

168
2^{es}.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON**

**"EL DERECHO A LA GARANTIA DE LIBERTAD
PROVISIONAL BAJO CAUCION EN EL
DISTRITO FEDERAL".**

T E S I S
 Que Para obtener el Titulo de:
LICENCIADO EN DERECHO
 P r e s e n t a:
ADRIAN OMAR GIL CRUZ
 Asesor : Lic. Hector Vega Herrera

México, 1998

259696

**TESTIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A MIS PADRES:

FRANCISCO GIL MARTÍNEZ (+)

MARINA CRUZ MARTÍNEZ (+)

Con todo mi agradecimiento por
haberme conducido por el camino
del bien, esperando ser el fruto de
la semilla que ellos sembraron.

A MIS HIJAS:

NADIA Y DIANA GIL VALVERDE.

Con todo mi amor, por ser la razón
de mi existencia.

A MI ESPOSA:

CONCEPCION VALVERDE DE GIL.

Con quien espero seguir compartiendo
momentos inenarrables durante mi vida

A MIS HERMANOS:

FRANCISCO, GUADALUPE, ANTELMO,
GERARDO, ARTURO, MARCO, JUANA,
ROSALÍA Y MÓNICA.

Quienes han sido ejemplo a seguir, para
que sea un hombre de bien.

A MI ASESOR:

LIC. DIRECTOR VEGA HERRERA.

Por el apoyo brindado para la culminación,
del presente trabajo.

A TODOS AQUELLOS QUIENES HICIERON
POSIBLE, LA TERMINACIÓN EL MISMO.

I N D I C E

"EL DERECHO A LA GARANTÍA DE LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN EN EL DISTRITO FEDERAL"

PÁG.

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

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DE LA LIBERTAD

1.1. LA LIBERTAD	1
1.1.1. PRINCIPALES ACEPCIONES DE LA PALABRA LIBERTAD	1
1.1.2. DEFINICIÓN TRADICIONAL DE LA LIBERTAD	4
1.1.3. DEFINICIÓN POSITIVA DEL DERECHO DE LIBERTAD	5
1.2. LA LIBERTAD EN EL MUNDO ANTIGUO.....	6
1.2.1. LOS DESPOTISMOS ORIENTALES.....	6
1.2.2. LAS DEMOCRACIAS ANTIGUAS	7
1.3. LA LIBERTAD EN EL MUNDO MEDIOEVAL.....	8

	PÁG.
1.3.1. LA LIBERTAD EN LA EDAD MEDIA.....	8
1.3.2. EL SISTEMA DE LOS PRIVILEGIOS MEDIOEVALES	9
1.4. LA LIBERTAD EN EL MUNDO MODERNO.....	11
1.4.1. DE LAS LIBERTADES MEDIOEVALES A LA LIBERTAD DEMOCRÁTICO- LIBERAL	11
1.4.2. LA LIBERTAD POLÍTICA EN EL PENSAMIENTO DE ROUSSEAU.....	14
1.5. EL PROBLEMA DE LA LIBERTAD EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO.....	16
1.5.1. LA CRÍTICA DE LA LIBERTAD BURGUESA	16

CAPÍTULO SEGUNDO

LA LIBERTAD COMO DERECHO Y COMO PODER

2.1. TEORÍAS DE HUGO ROCCO Y KELSEN SOBRE LA LIBERTAD JURÍDICA.....	18
2.1.1. TESIS DE HUGO ROCCO.....	18
2.1.2. TESIS DE HANS KELSEN.....	20
2.2 EL DERECHO DE LIBERTAD DESDE EL PUNTO DE VISTA FILOSÓFICO	24

2.2.1.	JUSTIFICACIÓN FILOSÓFICA DEL DERECHO DE LIBERTAD	24
2.2.2.	TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO.....	30
2.3.	CONCEPCIÓN IDEALISTA DE LA LIBERTAD	31
2.4.	REFUTACIÓN AL IDEALISMO CRÍTICO.....	32
2.5.	LA LIBERTAD Y LA AUTORIDAD	38
2.6.	LA LIBERTAD COMO DERECHO Y COMO PODER.....	43

CAPÍTULO TERCERO

LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

3.1.	ANTECEDENTES DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.....	45
3.1.1.	LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EUROPA.....	45
3.1.1.1.	LOS GRIEGOS	45
3.1.1.2.	LOS ROMANOS.....	46
3.1.1.3.	LOS GERMANOS	48
3.1.1.4.	LOS GALOS	48
3.1.1.5.	LOS IBEROS	49

	PÁG.
3.1.2. LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.....	50
3.1.2.1. LA ÉPOCA NOVOHISPANA.....	50
3.1.2.2. EL MÉXICO INDEPENDIENTE.....	51
3.2. LOS INCIDENTES EN MATERIA PENAL.....	59
3.3. EL INCIDENTE DE LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.....	65
3.3.1. CONCEPTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.....	67
3.3.2. TRAMITACIÓN DEL INCIDENTE DE LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.....	68
3.3.3. DIVERSAS CLASES DE CAUCIÓN.....	71
3.3.4. EFECTOS DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN Y REVOCACIÓN DE LA MISMA.....	75

CAPÍTULO CUARTO

NECESIDAD DE QUE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN SEA CONCEDIDA EN FORMA OFICIOSA

4.1. EFECTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL INDIVIDUO Y EN SU ENTORNO SOCIAL.....	78
---	----

4.2	PRÁCTICAS IRREGULARFS DURANTE EL PROCEDIMIENTO PENAL EN RELACIÓN A LA CONCESIÓN DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN	80
4.3.	LA SITUACIÓN DEL PROCESADO ANTE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	83
4.4.	NECESIDAD DE QUE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN SEA CONCEDIDA EN FORMA OFICIOSA	85
4.5.	PROPUESTA DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA. Y AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL EN SUS ARTÍCULOS 557, 561 Y 562; PARA QUE SU TRAMITACIÓN EN LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN SEA CONCEDIDA EN FORMA OFICIOSA.....	92
	CONCLUSIONES.....	96
	BIBLIOGRAFÍA.....	99
	LEGISLACIÓN.....	101

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo ha sido elaborado con el firme propósito de realizar un estudio profundo y sistemático de la figura jurídica del Derecho Penal, la cual se denomina Libertad Provisional Bajo Caución, y que consiste en el derecho que tienen los indiciados de obtener su Libertad Provisional en tanto no se demuestre su culpabilidad en la comisión del delito que se les imputa, debiendo para ello reunir los requisitos que señala la Ley Adjetiva Penal, entre los que se encuentran, el otorgamiento de una caución, con la facultad para el indiciado de elegir el tipo de caución que otorgará de acuerdo a las que se señalan en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. La idea central del presente estudio, está encaminada a determinar sobre la procedencia de que dicha Libertad Provisional sea concedida de manera oficiosa, esto a fin de evitar abusos por parte de las personas que tienen relación con la administración de justicia y quienes abusan de la complicación que existe para interpretar la abundante y cambiante legislación, así como de la ignorancia del procesado y de la familia de éste en cuestiones jurídicas, toda vez que en la práctica se observa que además de los Jueces y Ministerios Públicos, también hay otras personas como abogados, agentes de afianzadoras y los llamados "coyotes" que obtiene beneficios personales durante la tramitación de la libertad del indiciado. Por otra parte, con el otorgamiento de la ya referida Libertad Provisional en forma oficiosa, se buscan y se plantean también, otras alternativas para caucionar en caso de insolvencia económica del indiciado, intentando con ello que la legislación esté basada en un principio de igualdad tanto jurídica como social, a efecto de que no beneficie solamente a los que tienen una situación económica privilegiada.

Para cumplir con la finalidad ha que se ha hecho mención, durante el desarrollo de la investigación se abordan en forma diversos aspectos que enmarcan a la figura jurídica en estudio, por ello y a fin de conocer los antecedentes y la naturaleza jurídica de la Libertad Provisional Bajo Caución, se inicia con un análisis del concepto de libertad, mismo que existió desde las primeras sociedades y se ha perfeccionado a través de los tiempos para encontrar diversas ideas y acepciones en la época actual, por lo que se consideró importante hacer mención de las teorías que han surgido en relación con este concepto. De igual manera, el capítulo tercero del presente

documento, nos da una semblanza de como fue evolucionando la figura de la Libertad Provisional Bajo Caución durante el esplendor de las civilizaciones más destacadas como los griegos, los romanos, los germanos, los galos y los Iberos, refiriéndonos también al desarrollo de esta figura en el sistema jurídico mexicano que como puede observarse adoptó los conceptos jurídicos europeos que llegaron a nuestro país a través de la legislación española y esto se vio reflejado en nuestras propias doctrinas jurídicas relativas a dicha Libertad Provisional que han servido como fundamento para la regulación de la misma, la cual ha sufrido cambios en los distintos cuerpos de leyes que se han emitido después de que el país alcanzó su total independencia.

Como podrá verse, nuestra Legislación Procesal Penal, clasifica a la Libertad Provisional Bajo Caución dentro de los llamados incidentes de libertad, por lo que se aborda el tema específico de éstos procedimientos, haciendo referencia a las cuestiones más sobresalientes de su naturaleza jurídica, procedencia y tramitación, poniendo especial énfasis en el incidente específicamente llamado "Incidente de Libertad Provisional Bajo Caución", por lo que se realizó un estudio más detallado de las características especiales que tiene la tramitación del mismo y de las diversas clases de caución que la legislación contempla para la obtención de la referida Libertad Provisional. Así mismo, se examinaron los efectos que se generan en relación con individuos que obtiene su Libertad Provisional y las causas que pueden motivar al juzgador para decidir la revocación de la libertad transitoria que goza el individuo y ordenar su aprehensión o en su caso, rehaprensión.

Una vez efectuado el estudio dogmático y jurídico del Incidente de Libertad Provisional Bajo Caución, se hace referencia a los abusos y prácticas irregulares que en ocasiones se llevan a cabo por parte de las autoridades encargadas de la procuración de justicia y de otras personas que participan en la gestión para obtener la libertad de los indicados. Considerando la realidad de la procuración de justicia en nuestro país y las cuestiones dogmático-jurídicas, se presenta una propuesta que busca lograr una situación de igualdad jurídica en relación a los indiciados, pretendiendo también frenar los abusos de servidores públicos e individuos deshonestos, Dicha propuesta plantea la posibilidad de que la Libertad Provisional se conceda en forma oficiosa por parte del Juez o de Agente del Ministerio Público, y considerando que la legislación actual contempla formas de caucionar que únicamente benefician a las

clases de posición económica desahogada, se contemplan también algunas sugerencias sobre otras alternativas para otorgar caución, buscando con ello que los indiciados de escasos o nulos recursos económicos tengan la posibilidad de obtener su libertad mediante una institución que se encargue de tramitar la libertad y garantizar el cumplimiento de las obligaciones por parte del indiciado.

