación -- "fianza y caución" y salta a la vista que a la luz de un análisis jurídico, estas alocuciones no tienen el mismo alcance, ya que la fianza es una especie de la caución, la que como género encuadra otras formas específicas. En este sentido Colín Sánchez señala: A la palabra caución y fianza se les atribuye el mismo significado, no obstante caución denota garantía y -- fianza la especie". A mayor abundamiento, cabe señalar que -- nuestros legisladores optaron sustituir en la fracción I del -- artículo 20 Constitucional, la palabra fianza por caución, mencionando en su exposición de motivos que además de las razones de técnica jurídica, se realiza esa modificación porque debe -- considerarse que el término caución, como garantía primordial, entre sus conceptos abarca el de fianza y otros tipos de garantía. (septiembre 1984).

Por otro lado, siguiendo con el término "libertad -- provisional, puede prestarse a confusión, pues en nuestro país puede hacerse referencia a tres formas de libertad provisional, que se plantean en la secuela del procedimiento criminal, sea durante el periodo administrativo que precede al proceso en riguroso sentido, sea en el curso del proceso mismo: libertad bajo caución, libertad bajo protesta y libertad previa, así como la libertad provisional administrativa (introducida en el Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal en 1979).

A continuación daremos diversas definiciones de libertad provisional:

a).- MANZINI. Es un estado de libertad limitada a -- los fines del proceso penal que atenúa los efectos de las necesidades procesales que determinan la custodia preventiva.

b).- HECTOR JORGE SVERDLECK. La liberación de un individuo sujeto a un auto de procesamiento en determinadas condiciones y formas que la Ley impone.

c).- SANSONNETI. Consiste en substraer 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.

d).- **MANSSERO**. Es la institución que tiene por objeto atemperar el rigor de la prisión preventiva, reparar las -- normas demasiado absolutas genéricas, relativas a la regula -- ción de la libertad personal substituyendo la norma abstracta -- de la Ley escrita, por la decisión del Juez, en otros términos substituir la medida física del arresto por la coacción psíquica de la amenaza. (1)

e).- **FENECH**. Es el auto cautelar por el que se produce un estado de libertad vinculada a los fines del proceso penal de voluntad judicial. (2).

f).- **GONZALEZ BUSTANANTE**. Bajo el nombre de libertad-provisoria o libertad bajo caución, se conoce en el procedimiento 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 en la Ley. Esta libertad que se caracteriza por ser transitoria y revocable, no subsiste en el periodo de ejecución de sanciones. (3).

g).- **CARNELUTTI**. Denota un estado de sujeción del imputado, que constituye un sustitutivo de su custodia preventi-

- (1) Arilla Bas, Fernando. Derecho Procesal Penal. Editorial -- Kratos. México, 1979. 3a. Edición. p. 296.
 (2) Acero, Julio. Procedimiento Penal. Editorial Font Guadalajara, Jalisco. México 1939. 1a. Edición. p. 219.
 (3) González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa. México, 1971. 4a. edición. p. 128

va para los casos en los que de éste no se haya o deje de haber necesidad estricta. Mejor que de libertad provisional se hablaría de libertad limitada o también de sumisión del imputado.

B).- DESARROLLO HISTORICO.

1.- PUEBLOS ORIENTALES.

En los pueblos orientales no se encuentran antecedentes de la institución jurídica conocida en nuestro Derecho como libertad provisional bajo caución, en virtud de que se trataba de regímenes con una concepción teocrática del gobierno. Sin embargo los estudiosos han creído encontrar en el derecho Hebreo una forma primaria de la libertad provisional bajo caución, pues se señala que el Sanedrín podía fijar una fianza para el rescate de los procesados a fin de que éstos obtuvieran su libertad.

2.- ROMA.-

Cabe señalar aquí, para su mejor estudio, los periodos históricos de la vida romana, por lo que hace a su vida política, es decir el de la República y el Imperio.

En los comienzos de la República, la liberación del imputado pudo lograrse haciendo extensiva al procedimiento pe-

nal público, la constitución de una fianza (Vandimonium), la que sólo se empleaba primitivamente en el juicio privado. Según la leyenda muy antigua, anotada por Teodoro Mommsen, ya los Magistrados Patricios de la época anterior a los Decenviros, fueron obligados por los tribunos del pueblo a admitir una fianza pública (Praedes vades), constituida por un acusado. (4).

Las modalidades de las fianzas fueron deliberadamente discutidas por los tribunos.

Esta protección tribunicia fue introduciéndose con el paso del tiempo y en general le era negada a los delincuentes comunes.

Es a partir de la Ley de Las Doce Tablas, que la institución de la libertad provisoria adquiere una verdadera fisonomía, deja de ser un favor para convertirse en un derecho del inculcado. La cual estaba sujeta a dos condiciones:

- a) A la presentación de una fianza; y,
- b) Que no se tratara de un crimen contra el Estado.

Cuando no procedía la libertad provisoria, en los casos de crímenes contra el Estado, el imputado no era encar-

(4) Mommsen Teodoro. Derecho Romano. Editorial REus. Madrid, España 1947, 2a. Edición. p. 198.

celado sino que se le retenía sin ligaduras en la casa de un Magistrado, se le reconocía además el derecho de abandonar la ciudad acudiendo al recurso de la fuga.

El uso de la libertad provisoria se extendió y desarrolló con rapidez siendo una cortapiza a los abusos de los Magistrados.

Si el Juez citaba al inculcado para un día determinado a su arbitrio podía prescindir de la prisión preventiva al admitir la fianza, ya que no se denominaba "Vandimonium", sino "Sabisdatio o Fideiussio", si el inculcado faltaba al compromiso de presentarse, el fiador era condenado a pagar una multa.

Profundizando un poco más en cuanto a los inicios de la libertad provisoria en Roma, tenemos que: aunque existía la posibilidad de que cualquier persona, señor o extraño podía otorgar fianza, con la obligación de presentar al delincuente con el fin de imponerle la debida pena; sin embargo se daba el caso de no encontrar fiador que avalara su libertad, debiendo permanecer en prisión hasta la sentencia.

También existía la disposición en la Ley II del Digesto, que cuando se solicite la fianza y existan causas de delitos cometidos con anterioridad, entonces no se debía conceder la libertad, por virtud de una constitución del Senado.

3.- GRECIA.

La justicia estaba organizada en Atenas a través de organismos designados para ese efecto, Heliostos y Arcontes - formaban el Colegio de Magistrados a los cuales se les conoce a través de la historia como "Los Once", cuyo cargo era perseguir, encarcelar y someter a juicio a los malhechores.

En Atenas la prisión preventiva se decretaba en los casos de crímenes de conspiración a la Patria, el desorden político y el peculado exclusivamente, en los demás casos eran dejados en libertad los acusados, mediante caución o fianza de tres ciudadanos responsables de su comparecencia al juicio.

Encontramos aquí un "antecedente mediato de la caución por la forma con que se garantizaba la libertad de las personas sujetas a proceso." (5).

4.- GALIA.

En las Galias la libertad provisoria fue a veces gracia, a veces derecho. En 1315 bajo el reinado de Luis "El Turbulento" y más tarde en 1498 en la época de Carlos VII y -

(5) Colín Sánchez, Guillermo. Derecho de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa México, 1976, 5a. Edición. p. 319.

hasta el gobierno de Luis XII se expidieron diversas ordenanzas reales, que conferían a los Magistrados el derecho de liberar a los encausados que prestaban "buena y suficiente caución de comparecer personalmente el día que se iniciara la instrucción", la libertad caucional se concedía en las causas de pequeña importancia, aunque, en algunos casos la complacencia de los jueces otorgó la gracia de la excarcelación a ciertos personajes como Sacerdotes, nobles y militares, dando así nacimiento a los fueros.

Los tratadistas de la época pugnaron por lograr garantizar el otorgamiento de la libertad al mayor número de individuos posible, acusados por delitos patrimoniales o delitos que se castigaban con penas de destierros o azotes.

Una ordenanza aparecida en 1670 y elaborada por los jurisconsultos de Rey Sol, rigió a Francia por 120 años, y no señala la libertad bajo caución, pero permitía la liberación del inculcado cuando la instrucción no estaba reglamentada por el procedimiento extraordinario.

En 1971 se suprimió la ordenanza de Luis XIV y se hizo revivir la libertad bajo caución, cuando el imputado no era reo de pena infamante podía ser liberado presentando caución suficiente a juicio de sus jueces.

En la etapa Napoleónica del Código Brumario y la -- Ley Thermidor, sólo rehusaron la libertad caucional a los vagabundos o personas sin domicilio.

5.- DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO.

En la época visigótica, aparece la recopilación -- de las leyes más importantes a principios de la Edad Media, -- el autor es Eurico, hermano de Alarico Segundo, quien las promulgó. Trabajo notable en el que participaron jurisconsultos afamados como Aniano, Timoteo y Gregorio; se dio a luz en la ciudad de Tolosa.

El contenido del Código de Alarico es de Derecho Romano ya que en él se incluyen textos de Gayo, Papiniano y Caceracalla y es probable que la libertad caucional fuese regulada por los principios de la Judicatura Romana, sin embargo -- por el carácter personalista del Derecho Germánico es probable que el uso de la libertad provisional haya tenido sólo un carácter accidental por el régimen social y político del feudalismo.

Fuero Juzgo.

El Fuero Juzgo se redactó bajo el reinado del Rey Chindasvinto (642-652), y con este ordenamiento se inicia la verdadera doctrina jurídica española, sin la influencia roma

na, dicho Código adquiere aplicación absoluta para los ciudadanos que viven en el dominio de los reyes visigodos, no puede negarse la enorme vocación que siente el reinado Hispanogodo por la ciencia jurídica y ésto queda plenamente demostrado con el análisis de la obra de que se trata y en la cual se regula por primera vez la libertad de los individuos estableciendo como regla general la no privación de la misma, a no ser que se trate de ataques al gobierno o a la organización política.

Fuero Real o Libro de los Consejos de Castilla.

Esta obra fue realizada por el Rey Don Alfonso "El Sabio", por los años 1255 a 1257 y en ella encontramos disposiciones categóricas que se refieren a la fianza y a las obligaciones de los fiadores. Esta ley se considera como un antecedente de las Partidas, en ella se encuentran diferenciadas la fianza de la haz, la carcelera o fianza de cárcel segura, la caución juratoria y la caución de estar a derecho.

Examinando un poco cada una de las citadas, tenemos que: --La fianza de la Haz.- En esta el fiador es el mismo reo, obligándose al acusado tanto en su persona, como en sus bienes. No puede ser mancomunada. --La fianza de Cárcel segura.-- Aquí el fiador se constituye un carcelero y guarda al reo que se relaja de la cárcel.