Se espera que el presente trabajo constituya una aportación al conocimiento jurídico y despierte el interés en buscar un sistema de impartición de justicia que sea más igualitario y que beneficie a todas aquellas personas que por una u otra razón se vean involucradas en cuestiones de tipo penal.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DE LA LIBERTAD

1.1. LA LIBERTAD

1.1.1. PRINCIPALES ACEPTACIONES DE LA PALABRA LIBERTAD

1.1.2. DEFINICIÓN TRADICIONAL DE LA LIBERTAD

1.1.3. DEFINICIÓN POSITIVA DEL DERECHO DE LIBERTAD

1.2. LA LIBERTAD EN EL MUNDO ANTIGUO

1.2.1. LOS DESPOTISMOS ORIENTALES

1.2.2. LAS DEMOCRACIAS ANTIGUAS

1.3. LA LIBERTAD EN EL MUNDO MEDIOEVAL

1.3.1. LA LIBERTAD EN LA EDAD MEDIA

1.3.2. EL SISTEMA DE LOS PRIVILEGIOS MEDIOEVALES

1.4. LA LIBERTAD EN EL MUNDO MODERNO

1.4.1. DE LAS LIBERTADES MEDIOEVALES A LA LIBERTAD DEMOCRÁTICO- LIBERAL

1.4.2. LA LIBERTAD POLÍTICA EN EL PENSAMIENTO DE ROUSSEAU

1.5. EL PROBLEMA DE LA LIBERTAD EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO

1.5.1. LA CRÍTICA DE LA LIBERTAD BURGUESA

1.1. LA LIBERTAD

Todo ser humano lo único que no escoge, sino que le ha sido dado es la Libertad, este poder de obrar es necesario para que todo ser humano lleve a cabo sus objetivos, razones por las cuales se han librado a través de la historia de la humanidad un sin número de enfrentamientos para conservarla. En los regímenes democráticos la Libertad es un principio fundamental que no debe faltar, ya que con base a esto, cada hombre tiene por naturaleza derechos de actuar como mejor le convenga sin otras limitaciones que los que derivan de los derechos de los demás.

1.1.1. PRINCIPALES ACEPCIONES DE LA PALABRA LIBERTAD

A fin de tener una idea clara de los fines que persigue el llamado incidente de Libertad Provisional Bajo Caución, consideramos conveniente profundizar un poco en la conceptualización de la Libertad por ser el valor que se busca proteger con dicho incidente.

Se dice que es poco probable que en el léxico científico y filosófico, e incluso en el cotidiano, haya muchas voces tan equívocas como la palabra LIBERTAD y que podría compararse a esos útiles contruidos por el hombre para un fin especial, que algunas veces son empleados, con mayor o menor éxito, en la consecución de otros propósitos, vocablos que en un principio tuvieron una acepción claramente definida, reciben, andando el tiempo, otras muy diversas; hasta que llega el día en que no se sabe cuál fue el sentido originario "...sucede con ellos, lo que con algunas monedas muy antiguas: pasan por tantas manos, que el cuño se borra, y a la postre es difícil decir si están fuera de curso."¹

¹ García Máynez, Eduardo, "Introducción al estudio del derecho". Trigesima Sexta Edición, Ed. Porrúa, México, D.F. 1984, p. 215.

El concepto es tan flexible, tiene tantos matices, que se ha aplicado no sólo al individuo y su conducta, sino a los animales y a las cosas: unas veces en sentido físico; otras, para expresar ideas morales o jurídicas.

En las conversaciones diarias, por Libertad se entiende 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 en libertad el gas que se desprende de una probeta, al producirse una reacción química o el pájaro que escapa de las rejas de su jaula.

La acepción que acabamos de citar es puramente mecánica. Alude a una simple posibilidad de movimiento, frente a la que no hay obstáculos capaces de destruirla o limitarla. El escritor inglés Thomas Hobbes al referirse al concepto que analizamos, nos dice "...que no podríamos considerar privados de la libertad al hombre imposibilitado para moverse (un paralítico, verbigracia) o a la piedra tirada en medio del camino."²

El término se emplea igualmente para indicar la carencia de ocupaciones o la extinción de una pena, como cuando hablamos de la vida libre de un vagabundo, o decimos que un semejante se ha librado de un gran dolor.

En el lenguaje corriente la palabra posee asimismo un significado moral, en tal sentido se aplica a las personas que observan una conducta escandalosa o llevan una vida contraria a las exigencias del decoro. El vocablo es entonces sinónimo de libertinaje o indecencia.

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, es decir, sin obedecer a ninguna fuerza o motivo determinante. Es como diría Kant, "...una causalidad cuyo primer momento es sólo causa, no efecto de otra causa."³

² Citado por García Máynez, Eduardo. Ob. cit, p. 216.

³ *Idem*.

Sólo se pretende distinguir la libertad del querer, como hecho, de la jurídica, que es la facultad derivada de una norma. Podemos decir que el término facultad es ambiguo, y que generalmente se emplea para designar diversas actitudes y predisposiciones naturales, que nada tienen que ver con el derecho de libertad. Por ejemplo, alabamos las facultades extraordinarias de un virtuoso del violín, y en sentido todavía más amplio, solemos hablar de las facultades del alma. En estos giros, el vocablo facultad equivale a aptitud o atributo.

La libertad jurídica no es poder, ni capacidad derivada de la naturaleza, sino derecho. Podemos decir, con toda justicia que es autorización. Estar autorizado significa tener el derecho de realizar u omitir ciertos actos.

Frecuentemente se afirma que, desde el punto de vista jurídico, se es libre de hacer o no hacer aquello que no está prohibido, sin embargo la anterior definición es incorrecta. Hay numerosas acciones no vedadas por el derecho que, sin embargo, no pertenecen al sector de la libertad. Aludimos a los actos prescritos por la ley, es decir, a los que representan un deber jurídico. En relación con ellos no existe aquel derecho. El obligado a observar una conducta determinada no está facultado (normativamente hablando) para dejar de observarla, aun cuando de hecho, falte a su deber. La violación de la norma es entonces una manifestación del libre albedrío, pero no representa el ejercicio de la libertad jurídica.

En todos los tiempos, numerosos autores han pretendido oponer a la libertad jurídica una supuesta libertad natural, ajena a toda regulación, cuyos límites coincidirían con los de la fuerza de cada individuo. Usando el término en la forma que acabamos de explicar, Spinoza decía "...que en el estado de la naturaleza, el derecho de cada uno se extiende hasta donde llega su poder."⁴ Este concepto ha desempeñado un importantísimo papel en la historia de las doctrinas filosófico-jurídicas y, especialmente, en la evolución de las teorías políticas. Frente a la libertad jurídica, normativamente limitada, colócase la libertad absoluta de la naturaleza. De esta suerte, aquélla aparece como una deformación de la libertad verdadera; el derecho resulta un grillete, y el Estado un mal. Con ello vemos que no es extraño que los defensores más decididos de esta supuesta libertad absoluta sean los anarquistas.

⁴ Citado por García Máynez, Eduardo. Ob. cit. p. 217.

La noción ha sido utilizada asimismo por los partidarios de la doctrina del contrato social. Esta tesis, con el pretexto de explicar el origen de la comunidad política, pretende referir la validez del orden jurídico a la voluntad de los particulares, ya que ve en el derecho el fruto de un pacto, celebrado por ellos en uso de su autonomía. De aquí que la doctrina contractualista y la teoría del reconocimiento se hallen situadas en el mismo plano, y persigan una finalidad idéntica, dichas teorías serán detalladas más adelante para su mejor comprensión.

1.1.2. DEFINICIÓN TRADICIONAL DE LA LIBERTAD

Hugo Rocco afirma que la libertad jurídica sólo puede definirse negativamente como "...la facultad de hacer u omitir aquello que no está ordenado ni prohibido."³ La definición anterior se funda en la división de los actos posibles de un sujeto cualquiera, en relación con las normas del derecho objetivo. Tales actos pertenecen, necesariamente a una de estas tres categorías: ordenados, prohibidos y permitidos (ver figura número 1). El sector número 1 comprende los deberes positivos del sujeto (obligaciones de hacer o de dar); el número 2 sus deberes negativos (obligaciones de no hacer); y el número 3 sus derechos. Según la teoría tradicional, la libertad jurídica se manifiesta en la realización o no realización de los actos que no están prescritos ni vedados.

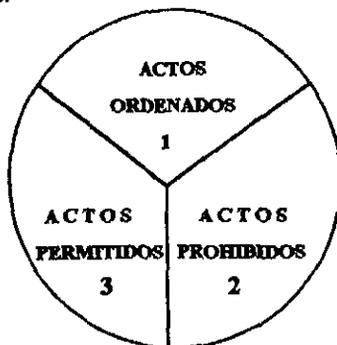


FIGURA No. 1

³ Citado por García Máynez, Eduardo. "Libertad como Derecho y como Poder". Ed. Compañía General Editora S.A. México, D.F. 1941, p. 19.

El aforismo: lo que no está prohibido, está permitido, indica en cambio que es lícito ejecutar los actos encerrados en los sectores 1 y 3, pues no sólo se tiene la facultad de hacer lo que el derecho objetivo no manda ni prohíbe, sino también la de realizar lo que ordena. Entre los actos pertenecientes a los dos sectores que acabamos de citar, existe, sin embargo, una diferencia. Cumplir un deber es tan lícito como ejecutar una acción no ordenada ni prohibida; pero mientras el derecho al cumplimiento de una obligación sólo faculta al obligado para hacer lo prescrito, en relación con los actos del tercer sector no existe únicamente el derecho de ejecutarlos, sino, además, de omitirlos. Para esto conviene, para mayor claridad, distinguir lo permitido en sentido amplio y en sentido estricto. En el primer sentido se encuentra autorizada: uno, la ejecución de los actos obligatorios; dos, la omisión de la conducta prohibida y tres, la ejecución o la omisión de los procederes que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Lo permitido, estricto sensu, refiérese a la realización o no realización de toda conducta que el derecho objetivo no prohíba ni mande; lato sensu, confúndese con lo lícito. Podemos hablar, por consiguiente, de lo lícito obligatorio (facultad de cumplir el deber propio), y lo lícito potestativo (derecho de observar u omitir todo comportamiento no referido a los sectores 1 2). Este derecho es la libertad jurídica.

1.1.3. DEFINICIÓN POSITIVA DEL DERECHO DE LIBERTAD

El derecho de libertad puede y debe ser definido en forma positiva, pues de lo contrario se indican sus límites, más no su esencia. Los autores que han abordado el estudio del tema, definen por exclusión el ámbito de la libertad, obedeciendo a la creencia errónea de que tal derecho es una especie situado en el mismo plano de otras, dentro de la clasificación general de los derechos subjetivos. Al referirse Jorge Jellinek al status de las personas, por ejemplo, dice que está compuesto por tres clases de facultades: derechos de libertad; derechos que se traducen en la facultad de pedir la intervención del Estado en provecho de intereses individuales; derechos políticos. La mejor demostración de que la libertad jurídica no representa un grupo independiente de facultades, en la clasificación de los derechos subjetivos, está en el hecho de que se manifiesta siempre en el ejercicio de todas las otras, sea de la especie que fueren.

Quien tiene un derecho de acción o un derecho de crédito, se encuentra autorizado, asimismo para ejercitar o no ejercitar estas facultades. Nadie puede, legalmente, exigirle (o impedirle) que las ejercite. Es libre relativamente al empleo de las mismas, y su libertad no se confunde con los derechos de acción o de crédito, aun cuando se manifieste en el ejercicio o no ejercicio de éstos. El maestro Eduardo García Máynez define a la libertad jurídica en forma positiva como "...la facultad que todo sujeto tienen de ejercitar o no ejercitar (a su arbitrio) sus derechos subjetivos."⁶ La definición anterior no encierra referencia alguna a la división de los actos humanos en ordenados, prohibidos y permitidos. Enseña además, que la libertad no se relaciona directamente con los derechos, sino con su ejercicio o no ejercicio. Precisamente por que atañe al ejercicio o no ejercicio de todo derecho, es por lo que no debemos considerarla como una especie al lado de otras, o grupo aislado de facultades normativas, dentro de un género común. Se trata de una norma categorial de manifestación de todo derecho subjetivo, absoluto o relativo; privado o público.

1.2. LA LIBERTAD EN EL MUNDO ANTIGUO

1.2.1. LOS DESPOTISMOS ORIENTALES

En el mundo oriental era desconocida la libertad instituida, organizada socialmente; a lo que suele entenderse por libertad política. Eran imperios regidos despóticamente por un denominador que se apoyaba en un grupo reducido de personas próximas a él. La extensión de la tierra sobre que se dilataba su imperio, unida a la escasez de los medios de control a su disposición, obligaba a intensificar al máximo las atribuciones del dominador, cuya voluntad era, en principio, incontrastable. Jurídicamente el déspota sólo era libre, y él lo era en términos absolutos.

Como contrapeso de la tiranía organizada existía en el pasado esa especie de libertad natural, entendiéndose a está como una libertad absoluta, ajena a toda regulación, cuyos límites coincidirían con los de la fuerza de cada individuo, ya que

⁶ *Ibidem*, p. 22.

bajo una completa y total privación de libertad no se puede darse vida humana alguna. Por otra parte, lo rudimentario de la organización social era causa y justificación del exceso y carácter omnimodo del poder existente.

La libertad natural es cosa indeseable. No solo en atención a las deficiencias derivadas de la carencia de orden, sino también de los excesos a que da lugar la carencia de una libertad civil. La organización es, en efecto, imperfecta y sumaria en los despotismos orientales, quedando reducida a lo más elemental la existencia del hombre, en lucha personal y directa con la naturaleza y con los demás hombres. Al mismo tiempo, si bien es cierto que la desorganización en que vive lo pone en gran parte fuera del alcance práctico del dominador, cuando entra en contacto con él no tiene contra su poder defensa alguna, ni le es dado apoyarse en ninguna especie de instancia objetiva: pende por entero de su personal capricho. En tal sentido, y bajo las reservas formuladas al comienzo, se puede afirmarse con verdad que la libertad era desconocida para el mundo oriental.

1.2.2. LAS DEMOCRACIAS ANTIGUAS

En la democracia antigua, la libertad política se reducía a igualdad, y ésta se manifestaba en el derecho compartido al gobierno, sea por su ejercicio directo en las asambleas, sea por la opción a las magistraturas. Toda libertad era, pues, libertad en el Estado, y faltaba por entero la distinción entre la vida pública y la privada, como por lo demás resulta explicable tratándose de las condiciones de la vida vecinal, con el trecho y riguroso control recíproco de las conductas que le es inherente. Se ha observado, en efecto, que el centro de gravedad de la vida griega (como también de la romana de tiempos republicanos) era la plaza pública, y no el hogar. Y el hombre moderno que se adentra con la imaginación en la existencia griega, no deja de experimentar un sentimiento de extrañeza y hasta de angustia ante la total ausencia de intimidad que allí percibe. Falta esa frontera que entre nosotros defiende el recinto de lo particular y privado, de donde sale el hombre moderno para cumplir sus actuaciones públicas, y en donde vuelve a recluirse tan pronto como las ha cumplido. El antiguo estaba sumergido por entero en la comunidad política; en su ámbito tenía lugar y

satisfacción todas las direcciones del espíritu, iniciadas y agotadas así en la ciudad que lo envolvía totalitariamente. Y si el hombre moderno participa en el Estado, y en la Iglesia, y en el sindicato, y en las actividades económicas, y en el deporte, y en el arte etcétera, sin agotar en ninguno de estos círculos su propio yo, del que siempre queda un residuo irreductible, todos esos intereses culturales están en cambio reunidos para el antiguo en su ciudad, no pudiendo concebir siquiera la posibilidad de afirmarse contra ella. La muerte de Sócrates, acontecimiento en el que, bajo todas sus explicaciones, la conciencia moderna sigue percibiendo un enigma sólo puede ser entendida a través de esa posición fundamental del hombre antiguo, incapaz de hacer pie en el mundo fuera de su comunidad. "El sabio acepta la sentencia injusta porque no teme a la muerte tanto como al abismo moral de resistirla; y eso, con la plena conciencia de su injusticia, y por parte de un hombre a quien se condenaba precisamente, por haber abierto la senda para el descubrimiento de la individualidad radical."⁷

Como puede observarse, la libertad en el mundo antiguo, cuando existía, se encontraba restringida a una minoría que dominaba sobre una muchedumbre de esclavos, y era siempre la libertad política, libertad en el Estado. Consiste, ni más ni menos, en el derecho a participar en el gobierno, y no puede afirmarse de otro modo que a través de la comunidad.

1.3. LA LIBERTAD EN EL MUNDO MEDIOEVAL

1.3.1. LA LIBERTAD EN LA EDAD MEDIA

El hecho de que se hubiera roto la cerrada unidad cultural del Estado-ciudad para dejar lugar a un mundo político múltiple, complejo y hasta contradictorio, surgido de la descomposición del Imperio Romano, determinó forzosamente una nueva actitud del hombre frente al orden social. Tal actitud respondería, a su vez, al profundo concepto de la dignidad humana que se había desarrollado en el terreno religioso, y

⁷ Ayala, Francisco. "Historia de la Libertad". Ed. Atlántida S.A. Buenos Aires. 1943, p.34.

que, a causa de un emplazamiento en ese terreno trascendente, hundía sus raíces más allá de cualquier organización de las relaciones interhumanas. La situación que cada cual ocupara en la sociedad, su origen racial, su calidad política, eran circunstancias secundarias y, en definitiva, irrelevantes junto a la esencial dignidad de las almas. La propia condición de esclavo, lejos de suprimir esa dignidad, fundaba quizás una primacía en el orden jerárquico, de intención de compensatoria, establecido para la consideración espiritual.

No es necesario incurrir en la falsificación idealizadora de los tiempos medioevales para reconocer en medio de su densidad histórica, la presencia y la relativa eficacia de ese nuevo sentido de la dignidad humana esencial que reclama, tan pronto como lo es aplicado a la vida social, una más amplia organización de la libertad.

1.3.2. EL SISTEMA DE LOS PRIVILEGIOS MEDIOEVALES

La sociedad medioeval, cuya fisonomía cambia considerablemente en el curso de los siglos que van desde la caída del Imperio Romano hasta el Renacimiento, mantiene, sin perjuicio de las modificaciones que impone a su estructura básica el paso del tiempo, algunos rasgos generales que les prestan unidad y que consienten acotar ese lapso pluricecular, haciendo de él un periodo histórico. Entre esos rasgos antes citados, uno de los más destacados y visibles es la construcción de la vida jurídica sobre el principio del privilegio. Las diferencias sociales estaban revestidas de un derecho diferente, y estos derechos tenían un aspecto concreto, en cuanto que, sobre la base estatutaria prestada por la condición social, el ámbito de facultades y deberes de cada cual era ensanchado o reducido por efecto de sus propias acciones o merecimientos.

Para los hombres de hoy, acostumbrados a vivir de ordenaciones jurídicas uniformes, a las que si puede objetárseles algo es precisamente lo contrario: ser ciegas para las diferencias sociales efectivas sobre cuya base puede hacerse un uso prácticamente desigual del derecho igualitario, resulta difícil comprender cómo el

sistema jurídico del privilegio pudo constituir en su día una garantía de libertad. Nosotros estamos acostumbrados a escribir esta palabra con mayúscula: a estimar la libertad como un principio general de vida que organiza en su conjunto las relaciones sociales o, mejor dicho, que las encausa en cierta forma. "Para el hombre de la Edad Media no había libertad, pero sí libertades, constituidas por el derecho de cada cual, de él y no de otro, que podría ser más o menos extenso, pero que en un principio, era extensible, pues se hallaba sostenido en su esfuerzo y apoyado en su ser concreto y en su concreta condición social, aun cuando ésta no fuera sino la de vecino de un cierto municipio protegido por su correspondiente fuero, o hasta al siervo de cierto señor que le debía protección y justicia."⁸

En esta época, la pluralidad de poderes les permitía contrapesarse y actuar de recíproco freno en esa compleja sociedad, donde ninguno podía considerarse como absoluto, y donde la jerarquía iba perdiendo en efectividad conforme ganaba en altura y extensión, hasta concluir en la autoridad política del Imperio y en la autoridad del Papado, que por su parte, también se contrapesaban entre sí. Dentro de este marco universal, cuya eficacia no era tanto de poder como autoridad, cada uno de los reinos realizaba por su parte una unidad política compuesta, donde las decisiones fundamentales eran adoptadas mediante acuerdo de sus diversos elementos, reunidos en Cortes o Estados. A estas asambleas concurrían con el rey los distintos estamentos o clases del reino, que se reunían por separado, en cámaras o brazos, cada cual según su derecho. "Fundamentalmente, esos estamentos eran tres: el Clero, la Nobleza, y los Comunes, aunque a veces la nobleza estaba dividida en dos cámaras, correspondientes a sus clases."⁹ Cada uno de estos grupos acudía por su propio derecho, aunque claro está, los comunes o villas tenían que comparecer necesariamente por medio de representantes o personeros, que llevaban instrucciones concretas. Vale decir, que no se trataba de un cuerpo asamblea de la nación, como ocurre con los parlamentos modernos, sino de la reunión de poderes independientes entre sí y provistos de derechos particulares, aún cuando asociados por la convivencia y ligados por los ideales y creencias comunes.

⁸ *Ibidem*, p. 44.

⁹ *Ibidem*, p.45.

Esta organización pluralista conducía a un resultado de efectiva libertad, a dar entrada amplia a la voluntad de cada parte en la adopción de las resoluciones importantes y al procurar a cada hombre, dentro de su posición, la conciencia firme y recia de su valor y de sus derechos.