-- La caución juratoria.- Se daba cuando el reo por sí mismo tiene la obligación de presentarse ante el Juez o a la cárcel el día que así fuere requerido, haciendo una promesa por medio del juramento. En esta figura se daba el caso del mancomún, es decir, cuando un segundo o hasta un tercer interesado en la libertad del reo, otorgaba su palabra de honor para favorecer la libertad del procesado. -- La caución de estar a derecho.- En ella se obliga al fiador a satisfacer, como si fuera el reo principal, las resultas de la causa y sentencia que contra éste se pronunciare.

Las Siete Partidas.

Esta legislación que al igual que la Nueva y Novísima recopilación estuvieron vigentes en México hasta el Código de Procedimientos Penales de 1880, contiene variadas disposiciones relacionadas con la libertad bajo fianza; este cuerpo de Ley fue terminado por Alfonso X (El Sabio), en el año de 1265, es antecedente de las Leyes nacionales y su vigencia se extendió en nuestro territorio hasta finales del siglo XIX.

En distintas partidas aparecen obligaciones del fiador, como que el inculcado asista a juicio y no haga fuga comprometéndose a traer al presunto reo a juicio, siempre que -

se le mande comparecer a litigio y defenderle, también corresponde al fiador pagar lo juzgado y sentenciado, Partida III título XII Leyes XVII y XIX, así como la Partida VII título - - XXIX.

Nueva Compilación.

Aparece en 1567 bajo el reinado de Felipe II y contiene algunas referencias sobre la libertad caucional.

En el libro XIII y título IX Ley Décima Octava se señala: "de las justicias cuando sueltan a un fiado y no lo pueden aprehender nuevamente, pasados 60 días, si no existe querella, déjenseles libres, teniendo como condición que se trate de delitos leves"; más adelante se menciona la prescripción de un año a partir del día en que se cumplía el plazo -- que se le hubiere concedido para presentar al acusado.

A pesar del absolutismo se le reconocía al imputado la prerrogativa de poder obtener su libertad, siempre y cuando fuere hombre honrado, diere fianza y poder.

Novísima Recopilación.

No se encuentran novedades en este sistema jurídico pues ya había quedado establecido en las anteriores legislaciones los cánones a seguir en todo lo referente a la liber-

tad provisional, salvo que señala una especie de prescripción a favor del acusado, con el transcurso de sesenta días.-

(6)

México.

a).- Constitución de Cádiz de 1812.

Es indudable la influencia de esta Constitución, proclamada por las Cortes en 1812, en las demás legislaciones que ha tenido México en su devenir histórico. En ella se señala por primera vez la Garantía Constitucional, de todo acusado -- de evitar el arresto y los efectos de prisión preventiva, en -- sus artículos 295 y 296 señala: "no será llevado a la cárcel el que dé fiador; a excepción de los casos en que la Ley prohíba expresamente que se admita fianza y, en cualquier estado de la causa, en que aparezca que no puede imponerse pena corporal, -- se le pondrá en libertad, dando fianza".

Las disposiciones de esta Constitución abarcan dos -- modos de atribución:

I.- Se remite para su aplicación a las leyes secundarias.

II.- Si no puede imponerse al preso pena corporal, -- porque no lo amerite, debe concederse el beneficio de la libertad caucional.

(6) Colín Sánchez Op cit. p. 321 y 322

Se puede sintetizar "que la garantía de la Constitución de Cádiz era absoluta, con la excepción que contiene el artículo 295, o sea, cuando la Ley prohíba expresamente la concesión de esta prerrogativa." (7).

b).- Constitución de Apatzingán de 1814.

La Constitución de Apatzingán de 22 de octubre de 1814, distinta a la española de 1812, por el carácter republicano de aquélla "inspirada en el modelo de las constituciones francesas de 1793 y 1795, que en los principios sociales y políticos de Morelos". (8).

Aunque no refiere específicamente a la libertad cautiva, sin embargo, tiene un principio fundamental que es: "que todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado".

c).- Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano.

El artículo 74 de este ordenamiento legislativo, expedido bajo el imperio de Don Agustín de Iturbide, el 18 de diciembre de 1822, asienta: "nunca será arrestado el que detenidos en los casos en que la ley no prohíba admitir fianza;

(7) Burgoa Orihuela, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano Editorial Porrúa. México 1976 5a. Edición. p. 197.

(8) Cue Cánovas, Agustín, Historia Social y Económica de México (1521-1854). Editorial Trillas. México 1970 p. 226.

y este recurso quedará expedido para cualquier estado del proceso en que conste no haber lugar a la imposición de la pena corporal". (9). En este artículo se encuentran los dos primeros contenidos de la Constitución de Cádiz ya analizada, pero amalgamados en un solo artículo.

d).- Constitución de 1824.

El cuatro de octubre de 1824 fue publicada la Constitución Federal, la que establecía una forma de gobierno semejante al de Estados Unidos. Aunque en lo que hace a nuestro tema no es de fundamental trascendencia, pero creemos que por la importancia de ser nuestra primera Constitución propia mente dicha, vale la pena nombrarla, pues bien que mal con ella se consagra al indio como ciudadano, marcando una igualdad civil en el derecho común, pero aún faltaba establecer -- las garantías del individuo frente al Estado.

e).- Constitución de 1836.

Salió a la luz esta Constitución como bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana, aprobadas por el Congreso de la Unión en el año de 1836. En ella no se habla en forma expresa de la fianza, pero encontramos en el artículo 46 de la Ley V una referencia a la libertad caucional.

(9) Ramírez Fonseca, Francisco. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Pac. México 1990. 1a. Edición. p. 127.

En atención a los antecedentes constitucionales debe comprenderse que al señalar: "que sea puesto en libertad - al reo en los términos y con las circunstancias que determina la Ley" es innegable que se alude a una especie de caución.

f).- Reforma de 1840.

El Supremo Poder Conservador, suscribe este proyecto en cuyo artículo 9 fracción V, se asienta "no puede ser detenido, ni permanecer en prisión, dando fianza siempre que por la calidad del delito o por las constancias del proceso aparezca que no se le puede imponer pena corporal", este artículo se encuentra enmarcado bajo el rubro de: "Los Derechos del Mexicano".

g).- Voto particular de la minoría constituyente de 1842.

Este voto aparece fechado el 26 de agosto de 1942 en la fracción X del artículo 5o. detalla la libertad bajo fianza de la siguiente manera: "cuando por la calidad del delito o por las constancias procesales aparezca que no se puede imponer, según la Ley, pena corporal, se pondrá en libertad al presunto reo, bajo fianza o en su defecto bajo otra caución legal". Esta disposición es incompleta y no incorpora en forma alguna un derecho subjetivo público que tutela la libertad de los acusados.

h).- Estatuto Orgánico provisional de la República de 1847.

Al igual que sus antecesores prevé: "En los delitos que las leyes no castiguen con pena corporal, se pondrá al -- reo en libertad bajo fianza". (10).

i).- Constitución de 1857.

El 5 de febrero de 1857, fue jurada esta Constitución bajo el gobierno de Don Ignacio Comonfort; toda clase de frases laudatorias se han escrito por plumas autorizadas sobre este momento jurídico, cuyos lineamientos servirían de antecedente e inspiración al Jefe del Ejército Constitucionalista Don Venustiano Carranza en su proyecto de 1917.

El artículo 18 de la Constitución puntualiza la -- cuestión estudiada, especificando: "sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal; en cualquier estado del juicio en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se le concede libertad bajo fianza.

Este Ordenamiento en lo que se refiere a la libertad provisional bajo caución, como garantía individual, es in

(10) Tena Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional. Editorial Porrúa. México, 1969. 4a. Edición p. 227.

ferior, según algunos autores, incluso a la Constitución de - Cádiz, de allí que haya tratadistas como Javier Piña Palacios que señalan que este artículo 18, es copiado del 296 de la -- Constitución de 1812.

En la obra de Don Ricardo Rodríguez, aparecida en - 1900, se habla de la libertad provisional bajo caución, como una garantía del acusado derivado de los artículos 18 y 20 de la Constitución de 1857, aunque no se encuentra establecida en norma expresa. (11)

j).- Constitución de 1917.

Proyecto Constitucional de 1916.

Existen una serie de estudios que fueron anteceden-- tes de la garantía individual que consagra dentro de nuestra - Constitución actual la libertad provisional bajo caución.

En las obras tituladas Derechos del Pueblo Mexicano y México a través de sus Constituciones, encontramos "a prin-- cipios 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 encargos el de elaborar un proyecto de reformas a la Constitución de 1957, en--

(11) Moreno Díaz, Daniel. Derecho Constitucional. Editorial - Pac. México, 1974. 3a. edición p. 312.

tonces vigente, quedó integrada esta comisión por los señores Licenciado Roque Estrada, Secretario de Justicia; Domingo -- León, José Diego Fernández, Agustín Urdapilleta, Francisco -- Ríos y Fernando Moreno" (12).

En el primer libro de actas de la comisión, existente en el archivo de la Cámara de Diputados, se encuentra el texto poco conocido y aunque no puede afirmarse que el proyecto mencionado sea un antecedente directo del que presentó al Congreso Constituyente el primer Jefe del Ejército Constitucionalista y encargado del Poder Ejecutivo, Don Venustiano -- Carranza, al compulsar ambos proyectos se encuentran principios o preceptos semejantes, estos antecedentes saltan a la vista en el proyecto de la Secretaría de Justicia y el texto original del proyecto constitucional de 1916, en cuyo debate estuvieron como diputados constituyentes los licenciados Lizardi, Espinoza y Ramos Praslow.

En la sesión del 19 de abril de 1916 presentaron un ante-proyecto, en cuyo artículo 18 se asienta: "en cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le -- puede imponer pena corporal, se le pondrá en libertad bajo -- fianza o bajo protesta, si no pudiera dar la fianza en el concepto del Juez."

(12) Martínez de la Serna, Francisco. Derecho Constitucional. Editorial Porrúa. México, 1980, 6a. Edición. p. 169.

Con esta misma redacción aparece la garantía constitucional en 1857, incluso bajo el mismo rubro.



En la sesión del 26 de abril de 1916, el Licenciado Diego Fernández, presenta nuevamente para su discusión el artículo 18 de su ante-proyecto ya modificado, en los siguientes términos: "en cualquier estado del proceso en que aparezca -- que al acusado no se le puede imponer pena corporal se le -- pondrá en libertad bajo protesta si merece pena alternativa, -- o solamente corporal, podrá solicitar y obtener, desde el momento de la detención, su libertad, en los términos y con -- las condiciones que fije la Ley. El 28 de abril de 1916 quedó aceptada la primera fracción del artículo 18 con esta redacción." (13).