En los albores del moderno régimen liberal, se volvieron los ojos a las instituciones políticas de la Edad Media, buscando en ellas la inspiración para el nuevo ordenamiento de la libertad, y tratando de prestarle una tradición con la que respaldar las pretensiones innovadoras de quienes lo defendían. Es innegable que la idealización romántica de la Edad Media hecha en los comienzos del siglo XIX es exagerada, también en este aspecto de las libertades, pues en el espectáculo histórico de esos siglos dominan las escenas de violencia, no menos que en cualquier otro periodo de la historia. Además, las libertades medioevales no sólo eran desiguales, sino que, para amplios sectores de la población, resultaban tan exiguas que pudieran decirse inexistentes, por más que el pensamiento cristiano vigente entonces en Europa introdujeron un universal respeto de principio hacia la persona humana, por humilde que fuera su posición social (y en ciertos aspectos, más acentuado cuanto más humilde fuera ésta), y un límite moral al ejercicio de la prepotencia. Pero, es preciso reconocer que algunas de aquellas instituciones si merecían la admiración, de los modernos campeones de la libertad quienes las propusieron como ejemplo y modelo. Entre ellas ha sido elogiada con justificado énfasis, la Justicia mayor de Aragón.

1.4. LA LIBERTAD EN EL MUNDO MODERNO.

1.4.1. DE LAS LIBERTADES MEDIOEVALES A LA LIBERTAD DEMOCRÁTICO-LIBERAL

A través del largo proceso histórico, la tensión entre el orden social y libertad no deja de manifestarse en ningún momento de la historia, aunque el problema aparezca formulado de las maneras más diversas y pretende ser resuelto, a veces, en formas de opuesta apariencia. Tales diferencias aparecen o nacen, del cambio

inevitable de las situaciones. El planteamiento del problema de la libertad está condicionado por los concretos contenidos sociales, por el cuadro de fuerza dentro del cual se pretende resolverlo. Con el correr de los tiempos cambian las situaciones, y el curso de la historia hace que fórmulas anteriormente utilizadas con éxito y acreditadas en su función garantizadora de la libertad pierdan su eficacia, e incluso lleguen a convertirse en instrumento de opresión y símbolo de la más insoportable injusticia.

Eso ocurrió de modo muy particular con el sistema jurídico del privilegio, mediante el cual se había hecho efectiva la libertad durante la Edad Media. Los privilegios sirvieron entonces para delimitar la esfera de inmunidades de los diversos grupos sociales, creándole el correspondiente status. Pero entretanto se había producido una evolución en el seno de la sociedad europea que, al alterar el conjunto de sus relaciones, hacía ilusorio el efecto del viejo sistema de las libertades medioevales, convirtiéndolo en una ficción y permitiendo que en cambio, fuera utilizado por determinadas clases para ejercer una tiranía legal sobre otras que habían llegado a ser las más numerosas y que, sin embargo, carecían de situación jurídica privilegiada. De este modo, a finales del siglo XVIII, la palabra privilegio equivalía, en el sentir de las gentes, a inequidad. No es de extrañar pues, que volviera a plantearse a fondo el problema de hacer compatible el orden social con la libertad, y que la solución intentada ahora fuera distinta y hasta opuesta la presentada por las libertades medioevales.

Tal es el caso, que uno de los más destacados promotores de la Revolución Francesa, autor de un celebre ensayo sobre los privilegios, destinado a combatirlos, es decir, Sieyés, quien hacia notar en uno de sus escritos polémicos "...que la libertad no se garantiza con privilegios, sino con el derecho común, igual para todos. O lo que es lo mismo, mediante la supresión de los privilegios."¹⁰

Existen líneas de pensamiento que unen las libertades medioevales con la moderna libertad política, fundada en las libertades individuales. Pero esas líneas de pensamiento son secundarias y pueden ser referidas a la supervivencia a las instituciones del Medioevo que, manteniendo su estructura externa, se prestaron a recibir y alojar en sí el nuevo espíritu destinado a transformarlas. Un ejemplo claro es

¹⁰ Citado por Ayala, Francisco. Ob. cit. p. 58.

el de Inglaterra, ya que todo el aparato del Estado, a través del cual se vive hoy un régimen de libertad política moderna, está constituido por instituciones nacidas en la Edad Media y moldeadas en su origen según las exigencias del sistema de libertades entonces vigente bajo el principio jurídico del privilegio. De igual manera, en las naciones del continente europeo, donde la Monarquía absoluta suprimió las viejas instituciones medioevales, el moderno liberalismo igualitario anuncia su presencia bajo la vestidura de una supuesta restauración de las mismas. Así la Revolución Francesa se inicia con la convocación de los estados generales, cuerpo de representación estamental ya entonces caído en desuso, en el que se reunían por separado los tres brazos del reino; que, sin embargo, de inmediato se convirtió de inocua antigualla, en asamblea revolucionaria. También en España hace su entrada la nueva libertad política a través de una convocatoria de Cortes, para la que invoca el precedente de las viejas libertades medioevales, pero de la que resulta, no obstante un parlamento constituyente que actúa según los principios del moderno liberalismo.

Podemos decir entonces, que ésta transformación, operada en el interior de la estructura de viejas instituciones, venía impuesta por el cambio que el paso de la historia había determinado en el seno de la sociedad y que obligaba a reajustar las relaciones políticas, de manera tal que se alcanzara a garantizar la libertad humana dentro de una nueva fórmula. Tal fórmula no había de encontrarse en la prolongación del pensamiento político de la Edad Media que, según queda expresado, discurre ahora en una corriente secundaria, sino de la corriente caudalosa de la filosofía del Derecho Natural, que apareciera a comienzos de la Edad Moderna, sirviendo a los intereses políticos del nuevo estado monárquico-absolutista y que había culminado en la doctrina del despotismo ilustrado. Es por ello que el ginebrino Juan Jacobo Rousseau construye, a base de los materiales de la experiencia democrática que le suministraba su pequeña comunidad política de origen, amalgamados con ideas jusnaturalistas, una Teoría del Estado bastante utópica, que pretende imponerse como universal modelo para la solución del problema de la libertad en su nuevo planteamiento.

La tensión entre el orden social y la libertad cede a favor de esta última en la fórmula rousseauiana. Por lo menos, a tal resultado puede llegarse mediante un análisis de principio que no eche en olvido, de otra parte, su acentuación por las

realidades políticas vivas. Por que si nos atenemos exclusivamente a los contenidos ideológicos, tendremos que reconocer que la Teoría del Estado, de Rousseau, es una solución de elegancia insuperable, en cuanto que la tensión se disuelve en su seno, reducida a unidad. En efecto, dentro de la fórmula del contrato social, el orden y la libertad no son dos términos polarmente opuestos, al contrario, se resuelven en una y la misma cosa. No hay, en su concepción, un orden verdadero sin libertad, como tampoco hay libertad sin el orden nacido del contrato. Y si cabe afirmar que la tensión entre ambos principios eternamente contrapuestos se resuelve aquí a favor de la libertad del hombre, es por que ésta, aun siendo considerada idéntica al orden social, le sirve de fundamento y tiene sobre él prioridad lógica.

Entiende Rousseau que el elemento absolutamente valioso y primario es el individuo humano, es decir, el hombre, y que cuando éste se reúne en sociedad con sus semejantes y erige el Estado, no es sino para mejor proteger su radical e innata libertad, amenazada por la prepotencia y el arbitrio en el estado de la naturaleza.

1.4.2. LA LIBERTAD POLÍTICA EN EL PENSAMIENTO DE ROUSSEAU

La teoría roussseniana del Estado, contenida en su célebre libro "EL CONTRATO SOCIAL", tiene como punto de partida al hombre libre, y también se propone como fin la libertad del hombre. Sus momentos capitales los mencionaremos de la siguiente manera: En primer término tenemos al Estado de Naturaleza. Presupone al hombre en su libertad originaria y entregado al ejercicio y disfrute de sus derechos naturales. Pero, pese a la ingénita bondad que se atribuye al ser humano se producen colisiones entre respectivos derechos de cada cual, y estos conflictos no pueden ser zanjados en estado de naturaleza de otra manera que por el empleo de la violencia, cuyos resultados son siempre irracionales y, con la mayor frecuencia, injustos; en segundo término El Contrato Social. Para evitar tal injusticia y la seguridad derivada del empleo arbitrario de la fuerza, los hombres se reúnen y realizan un contrato de sociedad, acordando ceder al cuerpo formado por todos ellos una parte de la libertad de cada uno para salvar el resto, que se encomienda a la protección del conjunto de los ciudadanos. De ahí que resulta en tercer término la Sociedad Civil,

mediante la cual se transforma el derecho natural en derecho político o civil. A este respecto podemos citar al maestro Francisco Ayala quien nos dice "...que es un proceso comparable al de la acuñación de la moneda: de igual manera que el particular puede llevar sus metales preciosos al Estado para que éste los acuñe, cediéndole una parte y recibiendo para el resto la seguridad que presta el cuño oficial, también el hombre sacrifica una parte de su derecho natural al Estado, a cambio de que él ponga la garantía de autoridad y la eficacia de su organización en la defensa de la parte restante."¹¹ Por lo que podemos decir, que una vez constituido el Estado mediante el contrato social, viene a entrar en funcionamiento a través de la voluntad general, en que culmina el desarrollo lógico de esta Teoría del Estado.

Por lo que podemos desprender del esquema a que hicimos alusión, que las ideas políticas de Rosseau conducen a una solución rigurosamente democrática. En donde la voluntad general constituye la ley, en cuya racionalidad objetiva se encuentra traducida la voluntad del Estado. Dicha voluntad viene a formarse mediante la expresión de las voluntades de los particulares, en las que va contenida. Aquello en que éstas se contraponen las unas a las otras, queda anulado por la acción recíproca; y en cambio se suma lo coincidente, dando lugar así a que se resplandezca la voluntad general que, en la práctica, coincide con la voluntad de la mayoría.

Pero la democracia rousseaumiana, de la que se ha dicho que funda el absolutismo de la mayoría y crea un poder soberano tan incontrastable como el de los monarcas, es con todo una democracia individualista, basada en la persona humana y justificada por la necesidad y el propósito de proteger la libertad del hombre. Ello la diferencia profundamente de las democracias antiguas: mientras que en éstas la libertad nacia del Estado y recaía sobre el hombre en su calidad de ciudadano, en la nueva democracia, por el contrario, es el Estado, el que nace de la libre voluntad de los individuos, correspondiendo por lo tanto la prioridad lógica al hombre que es considerado libre por la naturaleza. La libertad individual radica en el fondo mismo de la personalidad humana. El Estado puede y debe garantizarla, pero no está facultado jamas para desconocerla o suprimirla.

¹¹ *Ibidem.* p.p. 64 y 65.

1.5. EL PROBLEMA DE LA LIBERTAD EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO

1.5.1. LA CRÍTICA DE LA LIBERTAD BURGUESA

La realidad histórica es siempre compleja; está compuesta por una enorme variedad de relaciones, por una inagotable riqueza de experiencias subjetivas, y desde la perspectiva de cada una de ellas pueden constituirse los más dispares y hasta contradictorios juicios acerca del valor total de la situación. Objetivamente, la primera condición para que ésta pueda ser valorada en forma positiva por lo que se refiere a la libertad, es que exista una organización social destinada en su intensión al designio de sofocarla. Pero esto basta: es menester, además, que se mantenga la adecuación entre los datos básicos de la realidad social y los principios de su ordenación exterior destinados a obtener un resultado de la libertad.

No se debe olvidar que, mientras estos principios constituyen en sí una estructura rígida, la realidad básica está sometida en cambio al proceso histórico, que hace fluida en esencia y sujeta a incesante cambio, por cuyo efecto puede acaso alejarse tanto de los datos iniciales sobre los cuales se ordenó el régimen de la libertad, que este se convierta, al cabo del tiempo en instrumento de opresión, como llegó a ocurrir, según vimos antes, con los privilegios medioevales durante el curso de la Edad Moderna, contradiciendo su sentido originario.

Sin embargo, la adecuación entre la base social y su organización exterior no es ni puede ser exacta, a causa de la aludida complejidad de la realidad histórica. Según circunstancias de lugar y de tiempo será más o menos ajustada, más o menos rigurosa; pero ha de mantenerse siempre dentro de unos ciertos límites, más allá de los cuales no podría hablarse propiamente de adecuación, sino ya de discordancia y hasta de contraste tendencial. Por lo que falta por fijar cual sea el punto en que el juego entre los datos sociales y la organización de la libertad produce la gran paradoja, conduciendo a la efectiva navegación de esta última y permitiendo, por la generalidad de sus términos, que la situación sea condenada en conjunto, el maestro Francisco

Ayala, menciona que "...tal vez quepa afirmar que mientras el desarrollo social sigue progresando dentro el régimen en un sentido de crecimiento, ese punto ha llegado; y que el momento de su llegada nos será revelado por la ruptura de las instituciones, cuando la corriente social es tan pujante que alcanza a quebrarlas, o bien por el desorden, decadencia y marasmo de la vida social. Es por ello que hasta este punto crítico no haga acto de presencia habrá, sin duda, entorpecimientos, negaciones de la libertad que, en sus concretos contornos, podrán ser muy serias y graves, y hasta investir aterradoras características; pero que, en suma, no bastarán a configurar la situación entera como una situación dominada por condiciones opresivas, contrarias a la libertad humana..."¹²

Por todo lo antes dicho podemos colegir que la libertad organizada por la burguesía mediante el régimen político liberal era el orden dinámico de una sociedad en crecimiento, asimismo es preciso añadir ahora que este crecimiento no se ha cumplido sin comprometer, muy duramente a veces, a la libertad misma, hasta ponerla en crisis.

¹² Ayala, Francisco. Ob. cit. pp. 101 y 102.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA LIBERTAD COMO DERECHO Y COMO PODER

- 2.1. TEORÍAS DE HUGO ROCCO Y KELSEN SOBRE LA LIBERTAD JURÍDICA**
- 2.1.1. TESIS DE HUGO ROCCO**
- 2.1.2. TESIS DE HANS KELSEN**
- 2.2. EL DERECHO DE LIBERTAD DESDE EL PUNTO DE VISTA FILOSÓFICO**
- 2.2.1. JUSTIFICACIÓN FILOSÓFICA DEL DERECHO DE LIBERTAD**
- 2.2.2. TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO**
- 2.3. CONCEPCIÓN IDEALISTA DE LA LIBERTAD**
- 2.4. REFUTACIÓN AL IDEALISMO CRÍTICO**
- 2.5. LA LIBERTAD Y LA AUTORIDAD**
- 2.6. LA LIBERTAD COMO DERECHO Y COMO PODER**

2.1. TEORÍAS DE ROCCO Y KELSEN SOBRE LA LIBERTAD JURÍDICA

2.1.1.- TESIS DE HUGO ROCCO

La libertad individual, nos dice el famoso procesalista italiano, "...cuando es protegida por el derecho objetivo, transfórmase de libertad de hecho en libertad jurídica. Esta última es la facultad que cualquier sujeto tiene de obrar dentro de límites de aquello que los preceptos de derecho no ordenan ni prohíben, y de impedir que otras personas se opongan al desenvolvimiento de dicha actividad, o intervengan en ella. Todo acto no contrario a una prohibición y toda omisión no opuesta a un mandamiento jurídico pertenecen al sector de los procederes jurídicamente libres."¹³

El punto de partida del maestro Hugo Rocco es, como lo revelan los citados párrafos, la oposición entre la libertad en sentido vulgar o físico, y la libertad jurídica. La libertad de hecho a que alude el jurista italiano no es la libertad en sentido normativo, sino mera posibilidad real de desplegar la actividad propia de acuerdo y en la medida de las fuerzas de cada individuo. De aquí que la libertad jurídica aparezca como una limitación de la libertad de hecho. Si el derecho objetivo restringe la segunda, tal restricción obedece a la necesidad de garantizar jurídicamente la libertad de todos. A ello se debe que restricción y protección signifiquen aquí lo mismo

Hugo Rocco opina que el derecho de libertad es, una suma de facultades agendi, pues todo ciudadano se encuentra autorizado para hacer lo que no está prohibido y omitir lo que no está ordenado. A esta autorización se halla ligada la pretensión que el derechohabiente puede hacer valer frente a los sujetos pasivos de la relación jurídica, de que no dificulten o estorben sus omisiones o actos. El derecho de libertad existe erga omnes y, por ende, es correlativo de una obligación negativa universal. En sus múltiples manifestaciones comprende una larga serie de facultades de obrar, cuyo reflejo está constituido por el deber que todos tienen de respetar el ejercicio de aquéllas. El derecho de acción, en cambio, abarca siempre un conjunto de acciones de facultades exigendi, que representan el reverso de obligaciones especiales.

¹³ Citado por García Máynez, Eduardo. Ob. cit. p. 42.

impuestas por la ley a los órganos encargados de la función jurisdiccional. La obligación del demandado de respetar el derecho de acción, no es, en consecuencia, un deber especial que sólo incumba a dicho sujeto, sino una obligación general que comparte con las demás personas. Además del de acción, tiene el actor otro derecho (libertad) frente al cual existe el deber de todos los otros sujetos (inclusive el demandado) de no estorbar el ejercicio del primer derecho. Esta facultad correlativa de la obligación universal "...es el lado absoluto de todo derecho, incluso del relativo."¹⁴ El jurista mexicano Eduardo García Máynez, discierne de lo dicho por el maestro Hugo Rocco, y señala: "Creo que el maestro italiano incurre en un error cuando dice que la libertad jurídica comprende una serie de facultades agendi, y que en ello se distingue del derecho de acción, que encierra un conjunto de facultades exigendi. Los derechos absolutos ofrecen en realidad un doble aspecto, en cuanto estriban diversas facultades de obrar e implican, además, ciertas exigencias o pretensiones. Sostener que la libertad es un conjunto de facultades agendi constituye un error tan grave como el que comete quienes únicamente ven en la propiedad la relación entre la propiedad la relación entre propietario y la cosa, y prescinde del vínculo existente entre aquél y todas las demás personas, obligadas a respetar las facultades de obrar que el derecho objetivo concede al dueño del objeto."¹⁵

El derecho de propiedad abarca un gran número de facultades agendi por que el titular está jurídicamente autorizado para obtener de la cosa las ventajas que es capaz de producir, pero dichas facultades únicamente representan, valga la expresión, el lado interno del derecho. Este posee además un aspecto externo que consiste en la facultad del derechohabiente de exigir de los demás sujetos que respeten el ejercicio de su propiedad. Y en su aspecto exterior la propiedad es, asimismo, una suma de facultades exigendi, o pretensiones. El propietario no tendría el derecho de usar, disfrutar y disponer de la cosa, si los otros estuviesen jurídicamente obligados a no impedirlo. Generalmente se olvida este aspecto esencial del derecho, por que el deber universal correlativo de aquél es puramente negativo y, mientras es acatado, la facultad de exigir su observancia no puede hacerse valer. La exigibilidad de las obligaciones negativas no existen mientras son cumplidas. Para que el deber de respeto resulte exigible requiérese que cualquiera de los sujetos pasivos se oponga al

¹⁴ *Ibidem*, p. 43.

¹⁵ *Ibidem*, p. 44.

ejercicio de las facultades agendi o, dicho de otro modo: que haga algo que esté jurídicamente obligado a no hacer.

2.1.2. TESIS DE HANS KELSEN

Nos referiremos ahora a una famosa teoría, según la cual la libertad no es un derecho auténtico, sino un concepto que duplica de modo innecesario la noción del deber jurídico. Aludimos a la tesis del Jurista vienés Kelsen, expuesta en varios de sus libros.

Copiamos en seguida un párrafo de la Teoría General del Estado, en donde el jefe de la escuela vienesa expone la citada doctrina.

"En la Teoría de la voluntad es particularmente perceptible la tendencia que impulsa al concepto de derecho subjetivo a su propia destrucción. Cuando dicha doctrina declara que el derecho subjetivo es un poder de querer un poder de voluntad jurídicamente garantizado, tiene presente varios hechos harto diferentes unos de otros. La voluntad jurídicamente protegida, declarada (derecho subjetivo) dirígese, ora a la propia conducta del sujeto de dicha voluntad, ora a la conducta de otro sujeto. Se hace valer, pues, como derecho subjetivo, ya un (estar autorizado) jurídicamente, ya un (poder) jurídico. Yo tengo (derecho) a disponer libremente de las cosas de mi propiedad; yo tengo (derecho) a hacer todo aquello que no está jurídicamente prohibido. Pero tengo también (derecho) a exigir una determinada prestación de mi deudor, a excluir a los demás de toda intervención en las cosas de las cuales puedo disponer libremente. Yo (puedo) (estoy autorizado), por lo tanto (querer) hacer u omitir esto o aquello. O (querer) que los demás hagan o dejen de hacerlo. Pero, bajo el concepto de derecho subjetivo la teoría de la voluntad comprende igualmente el hecho de que yo pueda manifestar también una voluntad a la cual el orden jurídico enlaza como consecuencia aquel efecto que yo trato de conseguir por medio de la voluntad manifestada. Por tanto, lo que aquí se declara derecho subjetivo no es un (estar jurídicamente autorizado), sino un (poder jurídico). El orden jurídico confiere al

sujeto el poder de realizar su interés por medio de negocios jurídicos, de imponer su voluntad con el fin de conseguir tales o cuales bienes.

Por medio de mi voluntad, al menos por medio de mi voluntad manifestada en el negocio jurídico, obligo a otro a realizar una determinada prestación; así como por medio de la acción obligo a las autoridades a provocar un acto de ejecución contra el deudor moroso.