Don Venustiano Carranza se refiere a la libertad bajo fianza en la exposición de motivos que acompañó a su proyecto constitucional, de la manera siguiente:

"La Ley concede al acusado la facultad de obtener su libertad bajo fianza durante el curso de su proceso, pero tal facultad quedó siempre sujeta al arbitrio caprichoso de los jueces, quienes podían negar la gracia con sólo decir que tenían temor de que el acusado se fugase y se sustrajera a -

(13) Ruiz Massieu, Francisco. Derecho Constitucional. Editorial Porrúa. México, 1981. 1a. Edición. p. 196.

la acción de la justicia". (14).

Del párrafo anteriormente transcrito, se advierte la preocupación de incluir como garantía individual el derecho del inculpado de disfrutar de la libertad provisional bajo caución, pero revistiéndola de toda clase de seguridades, a fin de eliminar el defecto de que había adolecido la Constitución anterior.

En el texto constitucional publicado en el Diario Oficial el 5 de febrero de 1917 y en vigor desde el 1º de mayo de 1917, promulgado por el C. Venustiano Carranza, primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo, encontramos en el artículo 20 fracción I la garantía de la libertad provisional bajo caución en la siguiente forma:

"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 que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autori

(14) Carrillo Flores, Antonio. La Constitución. Editorial Porrúa. México 1980. 5a. Edición. p. 198

dad y otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla."

Como puede apreciarse, se advierte que en este texto Constitucional se expresa con mayor claridad los requisitos para la obtención de la libertad caucional, siendo en mi opinión, toda una garantía para el acusado.

k).- Reforma de 1948

Con el transcurso del tiempo sufrió la fracción I del artículo 20 Constitucional, reformas a iniciativa del Licenciado Salvador Urbina, cuyo criterio empezó a prevalecer en la Suprema Corte de Justicia desde el año de 1933, en el sentido de que no debe de ser el máximo de la pena correspondiente al delito imputado, la que sirva de base para establecer la procedencia de la libertad provisional bajo caución, sino el término medio aritmético de dicha pena.

El desarrollo económico del país y las necesidades de que la Ley sea aplicable, produjo en el ánimo de los Legisladores la necesidad de aumentar el máximo de las fianzas a la cantidad de \$250,000.00

Estas reformas aparecieron en el Diario Oficial el 14 de enero de 1985, siendo el texto vigente de la fracción I del artículo 20 Constitucional el siguiente:

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

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

1) Reforma de 1993.

El 3 de septiembre de 1993, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, las reformas Constitucionales, entre ellas la del artículo 20 en su fracción I, misma que entrará en vigor, según el segundo artículo transitorio, hasta el 3 de septiembre de 1994, pero considero necesaria su transcripción, aunque su análisis se hará hasta el último capítulo del presente trabajo.

ARTICULO 20 Constitucional.- En todo proceso del orden Penal, tendrá el inculcado las siguientes garantías:

I.- Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniaras que en su caso puedan imponer se al inculcado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

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

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

Únicamente, como comentario, vemos que esta reforma -- tiene grandes cambios para la libertad provisional, la que cada vez se amplía más.

C).- NATURALEZA JURIDICA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

Las características esenciales de la libertad provisional, son:

- a).- Una medida cautelar o precautoria;
- b).- De seguridad jurídica procesal; y,
- c).- De índole personal.

a) Respecto a este inciso podemos apuntar que la libertad provisional es una medida cautelar o precautoria, diferenciándola de la punitiva o de la prisión penitenciaria que es la consecuencia jurídica del delito cometido y esclarecido en los términos de una sentencia.

b) Por lo que hace a la seguridad jurídica procesal se entiende que la libertad provisional es un derecho exigible al Estado, que acarrea bienes.

c) Es de índole personal, porque es precisamente una garantía individual, es un derecho que el Estado reconoce a un ciudadano.

Así, vemos que la potestad del gobernado de exigir a las autoridades estatales y por consecuencia al mismo Estado, un respeto, la indicada observación, no es eludible en su cumplimiento, por la voluntad estatal; y así siguiendo las directrices señaladas por el Licenciado Burgoa, se puede definir la Libertad Provisional bajo caución, como un derecho -

subjetivo, originario y absoluto que autolimita al Estado en la relación jurídica con el gobernado.

D).- EFECTOS DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

Los efectos de la libertad provisional, consisten en la desaparición de la restricción que para la libertad individual supone la detención y la prisión, quedando la libertad individual sólo vinculada a los fines del proceso, constituyendo la obligación de comparecer en los días que le fueron señalados por la resolución correspondiente y asimismo cuantas veces sea llamado por el Juez que conoce de su causa. Es decir, que la concesión de la libertad tiene por objeto principal evitar que el acusado a quien se concedió, siga recluso en el local carcelario, privado de su libertad personal; aunque esté sujeto a las resultas del proceso.

El inculpado pasa a disfrutar de limitada libertad y contrae obligaciones (previstas en los artículos 567 del Código Procedimental Local y 411 del Federal) que son: comparecer ante el Juez cuantas veces sea citado o requerido para ello; comunicar al mismo los cambios de domicilio que tuviere y presentarse ante el Juzgado o tribunal con la periodicidad que le señalen, agregando a estas obligaciones el Código Objetivo Federal, el no ausentarse del lugar sin permiso y sin que éste exceda de un mes.

Por otro lado cuando la libertad provisional bajo caución no fue presentada por el propio enjuiciado, el tercero que cauciona la libertad asume la obligación de presentar al inculcado cuando así lo determine el Juez. (artículos 573-Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y 416-del Federal).

Igualmente la inmediatez de la concesión de la libertad puede considerarse como un efecto, no tanto en lo que atiene al otorgamiento propiamente dicho, sino de la solicitud del acusado a la Autoridad que está obligada a resolver de plano la petición.

E).- SEMEJANZA Y DIFERENCIA CON OTRAS INSTITUCIONES DEL DERECHO PENAL.

a).- Libertad por falta de méritos y libertad provisional bajo caución.

Tienen ambas figuras jurídicas un fundamento igual ya que las dos son instituidas como garantía individual en los artículos 19 y 20 de la Constitución; asimismo, ya sea la libertad obtenida por falta de méritos o por falta de elementos para proceder y la libertad bajo caución, son revocables, no son definitivas, aunque la revocación obedezca a circunstancias diversas. Además la libertad por falta de méritos es

absoluta y la libertad provisional es restringida, la libertad provisional es medida cautelar, en la que no se estudia la demostración del cuerpo del delito; en cuanto a la libertad por falta de méritos tiene como razón de ser una resolución de fondo; otra diferencia es la temporalidad para acordar las dos cuestiones, mientras que la libertad bajo caución debe resolverse de inmediato, la libertad por falta de méritos, según mandato constitucional, en un lapso de setenta y dos horas, en que el Juez debe resolver la procedencia de la misma.

b).- Libertad por desvanecimiento de datos y libertad provisional bajo caución.

Se puede resumir sus afinidades en que ambas tienen por objeto la excarcelación del inculcado, asimismo su provisionalidad, aunque ésta no está consagrada como garantía Constitucional su reglamento corresponde a leyes secundarias.

El artículo 546 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el diverso 422 del Federal, señalan que en cualquier estado del proceso en que aparezca que se han desvanecido los fundamentos que sirvieron para decretar la formal prisión o preventiva, podrá decretarse la libertad del reo por el Juez, a petición de parte y con audiencia del Ministerio Público. Lo anterior denota el principio de disponibilidad, condicionando otorgar la misma a petición del

reo. Llevándose a cabo, además por medio de un incidente.

c) Libertad bajo protesta y libertad provisional bajo caución.

Tienen como característica común, que son medidas cautelares ambas, la libertad bajo caución es una garantía -- constitucional y la primera una garantía procesal.

La libertad potestatoria se encuentra establecida -- en los artículos 552 del Código procesal local y en el 418 -- del Federal, en los que requiere: 1).- que el acusado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se siga el proceso; 2).- que esa residencia sea de un año por lo menos; 3).-- que a juicio del Juez no exista temor de que se fugue; 4).- -- que sea la primera vez que delinque el inculpado; y 5).- se -- trate de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión; -- además se condiciona a que el agraviado desempeñe trabajo ho-- nesto.

d).- Libertad Preparatoria y Libertad Provisional = bajo caución.

Trae consigo las dos figuras la excarcelación, son -- revocables y requieren de caución. La libertad provisional -- bajo caución, como se ha establecido, es una garantía consti-- tucional, la preparatoria no lo es, aunque constituye una ga--

ranza del reo. La antinomia fundamental existe en el momento en que tienen lugar, pues mientras la libertad provisional puede ser anterior a la sentencia, la preparatoria requiere - "Jus Conditum", la existencia de una sentencia firme para dar paso a la ejecución; y por lo mismo esta última corresponde - decretarla al Poder Ejecutivo y no al Organó Jurisdiccional.- Está prevista en el artículo 583 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

CAPITULO III

LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION EN EL DERECHO COMPARADO

A partir de la época del Liberalismo, casi todos los países incluyeron como Garantía Individual, en sus Constituciones, la libertad provisional bajo caución. En atención a - que la libertad es lo máspreciado por el hombre.

A continuación se analizan diversas legislaciones para tener un panorama más amplio de la institución jurídica - que se estudia en este trabajo.

A). _ ARGENTINA.

En esta República Sud-americana, las características de la libertad bajo caución revisten una enorme diversidad, - por la diferencia de legislaciones, ya que cada Departamento - en que se encuentra dividida la República cuenta con leyes -- propias. Se escoge como tipo para este estudio el Código de - Obarrio, vigente en Buenos Aires y que data de 1889.

Las últimas reformas, por lo que hace a la libertad - provisional, establecen:

"Podrá decretarse la libertad provisional del incul - pado no reincidente, bajo algunas de las cauciones determina

das en este título en los siguientes casos:

1.- Cuando su prisión preventiva se hubiese acreditado con relación a un hecho único, aunque cayere bajo más de una sanción penal, si al mismo no correspondiere pena privativa de libertad cuyo máximo fuese superior a seis años.

2.- Cuando su prisión preventiva se hubiese decretado con relación a uno o más hechos independientes, aunque éstos correspondiera pena privativa de la libertad cuyo máximo fuese superior a seis años, si, por las características particulares de los mismos y las condiciones personales del procesado, pudiera corresponder, a primera vista, condena de ejecución condicional.

3.- Cuando hubiese agotado en detención o prisión preventiva, que según el Código Penal fuesen computables, para el cumplimiento de la pena, la pedida por el Agente Fiscal, que a primera vista resultase adecuado.

Este Código limita la procedencia de la libertad provisional bajo caución en su artículo 376, cuando se trata de los siguientes tipos de infracciones: corrupción, prostitución, rapto calificado, matrimonio ilegal calificado, robo con violencia en las personas, robo de auto-motores, extorsión, venta, entrega o suministro de alcaloides, rebelión y sedición.