"La diversidad de elementos que se comprenden bajo el concepto de derecho subjetivo acaba por hacerlo inutilizable. El (derecho) a disponer libremente sobre las cosas propias, lo mismo que el (derecho) a la conducta no prohibida, no es otra cosa que el reflejo subalterno de las normas que estatuyen deberes jurídicos. El contenido jurídicamente relevante de toda expresión afirmativa de tal (derecho subjetivo), agótase en el establecimiento del deber jurídico de otro de abstenerse de toda intervención en (mis) cosas (las cuales se hacen "mías" precisamente en virtud de ese deber); jurídicamente aparece, pues, un derecho frente a las cosas, un derecho a usar, abusar, etc., de las cosas. Pero cuando se afirma: tengo derecho a respirar a trabajar, a pasear, a amar, etc., no quiere decirse sino que no existen ninguna norma jurídica que obligue a lo contrario. Si bien se mira, el (poder) (en sentido de "estar autorizado") en ambos casos expresado, es deber ser, es norma jurídica; el derecho subjetivo es derecho objetivo, y sólo en cuanto tal tiene existencia en la esfera del derecho. Pero también el (derecho) a una conducta extraña (en tanto que no consiste sino que yo puedo exigir por tanto, "querer" la acción extraña o la omisión de toda intervención en mi esfera de competencia) es la misma norma objetiva (vista a través del prisma del interesado), la cual establece como debida por otro la conducta que yo (quiero) de él. Aquí no se trata empero de que yo quiera; lo relevante es que otro (debe) algo por que así se lo ordena el derecho, el derecho objetivo: si bien la razón por la cual dicha norma ha sido puesta, es la consideración de que yo (es decir, la parte cuyo interés trata de protegerse) quiero o se presume que puedo querer lo dispuesto por ella."¹⁴

La lectura de los párrafos transcritos revela que la crítica kelseniana no sólo tiende a negar la existencia de la libertad jurídica, sino la necesidad del concepto del derecho real y, especialmente, de la noción de la propiedad. El punto de partida de la

¹⁴ Citado por García Máynez, Eduardo. Ob cit. p. 46.

argumentación de Kelsen es la distinción, harto discutible, por cierto, entre derechos a la propia conducta y a la conducta ajena. De acuerdo con la concepción tradicional los derechos a la propia conducta se agotan en conjunto de facultades de obrar (facultades agendi, como diría Hugo Rocco), en tanto que los otros representan siempre un (poder jurídico) facultades exigendi. Como ejemplo del primer grupo se encuentran los derechos de propiedad y libertad; como casos del segundo, los de acción y de crédito. El Jurista Austríaco niega que aquéllos sean auténticos derechos. Se trata dice, de simples (reflejos) de un deber universal de respeto que el derecho objetivo impone a todo el mundo. Si soy dueño de una casa, tengo la facultad de vivir en ella; pero ésta facultad es tan sólo el complemento o reverso de la obligación que la ley impone a los demás de no impedirme que use lo que me pertenece. De modo análogo, la facultad que poseo de ir al cine o de leer un libro, no es tampoco un derecho subjetivo, sino el reflejo de la obligación de todos de no oponerse a ello.

Hay que reconocer, que el carácter complementario o reflejo de las facultades que se acaban de referir, es indiscutible. La libertad o la propiedad, son facultades correlativas de una obligación negativa universal, más ello no prueba que no sean derechos, demuestra precisamente lo contrario. Si no fuesen derechos subjetivos, no serían correlativos de obligaciones ajenas. Por otra parte, no es verdad que se reduzcan a simples facultades de obrar, sirven también de fundamento a una serie de pretensiones frente a otras personas. La explicación de que este aspecto de los derechos absolutos suela olvidarse, la encontramos en el carácter negativo de los correspondientes deberes. Pues la obligación negativa sólo es exigible cuando deja de ser cumplida. Mientras es acatada, no tiene sentido exigir su cumplimiento. Constituiría sin embargo un grave error que el derecho absoluto nace cuando la obligación negativa correspondiente deja de ser cumplida. Pues una cosa es la existencia del derecho absoluto y la otra la exigibilidad inmediata y de exigibilidad diferida. Por ejemplo cuando una persona se obliga a devolver, en un plazo de dos meses, una suma que le ha sido prestada.

La distinción entre los derechos subjetivos a la propia conducta y a la conducta ajena es enteramente artificial, pues, como hemos visto, en toda facultad jurídica hay un aspecto interno que se refiere a la actividad del titular de la misma, y otro externo que se manifiesta en relación con toda conducta de los demás, a quienes

puede exigirse, según los casos, ya sea un hecho, ya una abstención, ya la entrega de una cosa.

El maestro García Máynez nos dice que "...el error fundamental de la teoría kelseniana consiste en la identificación de las nociones de derecho objetivo y derecho subjetivo. Sostener que el derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo en una determinada relación con un sujeto, equivale a confundir las nociones de norma y facultad. La circunstancia de que todo derecho derive de una norma, no demuestra que norma y facultad sean lo mismo. El derecho subjetivo es una posibilidad de acción de acuerdo con un precepto o, mejor dicho, una autorización concedida a una persona. La regla normativa es en cambio el fundamento de tal facultad..."¹⁷

Al criticar la distinción entre derechos a la propia conducta y sobre la conducta ajena, el jefe de la escuela austríaca demuestra algo completamente distinto de lo que se proponía. García Máynez está de acuerdo con el famoso jurista en que la libertad y la propia son facultades correlativas de un deber impuesto a todas las personas; más no cree que constituyan una duplicación superflua del concepto del deber, ni menos aun que no sean auténticos derechos. La argumentación kelseniana, es la de que aquellas facultades, como todo derecho subjetivo, son correlativas de determinados deberes o, como dice Kelsen, reflejos de los mismos. Aun admitiendo el término citado fuese de acuerdo, la tesis debiera de rechazarse, por que un derecho no puede nunca ser copia, trasunto o reproducción de obligaciones.

Además, García Máynez no entiende por qué razón no aplica Kelsen a los derechos de crédito, por ejemplo, el razonamiento que esgrime al sostener que la libertad y la propiedad no son derechos. Pues el derecho de crédito es correlativo de una obligación, aun cuando ésta no sea general, sino especial. La teoría podría aplicarse, con igual rigor lógico, a los derechos personales. Estos son también reflejos de ciertas obligaciones. Pero ello no quiere decir que no existan, ni que sean una duplicación inútil del deber correspondiente.

¹⁷ *Ibidem*, p. 51.

2.2. EL DERECHO DE LIBERTAD DESDE EL PUNTO DE VISTA FILOSÓFICO

2.2.1. JUSTIFICACIÓN FILOSÓFICA DEL DERECHO DE LIBERTAD

La libertad jurídica es la facultad que una persona tiene que ejercitar o no ejercitar sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se reduce al cumplimiento de un deber propio.

Se ignora en qué forma pueda esa facultad de ser justificada, desde el punto de vista filosófico. La circunstancia de que la ley la reconozca y, dentro de ciertos límites, la proteja no resuelve el problema. Lo que inquirimos ahora no es si aquel derecho, como facultad legal, existe; la cuestión es si debe o no existir.

Pudiera acaso pensarse que la dificultad es aparente, en cuanto el derecho de libertad no es originario. Cabría, en efecto argumentar de esta guisa: la libertad no es una forma específica del derecho subjetivo, al lado de otras de un género común, sino el ámbito categorial en que todo derecho se manifiesta. Esa facultad no existe por sí; descansa en otra que la condiciona. Para justificarla bastará, por consiguiente, descubrir el fundamento de la segunda. Justificada la facultad fundante no hará falta emprender la justificación de la fundada.

Habrà pues que investigar, antes que otra cosa si los derechos subjetivos, de la especie que fueren representan pretensiones arbitrarias o, por el contrario, son facultades que es posible justificar. Tratándose del derecho del obligado el interrogante es de muy fácil respuesta. Quien tiene el deber de hacer algo, está, lógicamente, autorizado para hacerlo. Este principio se impone a nuestro espíritu con la avasalladora claridad de lo evidente. ¿Cómo podríamos ser sujetos de una obligación cualquiera, si se nos prohibiese acatarla?. Lo que el deber ordena, no puede vedarse en nombre del deber. Ello equivaldría a atribuir a un mismo imperativo dos contenidos contradictorios.

El derecho que hablamos es *condictio sine qua nom* de la observancia de una norma. El destinatario que no tuviese la facultad de cumplirla, tampoco tendría el deber de someterse a ella. El precepto que impone al padre del deber de alimentar al hijo, concédele, implícitamente, el derecho de hacer lo que la norma ordena.

El maestro José M. De Semprum y Gurrea ha sostenido que "...todo derecho explicase en función de un deber jurídico del titular."¹⁸ Sin embargo el maestro García Máynez opina que la afirmación le parece enteramente correcta. Cree con el distinguido jurista español, que cualquier derecho puede ser referido a una obligación del propio sujeto, y que los títulos justificativos de aquél deben buscarse en ésta.

El cumplimiento de una norma significa que el destinatario ha hecho de la observancia del precepto una finalidad de su conducta. Entre la exigencia normativa y el proceder real (coincidente u opuesto) media una relación contingente. Esta característica contingente obedece al libre albedrío del sujeto. Como ser dotado de libertad, es capaz de hacer o dejar de hacer lo prescrito. En la primera hipótesis, la obediencia es la finalidad de su conducta; en la segunda, el fin de su actividad es la infracción del precepto. Certeramente se ha dicho que el nexo teleológico es la forma categorial de realización del deber. Podríamos añadir: y de su violación.

Para acatar una norma jurídica hay que convertir en fin dicho acatamiento. Pero el logro del fin hacen necesario el empleo de ciertos medios. No se puede dejar de reconocer, en consecuencia, que el derecho de la observancia de una obligación justifica el de aplicar los procedimientos adecuados.

De este modo, el derecho a la realización de un propósito obligatorio, sirve de justificación y fundamento al de emplear los medios que permiten alcanzarlo. Por regla general, las normas jurídicas ordenan determinados actos u omisiones, sin indicar nada de los caminos que es posible seguir para el cumplimiento de lo mandado o la omisión de lo prohibido. Pero ese silencio no significa la facultad de recorrer el estadio para llegar a la meta, cuando el arribo a ésta es obligatorio.

¹⁸ Citado por García Máynez, Eduardo. Ob cit. p. 58.

Las relaciones que hemos venido descubriendo poseen un fundamento puramente lógico, y son independientes del reconocimiento o desconocimiento de las mismas por el orden legal. No hay, por ejemplo una disposición que expresamente autorice al vendedor a hacer la entrega de la cosa vendida; más ese derecho existe, como necesaria derivación del deber de entregarla. Tampoco hay leyes que reglamenten en todos sus pormenores los medios de que el mismo vendedor puede valerse para cumplir aquella obligación y, sin embargo, no cabe negarle el derecho de recurrir al que mejor le parezca, siendo lícito, ya que tal facultad es, también, lógica consecuencia de los deberes impuestos al propio contratante. De manera análoga, aun cuando el Código Civil no diga que el comprador de un objeto está legalmente autorizado para pagar el precio convenido, tal derecho existe, ligado indisolublemente al deber de hacer el pago. Lo que hemos dicho de las facultades del comprador (como obligado), podemos afirmarlo asimismo de otros derechos que éste tiene, y que se traducen de una pretensión. Por ejemplo: entregar el precio en monedas de tal o cual clase, si son de curso legal y no se ha estipulado una forma exclusiva de liberación.

El derecho al cumplimiento de un deber sirve pues de base al de poner en práctica los medios que condicionan la realización del fin obligatorio. Aludimos a los medios lícitos, por que el destinatario no está facultado para utilizar cualquier procedimiento, sino únicamente los no prohibidos por la ley. No es difícil entender esta limitación, si se toma en cuenta que el orden jurídico no rige la conducta de un hombre aislado, sino las relaciones recíprocas de una pluralidad de sujetos. No se refiere dicho orden a los individuos a la plenitud de su realidad, sino a determinados aspectos de su conducta, desentendiéndose de los restantes. Es decir: no vale para los hombres, sino para las personas. Ahora bien: el reconocimiento de las formas de la actividad humana que son condicionantes de la personalidad en sentido jurídico, implica la existencia de iguales derechos en lo que toca al cumplimiento del deber y al uso de los medios que lo hacen posible. La persona jurídica es capaz de tener obligaciones y, por ende, no puede dejar de ser reconocida, asimismo como sujeto de derechos. Y estos derechos habrán de referirse tanto a sus obligaciones como al empleo de los medios que permiten su observancia. Existiendo un número más o menos limitado de medios, en relación con deberes de igual rango, el derecho de emplear aquellos no puede atribuirse de manera exclusiva, a uno o a varios sujetos. Corresponde a todos, en forma proporcional a sus obligaciones. Descubrir los criterios

de acuerdo con los cuales ha de llevarse a cabo la imposición de deberes y autorizarse el uso de los medios es el problema de la justicia. Las fórmulas que de ésta se han ofrecido no son otra cosa que un ensayo de solución de aquel problema: determinar las obligaciones de cada uno y establecer los límites y forma en que deben cumplirse (o lo que es igual: la forma y límites de los derechos de los que cada sujeto puede hacer valer frente a los otros). Concluida la digresión anterior, podemos volver sobre el camino recorrido, para preguntarnos de qué manera se justifica el derecho de libertad.

Si se acepta que el derecho de realizar un fin jurídicamente obligatorio sirve de fundamento al deponer en práctica los medios necesarios para ello, tendrá que admitirse que el obligado posee la facultad de seleccionar éstos, cuando hay varios posibles. Supongamos que una persona está en condiciones de recurrir, para el logro de una finalidad ordenada por la ley, a cinco procedimientos diversos, pero de eficacia equivalente. El precepto mandarle cumplir con un deber, más no le indica de qué medios ha de valerse. El hecho de que la norma no lo señale no constituye una excusa. La circunstancia de que sean varios tampoco libera al sujeto de su obligación. Puede elegir, más no sólo puede, sino que debe hacerlo y, por tanto tiene el derecho de emplear cualquiera de ellos. Conviene insistir en que esta facultad no se confunde con la de emplear los medios que permiten alcanzar un propósito, y menos aun con la de cumplir lo ordenado. No es lo mismo tener el derecho de recorrer un camino que está autorizado para optar entre varios, a fin de llegar a determinado sitio. Esta facultad de acción es precisamente la libertad jurídica. Volviendo al ejemplo podemos decir que el sujeto tiene el derecho de echar mano del medio 1, ó del 2, ó del 3, si son lícitos y la norma no prescribe el empleo de alguno de ellos en forma exclusiva; pero también tiene el derecho de elegir el que mejor le parezca. La libertad es, por consiguiente el derecho de seleccionar los medios que condicionan (en forma inmediata o remota) el cumplimiento de un deber, en tanto que el derecho a poner en práctica tales medios recibe el nombre de pretensión, o derecho subjetivo de primer grado.

Las ideas que acabamos de exponer pueden resumirse de este modo:

- a).- El derecho de convertir en finalidad de nuestra conducta la observancia de un deber, es la facultad de derecho del obligado.

b).- La facultad de poner en práctica los medios que llevan al cumplimiento de una obligación, constituye el derecho del pretensor.

c).- Por último, el derecho de seleccionar los medios lícitos que condicionan el logro de un propósito obligatorio, recibe la denominación de libertad jurídica.

Esta no se refiere únicamente a los medios que conducen de un modo directo al cumplimiento de una norma, sino también a los indirectos. Lo propio debe decirse de los derechos subjetivos que implican una pretensión: no siempre recaen sobre los medios directos. La relación entre una pretensión jurídica y el deber que le sirve de fundamento es a veces muy remota. Entre el medio a que aquélla se refiere y el fin jurídicamente obligatorio hay una larga serie de eslabones, que desempeñan, alternativamente, los papeles de procedimientos y finalidades, hasta llegar al fin último que, en el caso, es la observancia de un deber. Ahora bien: si el cumplimiento de éste es un fin último, en los medios con los que él se relacionen tendremos que ver simples caminos, o fines relativos. Frente a la obediencia de lo ordenado serán medios; pero en relación con los que les preceden y condicionan tendrán el carácter de fines. Esta posibilidad es precisamente la que dificulta el descubrimiento de la necesaria relación que existe entre todo el derecho y un deber del titular. La relación entre un medio y el último de los propósitos a que en forma indirecta tiende es en ocasiones tan lejana, que el derecho en su empleo manifiéstase parece hallarse desvinculado de todo deber. Pero esta completa independencia no puede admitirse, pues si se admitiese, ello equivaldría a negar su justificación al derecho subjetivo, es decir, a convertirlo en una pretensión arbitraria. Lo único que permite considerar una pretensión como derecho autentico es su conexión, mediata o inmediata, con el deber que le sirve de fundamento. Si la facultad jurídica, no tuviese como contenido el empleo de los medios destinados, en una u otra forma a la observancia de un imperativo, justificar resultaría una empresa irrealizable. Acaso la inteligencia de esta teoría, que a primera vista ofrece el aspecto de una construcción artificial, resulte más fácil a través de un sencillo ejemplo.

Si alguien pretendiese impedirme que subiese a un colectivo para ir de mi domicilio al lugar en que trabajo, opondriame a ello, invocando mi derecho de libertad. Ningún precepto jurídico me obliga a no emplear ese medio de transporte;

consecuentemente tengo el derecho de usarlo. Pero ¿cuál puede ser el fundamento de tal facultad? ¿Que relación media entre ella y mis deberes de índole jurídica?. Por lo que no es difícil responder: tengo el derecho de viajar en colectivo, para dirigirme a mi despacho, porque debo llegar a éste. Ahora bien: como para lograr dicho fin estoy en la necesidad de valerme de ciertos medios, infiérese de aquí que me encuentro facultado para elegir el que más me agrade. Es decir: tengo el derecho de optar por el colectivo, el automóvil, o cualquier otro medio lícito. Tal vez se objetase que no estoy obligado a llegar a mi oficina. Respondería que si lo estoy, en cuanto debo de trabajar en ese sitio. Podría después preguntárseme por que razón me hallo sujeto a este último deber. La respuesta sería: tengo el deber de trabajar por que tengo el de sustentarme, y tengo el de sustentarme porque debo de conservar mi existencia. La primera de las facultades anteriormente enumeradas, o sea la elegir un medio de locomoción para trasladarme de mi casa al lugar de mis labores, fúndase inmediatamente en mi deber de llegar a dicho sitio; mediatamente, en todos los demás deberes: trabajar, alimentarme, subsistir. ¿Quiere decir lo anterior que la serie de los deberes jurídicos de una persona representa una sucesión infinita?. Si cada obligación se explica en función de otra, y cada derecho en función de un deber, ¿cómo explicar el último de esos deberes, en el que todos los demás descansan?. Volviendo al ejemplo, podríamos inquirir: ¿Cuál es el fundamento de mi derecho a conservar la vida? Para responder habría que hacer referencia no sólo al deber de conservarla, sino a un valor: al de la vida misma. La filosofía valorativa señala que la noción del deber no es, como lo creía Kant, una noción irreductible, sino un concepto que únicamente puede explicarse en función de la idea de valor. La justificación última de nuestros deberes ha de buscarse, consecuentemente, en determinados valores objetivos, es decir, en valores que existen independientemente de toda apreciación subjetiva o poseen, para emplear la expresión de Nicolas Hartmann, un ser en sí. La tesis de Semprun y Gurrea, según la cual el derecho subjetivo es una función del deber, por su parte, es una función de los valores. Y como éstos pueden ser de muy diversa índole, estamos autorizados para afirmar que los deberes impuestos por las normas del derecho representan, en última instancia una función de los valores jurídicos.

Las relaciones existentes entre los fines obligatorios y los medios (directos e indirectos) de realización, nada tienen que ver con el reconocimiento o desconocimiento de las mismas por los titulares de los derechos respectivos. Por regla

general, el titular de una pretensión jurídica no tiene conciencia de la relación que existe entre el objeto de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes. Tal desconocimiento o ignorancia no destruye la relación. Por lo demás no es difícil descubrirla.

2.2.2. TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

Podría argumentarse en contra de lo expuesto que un derecho subjetivo puede ejercitarse no con el fin de observar un deber, sino con el propósito de no cumplirlo. Por ejemplo: un individuo tiene el derecho de comprar una daga, y el uso de ésta puede ser, a sus ojos, un medio destinado a la comisión de un asesinato. La objeción carece de fuerza, por que el derecho de adquirir una arma sólo se justifica en cuanto tiende a la realización (mediata o inmediata) de fines jurídicamente obligatorios. (Por ejemplo: en conexión con el deber de conservar la vida, para lo cual es necesario poner en práctica ciertos medios, entre los que queda incluido el de defensa). Conviene no perder de vista que los desarrollos anteriores poseen un valor puramente normativo, y no se refieren a las posibles consecuencias del uso de un objeto sobre el que existe un derecho, sino a la justificación de los diversos tipos de facultades jurídicas. El comprador de un puñal es capaz de usar éste como medio para delinquir, pero en tal supuesto, la justificación de su derecho de propiedad es ajena a las consecuencias eventuales del empleo de la cosa. El derecho en cuestión no se justifica como medio al servicio finalidades punibles, sino como una facultad que conduce, directa o indirectamente, al cumplimiento de un fin ordenado. Negar la justificación del derecho de propiedad, tomando en cuenta los resultados que un uso ilegítimo del objeto puede provocar, es confundir el derecho con un hecho independiente de él. Volviendo al ejemplo de la daga podemos decir que existe el derecho de adquirirla, pero no el de usarla para fines vedados. La circunstancia de que el asesino emplee un arma de su propiedad para matar a su víctima, nada demuestra en contra de la justificación del mencionado derecho. "Como facultad jurídica, la propiedad únicamente se justifica cuando recae sobre objetos que sirven como medios para lograr la observancia de deberes."¹⁹ Por esta razón el propietario no está autorizado para hacer de sus cosas

¹⁹ *Ibidem*, p. 68

cualquier empleo, sino únicamente el o los que no sean contrarios al deber. O expresado en otros términos: el uso ilegal de un objeto no puede nunca ser considerado como ejercicio de un derecho. El asesino que hiere con la daga propia no ejercita, al matar, sus derechos de propietario.

Las anteriores reflexiones revelan que es impropio hablar, como lo hacen algunos autores, de abuso o uso abusivo de un derecho. Nadie puede abusar de facultades legales, ya que éstas excluyen, por definición, cualquier ejercicio antijurídico. Los hechos en que se hace consistir el supuesto abuso del derecho nada tienen que ver con éste; son su negación. No hay, pues, abuso de un derecho, sino violación de un deber, lo que es enteramente distinto.