Las formas de caución pueden ser juratoria, personal y real. Artículo 349 del Código Penal de Argentina.

La Constitución Federal de Buenos Aires incluye en su artículo 18 la garantía individual de la libertad provisional. (1).

B).- BRASIL.

La Constitución Política de los Estados Unidos del Brasil, en su artículo 21 señala: "nadie será llevado a prisión o detenido en ella si presta fianza permitida por la Ley" quedando así incluida como garantía individual, pero deja a las leyes secundarias la determinación de la procedencia de la misma. El Código Penal y el Código de Procedimientos Penales regulan la libertad bajo caución con un tono más o menos rígido.

Para determinar el valor de las fianzas las autoridades toman en cuenta la naturaleza de la infracción, las condiciones personales del inculpaado, sus antecedentes y las circunstancias de peligrosidad.

El Juez no estará sujeto a tarifa pudiendo aumentar la fianza cuando no la considere suficiente. No se concede este beneficio para cierto tipo de delitos, como juegos prohibi-

(1) González De la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1990. 15a. Edición. p. 117

dos de azar, vagancia y mal-vivencia.

El artículo 330 del Código Penal señala que la fianza puede constituirse con dinero, piedras, metales y objetos preciosos, títulos de la deuda pública sea Federal o Local. - La novedad en materia procesal la constituye el hecho de que la fianza puede otorgarse no sólo ante la Autoridad Judicial, sino a la administrativa y hasta a la policíaca.

El legislador brasileño a fin de facilitar el otorgamiento de fianzas detalla los objetos o valores que pueden constituir resguardo.

C).- CHILE.

La libertad provisional bajo caución como garantía individual se encuentra establecida en la Constitución Política en el artículo 19 con la siguiente redacción: "Afianzada suficientemente la persona o el saneamiento de la acción en la forma que según los casos determina la Ley no debe ser detenida ni sujeta a prisión preventiva, al que no sea responsable de un delito que la Ley señale con pena aflictiva."

El Código de Procedimientos Penales de Chile regula la libertad bajo caución en dos aspectos.

a).- La libertad sin caución, procede cuando el delito no merezca pena corporal, superior a la reclusión menor en su grado mínimo, con la sola obligación de permanecer en el lugar del juicio, sujeto a proceso y a la ejecución de la sentencia.

La reclusión menor es de 61 a 540 días. Artículo 56 del Código Penal de Chile.

b).- Libertad caucional. Permite esta legislación poner en libertad a una persona cuando sea afianzada, aunque deba aplicarse pena efectiva, siempre que se trate de cómplices, de delitos tentados o de encubridores, ordenándose en éste caso la suspensión de los decretos de detención o prisión preventiva.

Igualmente procede la libertad caucional cuando el acusado sea absuelto aún por pena aflictiva y no se oponga el Ministerio Público.

El objeto de la caución es asegurar la presentación del acusado ante el Juez cada vez que lo necesite. El monto de la fianza se determina tomando en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado. Cuando el preso eluda la acción de la justicia deberá hacerse efectiva la misma, la cuantía de la fianza se aplicará a la Caja Na

cional de empleados públicos y periodistas. (2).

D).- ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA.

La Constitución Norteamericana ordena que no se debe de exigir fianza, copiando un inciso de la Declaración de Derechos Inglesa de 1689. La fianza es la prenda en dinero o propiedad presentada por el acusado o sus fiadores con el fin de garantizar su presencia en el proceso. Herman Putschett - afirma: "que la concesión de la excarcelación suministra un medio por el cual el individuo puede obtener su libertad mientras espera su juicio. (3)

Además de consideraciones humanitarias y la presunción que una persona es inocente hasta que se pruebe su culpabilidad prevé al acusado de la mejor forma de preparar su defensa.

En cuanto al monto de la fianza, las interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia en los Estados Unidos, reiteran que se trata de una fianza excesiva cuando se ha fijado una cifra superior a la cantidad razonablemente calculada para cumplir el propósito y asegurar la presentación del acusado al juicio.

(2) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Editorial De Palma Buenos Aires, Argentina. 1971. 2a. Edición. p. 128

(3) Revista State and Law. Traducción por Yolanda Meléndez-México. 1980. p. 117.

Consideraciones que deben analizarse al otorgar una fianza:

- 1.- La naturaleza del delito imputado y sus circunstancias.
- 2.- El peso de la prueba en su contra.
- 3.- La capacidad financiera del inculpado.
- 4.- Su personalidad.

Según Vinson, la imposición de fianzas sin analizar las circunstancias arriba descritas constituye un acto arbitrario.

Veiberger afirma: "ciertamente se admite que un acusado que esté libre bajo fianza, esté en posibilidad de huir y no comparecer al juicio por sentencia, pero este riesgo que ha sido considerado, la sociedad debe tenerlo como el precio de un apropiado sistema de justicia. La regla general constitucional en materia de fianzas es la siguiente: El derecho de todo americano a un igual trato ante la Ley está protegido por la esencia constitucional y cuando nos excedemos con los acusados en el monto de la fianza, nosotros nos privamos de esta protección. (4).

(4) Revista State and Law. Op. cit. p. 120

E).- FRANCIA.

En este país, la libertad provisional puede conceder se con o sin caución. El Código de Instrucción Criminal y -- las leyes de 4 de abril de 1855 y 14 de julio de 1865, así co -- mo otras modificaciones introducidas con posterioridad, am -- plían la libertad provisional cualquiera que sea su naturale -- za, pero cuando se trata de un crimen grave, el inculpaado debe ser detenido desde el momento en que se ordene el envío del -- expediente a la Corte de Assises. La libertad caucional es -- una garantía y puede ser revocable cuando el inculpaado no com -- parece al Tribunal, o cuando se dicte una sentencia en contra del inculpaado.

La facultad de decisión sobre la libertad provisio -- nal, está reservada a la Cámara del Consejo, que debe resol -- ver de acuerdo con las conclusiones del procurador del Rey.

F).- ITALIA.

"La libertad provisional se concede para todos los delitos, no obstante es facultad del juez negarla de acuerdo a su criterio y como medida substitutiva de la prisión encon -- tramos el Arraigo Domiciliario. (5).

(5). Arilla Bas. Op. cit. p. 181.

CAPITULO IV

ENFOQUE MODERNO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y EN EL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

A). _ FUNDAMENTO LEGAL.

Después de creada la Comisión Nacional de los Derechos Humanos por decreto de 5 de junio de 1990, publicado en el Diario Oficial de 6 de junio de 1990, el Presidente de la República dio instrucciones al titular de dicha Comisión para proponer reformas tendentes a proteger tales derechos y beneficiar la justicia penal. Fue así como se encomendó a un selecto grupo de juspenalistas para laborar en tal sentido.

Resultó que el grupo de juristas propuso, entre otras reformas, modificaciones a la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal y a los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y del Distrito Federal. Sin embargo, sabemos que aún cuando el Ejecutivo Federal las estimó aceptables, consideró que reformar nuestra Carta Magna requeriría un tiempo más o menos prolongado y presentaría complicaciones, así que el 16 de noviembre de 1990, el Presidente de la República, Carlos Salinas de Gortari, envió una iniciativa de Decreto que modifica diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales y del Código de Procedimientos Pena-

les para el Distrito Federal, resultando las reformas más trascendentales en cuanto a libertad provisional se refiere, publicándose las mismas en el Diario Oficial de la Federación el -- 8 de enero de 1991.

Posteriormente en 20 de julio de 1992 fue reformado el Código Federal de Procedimientos Penales, por lo que hace a delitos en Materia Fiscal, que prevenía.

En base a la importancia de estas reformas y a que existían algunas dudas y lagunas para su interpretación, el 3 de septiembre de 1993 se publicó la reforma al artículo 20 -- Constitucional en su fracción I, uniéndose con ello a los cambios surgidos en materia procesal en cuanto a la libertad provisional.

Por último y debido a la reforma Constitucional antes citada, el 23 de noviembre de 1993, fue propuesto por el Ejecutivo Federal modificar los artículos 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y 556 del Código Procedimental Local, para que con ello, finalmente quedaran adecuadas ambas Leyes, la Constitución y las Procesales, para terminar con los problemas de algunas contradicciones que existían entre ambos.

Debido a que la motivación para el presente trabajo, lo fue la reforma de 1991 a los Códigos Federal y Local de Procedimientos Penales, referente a Libertad Provisional, será ésta la que analizaremos primeramente y de manera exhaustiva, - partiendo de esta raíz, para continuar con todas las demás, hasta llegar a la actual. pues considero que todas ellas han dado - un cambio importantísimo para nuestro ámbito jurídico.

El Decreto presidencial de 22 de diciembre de - - 1990, para reformar los Códigos de Procedimientos Penales (Federal y Local), respecto a libertad provisional, refiere principalmente: Que con el propósito de que el acusado alcance la libertad provisional, en el caso de que el delito exceda en su término medio aritmético, a los cinco años, se propone reformar los artículos 399 y 556 de las leyes procesales federal y local, -- respectivamente, para facultar al Juez a conceder la libertad, - de manera fundada y motivada.

-Se prevé en la iniciativa, que este beneficio no proceda tratándose de delitos que denotan - alta peligrosidad del sujeto activo.

-Además para su otorgamiento se exigirán ciertos requisitos, pues lo que se busca es un equilibrio entre los intereses de la sociedad y la libertad de la persona.

-Asimismo, la exposición de motivos que presentó la Cámara de Diputados contiene esencialmente: que con el mismo criterio de que las garantías individuales son expresiones mínimas de derechos básicos, es válido que éstas puedan ampliarse, al permitir la libertad provisional bajo caución aún en delitos cuya pena exceda a los cinco años en su término medioaritmético. Lo que constituye un sano principio de seguridad y justicia, pues el procesado puede gozar de su libertad mientras se tramita su juicio, el que puede concluir con sentencia absolutoria, lo que permite inclusive, disminuir la sobrepoblación en los reclusorios.

Considero que la principal cuestión a resolver, antes de proponer la reforma a los Códigos de Procedimientos Penales en materia de libertad provisional, era la fundamentación jurídica de la ampliación de las garantías individuales penales y de los derechos del inculcado en los mencionados códigos.

Como habíamos mencionado, el grupo de penalistas de la Comisión Nacional de Derechos Humanos había estimado apropiado reformar la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal, para otorgar el beneficio de la libertad provisional no sólo cuando el delito imputado tuviese un término medioaritmético no superior a cinco años de prisión, sino también cuando excediera de dicho promedio y no se tratara de ciertos delitos muy graves.

Empero, el Ejecutivo Federal consideró, en ese entonces, que no era necesario la reforma a la Constitución, pues - al incluir tal derecho en los Códigos adjetivos penales, estaba ampliando las garantías penales contenidas en la fracción I del artículo 20 de nuestra Carta Magna, cosa permisible por admitir que tales garantías eran mínimas y no máximas.

Consideramos que es momento oportuno para analizar, - como fundamento legal, las garantías mínimas y máximas, esto - en cuanto a que esta reforma de tipo procedimental podría contraponerse al espíritu de la garantía Constitucional plasmada - en la fracción I del artículo 20, resultando que estas reformas a los Códigos Procedimentales, lo que hacen es ampliar la - garantía penal constitucional, la cual es una garantía mínima; es decir nuestra Carta Magna establece una garantía en favor - del gobernado, lo que, al igual que los demás derechos subjetivos que reconoce, constituyen el mínimo y no el máximo a los que puede tener derecho el gobernado frente al Estado y la Sociedad.

De esta primera reforma a que nos referimos, resultó que el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales quedó de la siguiente manera:

ARTICULO 399.- Todo inculcado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, si no excede de cinco años el término medio aritmético de la privativa de libertad que corresponde al delito imputado, incluyendo sus modalidades. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor.

En los casos en que la pena del delito imputado rebasa el término medio aritmético de cinco años de prisión no se trate de los delitos señalados en los siguientes párrafos de este artículo, el juzgador concederá la libertad provisional en resolución fundada y motivada, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

I.-Que se garantice debidamente a juicio del juez la reparación del daño;

II.-Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social;

III.- Que no exista riesgo fundado de que el inculcado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y,

IV.- Que no se trate de personas que por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirían la acción de la justicia.

Para los efectos del párrafo anterior, no procederá la libertad provisional cuando se trate de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal: 60, 123, 124, 125, 127, 128, - 132 a 136, 139, 140, 145, 147, 149 bis, 168, 170, - 197, 198, 265, 266, 266 bis, 302, 307, 315 bis, 320, 323, 234, 325. 326. 366 y 370 segundo y tercer párrafos cuando se realice en cualesquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 - fracciones VIII, IX y X y 381 bis.

De igual modo para los efectos del segundo párrafo de este artículo no se concederá el derecho de libertad provisional respecto a los delitos previstos en el artículo 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y en los artículos 102, 104, 105, 108, 109 y 115 bis del Código Fiscal de la Federación.

En la determinación que dicte, el Juez fundará y motivará el otorgamiento o la negativa de libertad, así como la revocación de ésta, en su caso, tomando en cuenta las prevenciones constitucionales y legales aplicables. En lo que respecta a la determinación del monto de la caución, se hará señalamiento específico sobre los daños y perjuicios, en la medida en que de las actuaciones se desprendan datos para fijar unos y otros. El Juez valorará lo actuado, asimismo para resolver si se trata de delito intencional, preterintencional o imprudencial, con el propósito de precisar las consecuencias de esta clasificación para los efectos de la garantía debida.

Fuera de los casos de libertad ordenada por órgano jurisdiccional, o de aquéllos a que se refiere el artículo 107 Constitucional, en ningún otro se excarcelará al inculcado, sin que previamente el encargado del reclusorio lo notifique al Ministerio Público.

NOTA.- Estos dos últimos párrafos únicamente los mencionamos por la transcripción del texto completo, tal y como quedó después de su reforma, pero ambos no fueron modificados.

El artículo anterior fue también reformado el veinte de febrero de 1992, quitando los artículos que refieren a los delitos previstos en el Código Fiscal de la Federación, pues el Ejecutivo Federal propuso modificaciones a la "Ley que armoniza diversas disposiciones con el Acuerdo General de Aranceles y Comercio, los Tratados para evitar la doble tributación y para simplificación fiscal, motivando con esto el establecer el beneficio de la libertad bajo caución para los procesados por delitos fiscales, aún cuando la pena media aritmética exceda de cinco años de prisión. En este sentido se propuso introducir reformas al Código Federal de Procedimientos Penales

les para suprimir del artículo 399 la referencia de que en los delitos fiscales no se admite la libertad bajo cuación, estableciendo en dicho artículo que la cuación que se otorgará en este tipo de delitos se fijará en los términos que señale la autoridad judicial, en base a los lineamientos que se propuso incluir en el Capítulo de los Delitos Fiscales del Código Fiscal de la Federación.

Con este texto, considero, que se propuso una novedosa fórmula que permite al procesado obtener la libertad caucional al mismo tiempo que asegura el interés fiscal.

Por lo que hace a la reforma del artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, quedó de la siguiente manera:

ARTICULO 556.- Todo inculcado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo cuación, si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito imputado, incluyendo sus modalidades. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor.

En los casos en que la pena del delito imputado rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión y no se trate de los delitos señalados en el siguiente párrafo de este artículo, el juzgador concederá la libertad provisional en resolución fundada y motivada, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

I.- Que se garantice debidamente a juicio del juez, la reparación del daño;

II.- Que la concesión de libertad no constituya un grave peligro.

III.- Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

IV.- Que no se trate de personas que por ser -- reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirían la acción de la justicia.

Para los efectos del párrafo anterior, no procederá la libertad provisional cuando se trate de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de -- Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal: 60,139,140,168, 170,265,266, 266bis,287,- 302, 307,315 bis, 320,323,324,325,326,366 y 370 segundo y tercer párrafos cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372,- 381 fracciones VII, IX y X y 381 bis.

Como puede observarse, ambos textos son idénticos en -- lo substancial y sólo difieren en la enumeración de los delitos -- respecto de los cuales no procede la libertad, pues en el ordenamiento federal se incluyen los de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

Actualmente y debido a que, como ya comentamos antes, -- existían una serie de lagunas y problemas de interpretación, el diez de enero fue publicado en el Diario Oficial de la Federación las reformas a ambos Códigos de Procedimientos, los que entraron en vigor el primero de febrero de 1994, quedando de la siguiente manera:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El contenido de los citados artículos reformados, será estudiado acuciosamente en la última parte de este capítulo, referente al análisis crítico.

B).- PROCEDIMIENTO.

Para que exista un mejor entendimiento del procedimiento -- que debe seguirse para la concesión de la libertad caucional, haremos, inicialmente, el estudio de éste antes de las últimas reformas, para después compararlo con el actual; y porque además, - obviamente este último es derivado del primero.

Para hablar del procedimiento que se debe llevar a cabo para la obtención de la libertad provisional, primeramente se podían establecer tres diferentes etapas: 1.- Ante el Juez del proceso, 2.- En amparo indirecto, ante el Juez de Distrito y 3.- En amparo directo.

1.- Ante el Juez del proceso.- para otorgarse la libertad caucional, cuando el término medio aritmético de la penalidad exceda de cinco años de prisión, deberán observarse los requisitos que señalan respectivamente, los artículos 399 y 556 de los Códigos Federal y Local procedimentales, según sea el caso; y como se trata de un beneficio de naturaleza procesal, para su procedencia era necesario aportar elementos probatorios a cargo del de fensor, decidiéndose en el mismo expediente o abriendo en su caso, un incidente no especificado, con la intervención del Ministrio Público, para el debido equilibrio procesal de las partes.

2.- En Amparo Indirecto, libertad que se solicita dentro del incidente de suspensión, ante el Juez de Distrito.

Respecto a este caso, se considera que la carga de la prueba es del solicitante, debiendo el Juez Federal solicitar a la autoridad responsable, información y pruebas que corroboren las que tiene, debiendo percatarse si el Juez de instancia resolvió sobre la petición de libertad, en cuyo caso, sería improcedente la concesión de libertad provisional bajo caución en el incidente de suspensión.

3.- En amparo Directo, libertad que puede otorgarse, al suspenderse la ejecución de la sentencia reclamada, por la autoridad responsable.- Por lo que hace a la suspensión de plano, que concede la autoridad responsable, al promoverse el juicio de amparo directo, y en base a lo que dispone el artículo 172 de la ley Amparo en vigor a partir del 15 de enero de 1988 que faculta a poner en libertad caucional al quejoso cuando procediere, mientras dure la tramitación del juicio de amparo directo, en atención a que está presentada como una facultad potestativa que se otorga bajo la más estricta responsabilidad de la autoridad responsable, el lineamiento recomendable a seguir es lo que procesalmente se establece conforme a las leyes federal o locales aplicables al caso, observando los requisitos exigidos para su otorgamiento.

Por lo que hace al procedimiento para la obtención de la libertad provisional ante el Juez de la causa, se encontraba establecido del artículo 557 al 573 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, los cuales indicaban:

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

79

-Que la libertad bajo caución podrá pedirse en cualquier -- tiempo por el acusado o por legítimo representante de aquél.

-Cuando proceda la libertad caucional, reunidos los requisitos legales, el Juez la decretará inmediatamente en la misma pieza de autos.

-En caso de que se niegue la libertad caucional, puede solicitarse de nuevo y ser concedida por causas supervinientes.

-El monto de la caución será fijada por el Juez, el que también tomará en consideración los antecedentes del inculcado, gravedad y circunstancias del delito, el mayor o menor interés que pueda tener el acusado en substraerse de la justicia; las condiciones económicas del acusado y la naturaleza de la garantía que ofrezca.

- La caución puede consistir:

- a) En depósito en efectivo, otorgado por el reo o por -- tercera persona.
- b) En hipoteca, otorgada por el reo o por tercera persona.
- c) En prenda, en este caso el bien mueble deberá ser dos veces el monto de la suma fijada, por lo menos.
- d) En fianza personal bastante.

-Al notificarse al procesado del auto que le concede la libertad caucional, se le harán saber sus obligaciones, que son: -- presentarse ante su Juez cuantas veces sea citado o requerido; comunicarle los cambios de domicilio y presentarse ante el Juzgado

el día que señale de cada semana.

- Cuando el inculpado haya garantizado su libertad con depósito, hipoteca o prenda, aquélla se revocará:

I.- Cuando desobedeciere sin causa justa y comprobada, las órdenes legítimas del tribunal que conozca de su asunto, o no efectúe las exhibiciones dentro de los plazos fijados por el tribunal en caso de habersele autorizado a efectuar el depósito en parcialidades.

II.- Cuando fuere sentenciado por un nuevo delito intencional que merezca pena privativa de libertad, antes de que la causa en que se le concedió la libertad esté concluida por sentencia ejecutoria.

III.- Cuando amenazare a la parte ofendida o a algún testigo de los que haya depuesto o tengan que deponer en su causa, o tratare de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, el juez, - al Agente del Ministerio Público o al secretario del juzgado o -- tribunal que conozca de su causa;

IV.- Cuando lo solicite el mismo inculpado y se presente a - su j z;

V.- Cuando en el curso de la instrucción, apareciere que el delito o los delitos imputados tienen señalada pena corporal cuyo término máximo sea superior a cinco años de prisión;

VI.- Cuando en su proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia.

VII.- Cuando el acusado no cumpla con alguna de las obligaciones a que se refiere el artículo 567 de este Código; y,

VIII.- Cuando el juez o tribunal abriguen temor fundado de -- que se fugue u oculte el inculpado.

Asimismo, los artículos que prevén el procedimiento para la libertad caucional, en el Código Federal de Procedimientos Penales, son del 400 al 417, los cuales son en el mismo sentido que -- los analizados anteriormente.

El procedimiento en la actualidad tuvo también reformas, -- siendo éstas principalmente por lo que respecta a la caución con -- que se garantizará la libertad, estableciéndose las diferencias -- con los anteriores a la última reforma, los siguientes artículos:

Tratándose del Código Federal de Procedimientos Penales, -- los numerales: 400, 402, 412, 413 y 416, mismos que dicen:

ARTICULO 400.-A petición del procesado o su defensor, la caución que garantice el cumplimiento de las obligaciones que la ley establece a corto del primero en razón del proceso, se reducirá en la proporción que el Juez estime justa y equitativa, por cualquiera de las circunstancias siguientes:

I.-El tiempo que el procesado lleve privado de su libertad.

II.- La disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito;

III.- La imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente, aun con pagos parciales.

IV.- El buen comportamiento observado en el centro de reclusión de acuerdo con el informe que rinda el Consejo Técnico Interdisciplinario; y

V.- Otras que racionalmente conduzcan a crear seguridad de que no procurará substraerse a la acción de la Justicia.

La petición de reducción se tramitará en incidente que se substanciará conforme a las reglas señaladas en el artículo 494.

Las garantías a que se refieren las fracciones I y II del artículo 399 sólo podrán ser reducidas - en los términos expuestos en el primer párrafo del presente artículo cuando se verifique la circunstancia señalada en la fracción III de este artículo. - En este caso si se llegare a acreditar que para obtener la reducción el inculcado simuló su insolvencia, o bien, que con posterioridad a la reducción - de la caución recuperó su capacidad económica para cubrir los montos de las garantías inicialmente señaladas, de no restituir éstas en el plazo que el juez señale para ese efecto, se le revocará la libertad-provisional que tenga concedida.

ARTICULO 402.- El monto de la caución relacionada con la fracción tercera del artículo 399, deberá ser asequible para el inculcado y se fijará tomando en cuenta:

I a V.- ... (igual)
Se deroga.

ARTICULO 412.- Cuando el inculcado haya garantizado por sí mismo su libertad con depósito, prenda, hipoteca o fideicomiso, aquélla se le revocará en los siguientes:

I a VII.- ... (igual)

VIII.- En el caso señalado en la parte final del último párrafo del artículo 400.

ARTICULO 413.- Cuando un tercero haya garantizado la libertad del inculcado por medio de depósito efectivo, de fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso, aquélla se revocará:

I a IV.- ... (igual).

V.- En el caso señalado en la parte final del artículo 400.

ARTICULO 416.- Cuando un tercero haya constituido depósito, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso para garantizar la libertad de un inculcado, las órdenes para que comparezca éste se entenderán con aquél. Si no pudiese desde luego presentarlo, el tribunal otorgará un plazo hasta de treinta días para que lo haga, sin perjuicio de librar orden de aprehensión. - si lo estima oportuna. Si -- concluido el plazo concedido no se obtiene la comparecencia del inculcado, se ordenará su reaprehensión y se hará efectiva la garantía en los términos del primer párrafo del artículo 414.

Asimismo, por lo que refiere al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, las reformas procedimentales también son en base a la caución que debe presentar el peticionario de la libertad provisional, siendo reformados los artículos 560, - 561, 562 fracción I y II, 567, 568 párrafo primero y fracción V, - 569 y 572, los cuales son en el mismo sentido que los citados artículos federales, por lo que no se transcribirán, y se analizarán conjuntamente.

Como podemos notar, de la lectura de los artículos transcritos, vemos que su reforma consiste prácticamente en la reglamentación de reducción de las cauciones y garantías, que se mencionan en el artículo 400 del federal y 560 del local, ello para que exista relación con la parte final del párrafo segundo de la fracción I del artículo 20 Constitucional: "... el monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculgado y en circunstancias especiales, la autoridad judicial podrá disminuir - el monto de la caución..."

C)._ ANALISIS CRITICO.

Inicialmente consideramos oportuno, para un análisis más completo, desglosar por partes el contenido de los artículos 556 y - 399 de los Códigos Procedimentales local y federal, respectivamente, para que parte por parte estudiemos el por qué de ellos y la finalidad de los mismos, así como el espíritu que quiso plasmar en ellos el legislador, partiendo de esa base terminaremos señalando la actual reforma y de la misma manera también la analizaremos, pero creo que para llegar a ésta es necesario primero estudiar la -- reforma de 1991, pues considero es la de mayor relevancia.

Para un mayor entendimiento podemos separar el contenido de los artículos reformados, en tres categorías.

- En primer término: sigue siendo garantía individual del inculgado, por imperativo constitucional, la facultad de solicitar y obtener su libertad caucional cuando se le atribuye la comisión de un delito sancionado con pena de prisión cuya media aritmética no exceda de cinco años.

- La segunda categoría está determinada con el conjunto de delitos a cuyos responsables se deberá conceder libertad provisio-
nal dentro de ciertos supuestos legalmente determinados, aunque el término medio de la punibilidad privativa de libertad exceda de -- cinco años, y,

- Finalmente en la tercera etapa, aparece el conjunto de delitos a cuyos autores se niega de plano la liberación provisional, - sin que para ello tenga relevancia la voluntad del juzgador.

En virtud de que las reformas son las mismas para ambos artículos, materia del presente estudio, por lo que hace a las etapas señaladas, nos referiremos a ellos en forma conjunta.

Todo inculgado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena - privativa de libertad que corresponde al delito imputado, incluyendo sus modalidades. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor.

Del análisis de este párrafo, se desprende que no existía contradicción alguna con el artículo 20 fracción I de la Constitución, pues hasta antes de su reforma (decretada el 3 de septiembre de 1993), contenían esencialmente lo mismo.

Creo que es prudente hacer un pequeño comentario al respecto, porque aunque el artículo 20 fracción I Constitucional, ya no contenga la parte considerativa de no rebasar el término medio aritmético de cinco años para obtener la libertad caucional, como hasta este momento no ha entrado en vigor dicha reforma sino hasta el año contado a partir de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, es decir 2 de septiembre de 1994, entonces a manera de antecedente estudiaremos el citado párrafo.

En este caso el acuerdo sobre la solicitud de libertad se debe dictar de inmediato, con el único requisito de que se otorgue la garantía que el juez señale, pues así está instituida la garantía Constitucional, sin que exista nada opuesto con los Códigos en mención.

En la práctica procesal, regularmente opera en el momento en que el inculcado rinde su declaración preparatoria, siendo entre otras obligaciones del juzgador indicarle si tiene derecho o no a la libertad caucional.

Por otro lado creo que es importante analizar la parte -- de este párrafo que indica a las modalidades del delito, debiéndose entender por éstas, según pretende el legislador como si fueran circunstancias calificativas que son modificativas de la sanción penal, en un sentido agravatorio, sin que deban confundirse con los elementos que lo integran y sin los cuales no puede existir, a diferencia de las circunstancias calificativas que son accidentales -- generalmente y sólo cuando la propia ley las convierte en constitutivas cambia su naturaleza.

En forma más específica el Diccionario de Derecho Procesal Penal define: AGRAVANTE.- Calificativa del delito que empeora "por sus circunstancias, la situación jurídica penal del inculgado. "A diferencia de las atenuantes que se basan en cuestiones subjetivas del inculgado. (vejez, ceguera etc)." (1)

(1) Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo I, edit. Porrúa, México, 1989. p. 169.

Continuando con el análisis del segundo párrafo, refiere:

En los casos en que la pena del delito imputado rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión y no se trate de los delitos señalados en los siguientes párrafos de este artículo, el Jueza dor concederá la libertad provisional en resolución fundada y motivada, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

I.- Que se garantice debidamente, a juicio de Juez, la reparación del daño. Para los efectos de esta fracción, en el caso de los delitos a que se refiere el cuarto párrafo del artículo 92 del Código Fiscal de la Federación, para la fijación de la caución, el Juez estará a lo dispuesto en dicho artículo.

II.- Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social;

III.- Que no exista riesgo fundado de que el inculcado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y,

IV.- Que no se trate de personas que por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirán la acción de la justicia.

Este párrafo es en mi opinión, el de mayor trascendencia y cambio, pues por primera vez en la historia de nuestro país, en forma expresa, se abre la posibilidad para que el acusado pueda alcanzar la libertad provisional, en caso de que el delito imputado tenga señalada pena de prisión cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años.

Considero que este es el momento oportuno para expresar mi opinión específica en cuanto a esta importantísima reforma, siendo mi sentir que se trata de una modificación que atiende al principio de inocencia, que cambia sólo hasta que se pronuncie sentencia condenatoria, con lo que se evita el máximo de posibilidades de prisión con carácter preventivo durante el desarrollo

del proceso, lo cual se puede basar en el inciso dos del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, -- que estipula: "toda persona acusada de un delito: tiene derecho a -- que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley." Al respecto también existe el criterio señalado por Beccaria: "La prisión es una pena que necesariamente debe preceder a la declaración del delito, a diferencia de cualquier -- otra."(2)

Asimismo, por otra parte, considero que con estas reformas se evita el exceso de población durante el desarrollo del proceso.

Por otro lado, siguiendo con el análisis, es importante -- que como lo dicen los artículos estudiados se conceda la libertad provisional en resolución fundada y motivada, pues toda resolución del juzgador debe tener esos requisitos, en este caso es -- notorio que el legislador quiso destacar la delicadeza del asunto y reiterar que el Tribunal debe razonar cuidadosamente sus determinaciones, sobretodo por la trascendencia de la materia.

Asimismo, a contrario sensu, se establecería que en el -- caso en que se niegue el beneficio de la libertad provisional, -- también será en un acuerdo debidamente fundado y motivado. Aclarando que en estos casos es procedente la apelación.

Siguiendo con el análisis de esta etapa procede estudiar -- cada uno de los requisitos exigidos para el otorgamiento de la li

(2) Bernardo de Quiroz, Constantino, Derecho Penal, Ed. José M. Jr. México, 1957, p. 74.

bertad caucional:

I.- Que se garantice debidamente, a juicio del Juez - la reparación del daño.

Es muy importante este requisito, pues refleja que fue pensado en favor de los terceros o agraviados que aunque no sean parte de un proceso penal, tienen el derecho de una seguridad y respaldo por parte del Estado. Con esto se garantiza a los afectados por los delitos patrimoniales.

Por otro lado, es necesario señalar que esta fracción - habla de "garantía", más no de otorgar caución, facilitando con ello la forma de reparación del daño, en caso de que el reo no tu viere la posibilidad económica de hacerlo mediante caución.

II.- Que la concesión de la libertad no constituya un - grave peligro social.

Para que el juzgador pueda saber si el conceder la liber tad al reo, no constituye un grave peligro social, únicamente - cuenta con el material probatorio aportado por el Defensor y por el Ministerio Público, así como su propio criterio, con lo que tige ne que valorar la "calidad del inculgado", la intranquilidad so-- cial que pudiera producir en los ofendidos y demás personas; creo que éste es un análisis meramente subjetivo, que el juez debe ha-- cer, regularmente en base a los antecedentes penales y estudio -- criminológico del peticionario de la libertad caucional.

III.- Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la Justicia.

Esta fracción es precisamente, por lo que anteriormente existía (y existe aún por algunos delitos graves) la prisión preventiva, pues con ella se evitaba el riesgo de sustracción a la justicia, ahora en cambio el juez debe cerciorarse que no exista el más mínimo riesgo, lo que puede hacerse valorando pruebas, estudios de personalidad y sobretodo determinando su "arraigo", es decir la necesidad de residir en determinado lugar, atendiendo a su posición social, su condición familiar y la naturaleza del delito.

IV._ Que no se trate de personas que por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirían la acción de la justicia.

Consideramos que la única manera de constatar estos datos es en base a pruebas documentales públicas indubitables como es el informe de ingresos anteriores a prisión.

Esta fracción a mi juicio, presenta un problema de interpretación, pues creo que no deja claro, si el sólo hecho de ser reincidente es causal inmediata para que se niegue la libertad o si el juez debe tomarlo como un indicio al momento de estudiar la conducta del inculpado.

Por último, en cuanto al análisis de la reforma que en este momento nos ocupa (1991), tenemos que toca estudiar los delitos que según los artículos 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y 556 del Distrito Federal, determinan exclusión de libertad, mismos que son:

ARTICULO 60.- Delitos imprudenciales calificados como -- graves, imputables al personal de empresas dedicadas a servicios públicos ferroviarios, aeronáuticos, navieros y de transporte escolar, que cause homicidio de dos o más personas.

ARTICULOS 123, 124, 125.- Traición a la Patria.

ARTICULOS 127 y 128.- Espionaje.

ARTICULOS 132 a 136.- Rebelión.

ARTICULO 139.- Terrorismo.

ARTICULO 140.- Sabotaje.

ARTICULO 145.- Penalidad especial que cometan los delitos del título primero del Libro segundo del Código Penal.

ARTICULOS 146 y 147.- Piratería.

ARTICULO 149 bis.- Genocidio.

ARTICULOS 168 y 170.- Ataques a las Vías Generales de Comunicación, (al que para ejecutar el delito se valga de explosivos)

ARTICULOS 197 y 198.- Delitos Contra la Salud.

ARTICULO 223.- Peculado

ARTICULOS 265, 266 y 266 bis.- Violación.

ARTICULOS 302, 307, 315 bis y 320.- Homicidio.

ARTICULOS 323 y 324.- Parricidio.

ARTICULO 325 y 326.- Infanticidio.

ARTICULO 366.- Privación ilegal de la libertad, en la modalidad de Plagio o secuestro.

ARTICULO 370, fracción II.- Cuando exceda de 100 veces.

ROBO fracción III.- Cuando exceda de 500 veces el salario mínimo, el monto de lo robado.

372.-, Robo con violencia.

381.- fracción VIII Robo, aprovechándose de la confusión producida por catástrofe o desorden público.

fracción IX.- por uno o varias personas armadas.

fracción X.- En contra de oficina bancaria o recaudatoria.

381 bis.- Robo en edificios, viviendas, aposento o cuarto...

Además en el Código Federal el:

ARTICULO 184 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.- Portación de arma de fuego reservada para uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea.

* Como ya indicamos, en el texto original, inicialmente el Código Federal de Procedimientos Penales, también incluía los artículos 102, 104, 105, 108, 109 y 115 bis del Código Fiscal de la Federación, pero por reforma del 20 de julio de 1992 fueron excluidos.

Podemos apreciar que los anteriores delitos contemplados en los citados artículos, son los que el legislador excluyó del beneficio de la libertad caucional, pues los consideró como delitos graves que revelan alta peligrosidad del sujeto activo, cuya conducta pudiera atacar y ofender a intereses y derechos de particulares y también a los que corresponden a la sociedad misma.

Aquí podemos notar que existen algunas dudas, entre ellas que al citar el artículo 60, no especifica a que parte del mismo refiere, pero en la práctica se sobreentiende que debe interpretarse en el sentido de que se refiere a los casos en que por imprudencia se causen homicidios de dos o más personas, si lo ejecuta personal de empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de cualquiera otros transportes de servicio público federal o local; y no a la primera parte del referido artículo 60 que contempla los delitos imprudenciales en general, y que aún sin la reforma alcanzaban una libertad provisional en base a la Constitución.

Por otro lado, tampoco se especifica lo que sucedería tratándose de los delitos prohibidos pero cuando sólo existía la TENTATIVA, pero también se interpreta que debido a la gravedad de los mismos existe una prohibición implícita para conceder la liber-

tad, por lo que dado el caso, debe entenderse que ni en grado de Tentativa procede conceder la libertad, pues además es claro que la tentativa de un delito se da porque no puede consumarse éste, pero ello es por causas ajenas al delincuente, pero la intención de delinquir existe.

Hemos llegado a la parte del estudio de las últimas reformas, creyendo que era necesario el análisis de las anteriores para poder entender el desenlace que se da en las actuales. Para comenzar a estudiarlas creo que es pertinente, primero, hacer un análisis de la reforma que se llevo a cabo el 3 de septiembre de 1993, al artículo 20 fracción I de la Constitución Federal, aclarando que el mismo entrará en vigor hasta un año posterior a la fecha citada.

La iniciativa para la presente reforma, originada en la Cámara de Diputados, refiere que es necesario adecuar las normas Constitucionales, siempre con vistas a la protección de los derechos humanos, garantías individuales, administración rápida y expedita justicia, tanto en las etapas de investigación, como durante el procedimiento judicial.

Para posteriormente ahondar más al análisis de esta reforma, primero haremos la transcripción del mismo:

ARTICULO 20 Constitucional.- En todo proceso del Orden Penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

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

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

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

Para comenzar, considero que lo más destacante, entre otros puntos, es sin lugar a dudas el eliminar la condicionante -- del término medio aritmético de cinco años, para obtener la libertad provisional, dejando a la legislación secundaria establecer -- cuáles delitos, por su gravedad no permitan la libertad caucional.

Asimismo, con esto se adecúa a la Ley Procesal, eliminando cualquier tipo de contradicción que pudiera existir entre estas legislaciones.

Por lo que respecta a la garantía que debe otorgarse -- para la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que pudiesen imponerse al inculpado, debe precisarse que el inculpado tiene que otorgar garantía, por sí o por tercero, para obtener este beneficio y presentarse las veces necesarias para la práctica de dili-

gencias. Debe entenderse que si el delito imputado es de los que --
causan daño material, moral o ambos, debe otorgar otra caución --
que garantice el monto estimado de la reparación del daño.

Es importante señalar que para que este artículo sea incon-
dicional a cualquier "status" del inculcado, el legislador mencio-
na que las sanciones pecuniarias serán determinadas por el Juez, --
previo juicio valorativo de las constancias de autos, y que el monto
y la forma de caución deberán ser asequibles para el inculcado, in-
clusive se podrá dar el caso de que pueda disminuir el monto de la
caución inicial. (aclarando que esto no es válido en cuanto a la re-
paración del daño.).

Por último hemos llegado a la reforma que tuvieron los-
artículos 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distri-
to Federal, así como el 399 del Código Federal de Procedimientos-
Penales, las que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Fed-
eración, el 10 de enero de 1994, entrando en vigor el 2 de febrero-
de ese año.

Después de estudiar en el presente trabajo todos los --
cambios que estos artículos han tenido, con respecto a un tema, --
por demás interesante como es la Libertad caucional, considero que
han llegado a su máxima expresión con esta reforma, la que como ve-
remos más adelante es concisa y acorde con todos los cambios que -
se han generado desde la reforma de 1991, que provocó el beneficio
de la libertad caucional, para determinados delitos, aún cuando --

su término medio aritmético excediera de cinco años.

Como los artículos que vamos a analizar, en esencia, contienen lo mismo, transcribiremos el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, para partir de éste, al realizar el estudio de esta reforma, haciendo las aclaraciones respectivas, en su momento, para diferenciarlo del Código Local.

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

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

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

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

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

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

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

*Para el Código Procesal Local, están contemplados los delitos graves, en el artículo 268.

Como vemos, es destacante el hecho de que el inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad provisional no sólo durante el proceso, sino también en la Averiguación Previa.

Asimismo, quedó claro que esta modificación indica que para obtener este beneficio será inmediatamente que lo solicite el inculpado, es decir, sin necesidad de incidente, sino cubriendo únicamente los requisitos exigidos que son: garantizar el pago de la reparación del daño, garantizar sanciones pecuniarias, caucionar el cumplimiento establecido en la ley y que no se trate de los delitos graves que rige el artículo 194 del Código Federal y 268 del Código Local.

Cabe hacer reflexión a que el legislador fue concreto al mencionar en su fracción I párrafo segundo que dado el caso de delitos que afectan la vida o la integridad corporal, la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo. (artículos 472 al 515), pues existiría duda para el caso de los delitos que no produzcan un resultado material. (Situación que no está prevista en la reforma del artículo 20 fracción Constitucional).

Por lo que hace a las garantías que deberán exhibirse señaladas en las fracciones I a III, queda claro que podrán ser en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.

Es necesario agregar en este punto, que para que esta reforma tenga concordancia con la del 20 Constitucional, también fue necesario reformar otros artículos procedimentales:

El artículo 400 del Federal y 560 del Local, que reglamentan la posibilidad de reducción de las cauciones y garantías, - esto en relación con la parte final del párrafo segundo de la fracción I del artículo 20 Constitucional.

El artículo 402 del Código Federal, que indica que el monto de la caución relacionada, debe ser asequible para el inculpado ; y,

Los artículos 413 del Federal y 561 del local, que indican los casos de revocación.

Toca el turno al estudio de los delitos que el Legislador consideró como graves, los que se encuentran plasmados en el artículo 194 del Código Federal Procesal y 268 del Local:

En su última parte dicen:

ARTICULO 194.- "... " Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal: homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 tercer párrafo; traición a la patria previsto en los artículos 123, 124, 125, 126; espionaje previsto en los artículos 127, 128; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero, así como los previstos en los artículos 142 párrafo segundo y 145; piratería previsto en los artículos 146 y 147; genocidio previsto en el artículo 149 bis; evasión de presos previsto en los artículos 150 con excepción de la parte primera del párrafo primero y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 bis párrafo tercero; contra la salud previstos en los artículos 194, 195 párrafo primero, --

195 bis, 197 párrafo primero y 198 parte primera del párrafo tercero; corrupción de menores previsto en el artículo 201; de violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto en carreteras o caminos previstos en el artículo 286 segundo párrafo; homicidio previsto en los artículos 302 -- con relación al 307, 313, 315, 315 bis, 320 y 323; de secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado, previsto en el artículo 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones VIII, IX y X, 381 bis y extorsión previsto en el artículo 390, así como los previstos en el artículo 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; tortura previsto en el artículo 4º de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura; el de tráfico de indocumentados previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población y el previsto en el artículo 115 bis del Código Fiscal de la Federación.

En esta parte del artículo transcrito, observamos que -- en forma clara y concisa, son mencionados los delitos que en base a su gravedad fueron prohibidos para alcanzar el beneficio de la libertad provisional que se estudia. Es notorio que a diferencia de las anteriores reformas, en ésta, no sólo es mencionado el numeral que previene el delito prohibido, sino además menciona de -- que delito se trata.

Para terminar y debido a que en este capítulo se persigue dar un enfoque moderno al tema de la libertad provisional contempladas en los Códigos Procesales, considero necesario mencionar la reforma que tuvo el artículo 135 bis del Código Federal y 133 bis del Código Local, pues aunque nuestro tema específicamente son los artículos 399 del Federal y 556 del Local, los artícu-

los anteriormente citados guardan relación con estos últimos.

Como hemos estado haciendo, únicamente transcribiremos el artículo 135 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, ello para obviar repeticiones, pues contienen ambos la misma redacción.

ARTICULO 135 bis.- Se concederá al inculpado la libertad sin caución alguna, por el Ministerio Público o por el Juez, cuando el término medio aritmético de la pena no exceda de tres años, siempre que:

- I.- No exista riesgo fundado de que pueda sus traerse a la acción de la justicia;
- II.- Tenga domicilio fijo con antelación, no menor de un año, en el lugar de residencia de la autoridad que conozca del caso;
- III.- Tenga un trabajo lícito; y,
- IV.- Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional.

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

Este artículo establece una importantísima aportación -- pues se trata de obtener la libertad sin caución alguna, estimando que existen algunos individuos que no deben obligarse a ser -- recluidos cuando hayan cometido un delito que no cause un daño -- grave a la sociedad, lo que se refleja en el término medio aritmético del delito que no debe rebasar de tres años; aunque claro está debe cumplir con ciertos requisitos, de tal forma que -- hasta que se reúnan, el Ministerio Público podrá otorgar la libertad.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En nuestro País, ha sido considerada la prisión preventiva, desde la primera Constitución del México In dependiente, como necesaria para los inculpados que cometen delitos que son sancionados con pena corporal.

SEGUNDA.- En nuestro sistema, la Libertad Provisional no aparece como garantía en la Constitución de 1857, no obstante el Código de Procedimientos Penales en 1880 la estableció en casos de delitos que merecieran pena corporal, siempre y cuando la pena máxima imponible fuese de cinco años de prisión y el Código de 1874, hasta por delitos cuya pena privativa no excediera de siete años.

TERCERA.- Desde la Constitución de 1917, fue establecido que todo acusado podría ser puesto en libertad bajo fianza, siempre y cuando dicho delito no mereciera ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión, sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla.

CUARTA.- Es común que los vocablos "fianza" y "caución" sean utilizados en un mismo sentido, pero la fianza es una especie de la caución, ésta denota garantía y fianza una -- forma de aquélla.

QUINTA.- Los efectos de la Libertad Provisional consisten en la desaparición de la restricción que para la libertad individual, supone la detención y la prisión, quedando la libertad individual sólo vinculada a los fines del proceso, es decir, condicionada a ciertas obligaciones que manda el Juzgador.

SEXTA.- El hecho de que inicialmente se hayan reformado los artículos 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y 556 del Distrito Federal, sin que la Constitución hubiese sido modificada, no contrarió los principios de Jerarquía de la Norma, pues nuestra Constitución Política expresamente se refiere a derechos consagrados en favor del ciudadano, como derechos subjetivos mínimos y la ampliación de estos beneficios se pueden llevar a cabo en una Ley secundaria, pues no rebasa la Ley fundamental, únicamente la amplía.

SEPTIMA.- Con la nueva redacción de la fracción I del artículo 20 Constitucional, desaparece la condicionante de que para-

otorgar la libertad bajo caución, el término medio aritmético del delito incluyendo sus modalidades, no exceda de cinco años de prisión, porque se deja a la legislación secundaria que establezca cuáles delitos por su gravedad no permitan la libertad caucional, lo cual significa que para tales efectos, no se tomará como base el término medio aritmético de la pena del delito respectivo, sino es la Ley Procesal la que determina cuáles delitos no lo permiten.

OCTAVA.- Con las actuales reformas se amplían cada vez más las garantías del procesado, pues considero que era injusto que un individuo cuya responsabilidad delictuosa no se ha demostrado, quede aún así, privado de su libertad, -- pues es una pena que se anticipa a la sentencia.

NOVENA.- Es congruente que tratándose de la presunta ejecución de delitos graves, el inculcado no obtenga su libertad provisional, pues son más los riesgos que pudiera correr la sociedad y hasta el propio agraviado en caso de que ésta fuera concedida.

DECIMA.- Nuevamente la ley secundaria, es decir Código de Procedimientos Penales, Federal y Local, va más allá de los términos empleados en la Constitución Federal, en el sen

tido de que ésta última indica que el Juez es el que debe otorgar la libertad provisional bajo caución, sin embargo los códigos adjetivos refieren que el citado beneficio podrá efectuarse durante la Averiguación Previa y durante el proceso, lo que denota que además de facultar al Juez, también faculta al Agente del Ministerio Público que conozca al respecto.

DECIMA PRIMERA.- Actualmente se puede resumir la procedencia de la libertad provisional bajo caución a dos requisitos: - que se otorguen las garantías suficientes que procedan - y que no se esté en algún caso de excepción, por lo que ahora se deberá agilizar el trámite de su procedencia, - otorgándose inmediatamente que se pida, sin que deba - - abrirse incidente para su tramitación, sino bastará que únicamente se cubran los requisitos solicitados y no se trate de delitos graves.

DECIMA SEGUNDA.- Entre los requisitos que se establecen para que proceda la libertad provisional bajo caución, se encuentra como novedad, en la fracción II de los artículos 399 del Código Procesal Federal, así como del 556 del Local, que el inculcado debe garantizar las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele para efectos de - la libertad del procesado, pero ese tipo de sanciones deberían ser consideradas hasta que se individualizan las penas es decir, hasta el dictado de la sentencia, olvidando - -

además que la multa se puede sustituir por jornadas de trabajo en favor de la comunidad, en caso de insolvencia.

DECIMA TERCERA. -- Dentro de las reformas tanto procesales como -- Constitucionales están las que señalan que la caución de be ser asequible para el inculcado, así como que podrán reducirse la caución otorgada para garantizar las obligaciones contraídas por el mismo, en caso de acreditar su insolvencia económica, lo que demuestra que estas reformas fueron pensadas principalmente en el beneficio del inculcado, para hacerlas más justas y equitativas.

DECIMA CUARTA. -- Las reformas que estudiamos en el presente trabajo, marcan cambios trascendentales, en materia de libertad provisional, basándose en una novedosa regulación -- constituyendo un principio de seguridad y justicia en favor del inculcado, buscando también solucionar graves problemas de la época y asimismo, en forma destacante obedece a la saturación que existe en los diversos Centros de Readaptación Social.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Acero, Julio. Procedimiento Penal. Editorial Font. Guadalajara Jalisco, México, 1939, 1a. Edición.
- 2.- Arilla Bas, Fernando. Derecho Procesal Penal. Editorial - Kratos, México, 1979. 3a. Edición.
- 3.- Borja Osorno, Guillermo. Derecho Procesal Penal, Editorial Cajica, Puebla, Pue. México, 1969. 2a. Edición.
- 4.- Burgoa Orihuela, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano Editorial Porrúa. México, 1976. 5a. Edición.
- 5.- Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa. México, 1977. 4a. Edición.
- 6.- Carrillo Flores, Antonio. La Constitución. Editorial - Porrúa, México, 1980. 5a. Edición.
- 7.- Colín Sánchez, Guillermo. Derecho de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. México, 1976, 5a. Edición.
- 8.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Editorial Depalma. - Buenos Aires, Argentina, 1971, 2a. Edición.

- 9.- García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho Editorial Porrúa, México, 1974, 3a. Edición.
- 10.- García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal - Editorial Porrúa. México, 1974. 2a. Edición.
- 11.- García Ramírez, Sergio. Proceso Penal y Derechos Humanos- Editorial Porrúa, México, 1992, 1a. Edición.
- 12.- González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Pro- cesal Penal. Editorial Porrúa, México, 1971, 4a. Edición.
- 13.- González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, - Editorial Porrúa. México, 1990.
- 14.- Hernández López, Aaron. El Proceso Penal Federal. Edito- rial Porrúa, México, 1993, 2a. Edición.
- 15.- Martínez de la Serna, Francisco. Derecho Constitucional - Editorial Porrúa, México, 1980, 6a. Edición.
- 16.- Mommsen, Teodoro. Derecho Romano. Editorial Reus, Ma- drid, España, 1947. 2a. Edición.
- 17.- Montiel y Duarte, Isidro. Estudio sobre Garantías Indivi- duales. Editorial Porrúa. México, 1972. 6a. Edición.

- 18.- Moreno Díaz, Daniel. Derecho Constitucional. Editorial - Pac. México, 1974, 3a. Edición.
- 19.- Ramírez Fonseca, Francisco. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Pac. México, 1990, 1a. Edición.
- 20.- Recasens Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa, México, 1970. 4a. Edición.
- 21.- Rojina Villegas, Rafael. Teoría Jurídica de la Conducta.- Editorial Botas. México, 1947, 1a. Edición.
- 22.- Ruiz Massieu, José Francisco. Derecho Constitucional. Editorial Porrúa. México, 1981. 1a. Edición.
- 23.- Tena Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional. Editorial- Porrúa. México 1969, 4a. Edición.

DIVERSOS

- 1.- Diccionario Enciclopédico Universal. Ediciones Credsá, Barcelona España, 1972.
- 2.- Diccionario Hispánico Universal. Editorial W.M. Jackson -- Traducción. México, 1967

- 3.- Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones. Cámara de Diputados XLVI Legislatura.
- 4.- Revista State and Law. Traducción de Yolanda Meléndez. México. 1980.

LEGISLACION.

- I.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- II.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
- III.- Código Federal de Procedimientos Penales.
- IV.- Código Penal .