2.3. CONCEPCIÓN IDEALISTA DE LA LIBERTAD

El idealismo crítico trascendental considera que el problema del libre albedrío se plantea desde un punto de vista ético, fundado en un factum científicamente determinable. Este factum es, para el idealismo, el derecho científicamente determinado.

La determinación o creación científica de la naturaleza, no es posible sin las leyes lógicas, ontológicas de la casualidad, de la cantidad, de la cualidad; del mismo modo, sin las leyes de la cualidad, de la cantidad y de la libertad, no es posible la determinación científica de lo humano. El hombre no puede ser metódicamente determinado por la necesidad casual, sino por el método de la libertad, sólo válido en el "reino de los fines" y no en el de la naturaleza. Ese reino de los fines es el mundo de las relaciones teológicas o normativas de personas que conviven en sociedad. De las personas no puede hablarse independientemente de la vida social, ni viceversa, y la vida social sólo puede ser enfocada desde el punto de vista de la regulación jurídica.

El maestro Carlos Barbosa Díaz nos dice que la persona ética es, para el idealismo, "...persona jurídica, o sea: término unitario de imputación normativa jurídica lo que implica una voluntad conceptual, concepto funcional puro válido a

priori o sea un supuesto explicativo ético de toda conducta. Imputación es voluntad y nunca falta en ninguna conducta objetiva. Toda conducta implica selección y opción de fines y medios adecuados. Los fines pueden ser relativos, o sea medios para otros fines; o incondicionados, es decir, que no son medios para otros fines. La norma de los fines relativos es imperativo hipotético (si quieres alcanzar el fin, realiza los medios). La norma del fin incondicionado es el imperativo categórico (haz esto)."²⁰

La persona es destinatario del imperativo categórico, siempre dentro de la vida social jurídicamente regulada. La persona humana es el tema de la ética, es una idea no absoluta, sino un fin que ha de ser perseguido en una tarea infinita de superación moral. El hombre no es un yo absoluto, dado, dice el idealismo, sino una tarea de perfección, de superación moral. El sujeto de la conducta sólo es persona cuando se comporta considerando como personas a los demás. La totalidad de los fines, de los deberes no corresponde a cada persona individual, pues de acuerdo con la división del trabajo, jurídicamente entendida, cada quien debe de realizar determinados valores, persiguiendo el deber por el deber mismo.

Partiendo del sentido práctico de la judicación se descubren las leyes lógicas (ontológicas) de lo auténticamente humano. La preferencia de fines, en el juicio práctico o de valor, implica la libertad, ésta es el supuesto o fundamento explicativo del juicio moral. El juicio moral jamás es condicionado, está dotado del libre albedrío; no sólo es incondicionado, sino que es condicionante de la conducta e immanente a la misma. Alcanzar la dignidad de persona humana (idea de persona), es la tarea y el sentido de la vida, de cada ser humano.

2.4. REFUTACIÓN AL IDEALISMO CRÍTICO

Se dice que el problema de la libertad planteado en términos metafísicos, como se hace en la tercera antinomia de la crítica de la razón pura es un falso problema. Se fundan para esta afirmación en una idea de Kant, que dice: "Dos

²⁰ Barbosa Díaz, Carlos. "El Problema de la Libertad, sus Conexiones con el Derecho Penal". Ed. Porrúa S.A. México, D.F. 1953, p. 64.

proposiciones recíprocamente contradictorias no pueden ambas ser falsas, a menos de que el concepto mismo que está dado en la base de ambas, sea contradictorio; por ejemplo los dos juicios: un círculo cuadrado es redondo, y un círculo cuadrado no es redondo."²¹ Se trata, según Kant en los prolegómenos, de un concepto imposible; son igualmente falsos a los dos juicios y no se piensa nada por medio de este concepto: círculo cuadrado.

En el caso del problema de la libertad no hay tal concepto posible, es falso que aquí se trate de que el concepto mismo, dado en la base, sea contradictorio. Aquí no hay (círculos cuadrados). El concepto que se estima falso, el concepto llamado contradictorio que se coloca en la base, es este: concepto de un mundo de los sentidos existente por sí, que resulta contradictorio consigo mismo; la solución del problema será también falsa, ya se intente afirmativa o negativamente. Se trata, en esencia, del problema de la trascendencia.

El argumento capital del idealismo dice así: "La concepción de los objetos independientes de la conciencia es contradictoria. En el momento en que pensamos un objeto, hacemos de él un contenido de nuestra conciencia; si afirmamos simultáneamente que el objeto existe fuera de nuestra conciencia, nos contradecimos; luego no hay objetos reales extraconscientes, sino que toda realidad se haya encerrada en la conciencia. Algo independiente del pensamiento es inconcebible. Lo que es inconcebible, no puede ser real. Si se piensa algo independiente del pensamiento ya se le ha pensado, ya no es independiente de pensamiento. Un objeto no puede ser a la vez dependiente e independiente del pensamiento."²²

No hay tal contradicción. El pensamiento, del ser pensado, se refiere al contenido; mientras que la independencia, respecto del pensamiento, el no ser pensado, al objeto. Los objetos reales son "producidos" por el pensamiento aunque no "en si" sino "para nosotros".

Todo lo que pensamos tiene que estar "en la conciencia". Pero esto no significa que tiene que sernos conocido, esto es, ser objetivo de nuestro conocimiento;

²¹ Citado por Barbosa Díaz, Carlos. Ob cit. p. 65.

²² *Ibidem*. p. 66.

pero no significa que no puede ser otra cosa que contenido de conciencia. Pensar significa dos cosas: visto por el pensamiento, aprendido, o bien, supuesto o producido por el pensamiento.

En la discusión de los problemas el idealismo crítico quiere que se parta siempre de la inminencia, que se dé por probada la premisa y así el contrincante cae en contradicción. Se requiere entonces, a desplazar todo problema filosófico y discutir previamente la cuestión de la trascendencia.

Kant dice "...que si el sujeto de la libertad, como los demás objetos, fuese representado como mero fenómeno, no podría evitarse la contradicción pues la misma cosa, del mismo objeto y en el mismo sentido, sería igualmente afirmada y negada."²³ Pero agrega "Si la necesidad de la naturaleza es meramente referida a los fenómenos y la libertad meramente a las cosas en sí mismas, no da lugar a contradicción alguna el que aceptemos igualmente ambas clases de casualidad...si la libertad ha de ser una propiedad de cierta causa de fenómenos, debe de ser en relación a estos últimos como hechos, un poder de empezarlos por sí misma, esto es, sin que la causalidad de la causa misma necesite empezar, y, por consiguiente, sin que sea necesario algún otro fundamento que determine su comienzo. Pero entonces, no debería la causa estar dada bajo las determinaciones temporales de su estado, esto es, no debiera ser fenómeno, sino que debiera de ser aceptada como una cosa en sí, aunque los efectos sólo como fenómenos. Si se puede pensar sin contradicción en este influjo de los seres del entendimiento sobre los fenómenos se hará depender, ciertamente todas las relaciones de la causa y del efecto de la necesidad natural del mundo de los sentidos; por el contrario a aquella causa que ella misma, no es fenómeno alguno (aunque esté dada en el fondo de ellos), le concederemos la libertad pues naturaleza y libertad se pueden atribuir sin contradicción precisamente a la misma cosa, pero en distinta relación una vez como fenómeno, otra vez como una cosa en sí."²⁴

En el párrafo transcrito se admite, mediante el "yo absoluto dado", mediante la "cosa en sí" trascendente que el problema puede plantearse sin un concepto básico contradictorio. La contradicción sólo puede surgir si se nos requiere obligar a admitir

²³ Citado por Barboza Díaz, Carlos. Ob cit. p. 67.

²⁴ *Ibidem.* p. 68.

una solución al problema de la trascendencia que es justamente opuesta a nuestra convicción filosófica.

Y es el hombre, dice Kant, no se puede considerar sin más, como un mero puente de la sensibilidad, pues tiene una propiedad "propiedad de una cosa en sí misma", a saber: el deber ser, o sea algo que no ha sucedido y que determina la actividad misma y puede ser la causa de acciones, cuyo efecto es un fenómeno en el mundo sensible.

Su acción no depende de condición alguna subjetiva, por tanto temporal, y por consiguiente, tampoco de la ley natural, por que los fundamentos de la razón en general, como principios, den la regla de las acciones sin influjo de las circunstancias de tiempo y lugar. La libertad es ley inherente a la acción moral o sea que el hombre es, de modo necesario e inexcusablemente, libre.

Agrega Kant. "Yo puedo decir sin contradicción, todas las acciones de seres racionales, en tanto que son fenómenos (encontradas en cualquier experiencia) están dadas bajo la necesidad natural pero esas mismas acciones en relación meramente al sujeto racional y a su facultad de obrar según la mera razón, son libres. La ley natural subsiste, ya pueda ser racional, por la razón y por tanto, por la libertad ser causa de los efectos del mundo sensible, o no pueda determinarlos por principios de la razón."²⁵ En el primer caso, explica, la razón es la causa que pone en juego las leyes naturales, y por consiguiente es libre: en el segundo caso, la razón no ejerce influjos sobre éstas, pero la razón misma no está por esto determinada. Por consiguiente la libertad no impide la ley natural, como ésta no daña a la libertad del uso de la razón práctica que está conexiónada con las cosas en sí mismas, ligadas a las leyes naturales. En todo lo aquí expuesto Kant se refiere siempre a la razón práctica, es decir, a la voluntad. Puede ser considerada la acción, respecto a la casualidad de la razón, como un comienzo primero; pero respecto a la serie de los fenómenos, también como un nuevo principio subordinado o sea que puede concebirse sin contradicción, en el primer caso como libre y en el segundo, como sometida a la necesidad natural. En suma, como comienzo primero, la razón es libre; respecto a los fenómenos que produce, está ligada a la necesidad.

²⁵ *Ibidem*, p. 69.

Ni la voluntad es pura idea, ni la libertad se reduce a una simple idea regulativa. La esencia de la voluntad es la libertad y la voluntad es una realidad absoluta, aunque claro está, la acción sin el conocimiento no se concibe, puesto que la voluntad se dirige a fines. La voluntad es conocimiento pero no puro conocimiento en su base está la voluntad, la razón práctica. El análisis discierne una distinción entre la razón pura y la práctica para fines de estudio, pero la razón es una sola como dice Kant: la razón pura práctica. La voluntad no es, pues, exhaustivamente, conocimiento, aunque también es conocimiento. La voluntad es ciencia en cierto sentido; pero es falso que el que conoce el bien no puede menos de realizarlo: se puede en verdad saber el bien y realizar el mal, como constantemente lo corrobora la historia. El conocimiento es arma de dos filos: sirve para mejor realizar tanto el bien como el mal. claro que no hay realización del bien por pura intuición. Si por intuición entendemos el vivir los valores, es indudable que la intuición es ingrediente necesario de la realización del bien; pero pensamos que la intuición no se da aislada sin que sobre venga el juicio; la intuición es previa, pero tras ella viene la formulación del juicio, pero sin éste no habría conocimiento. La virtud se realiza mediante la voluntad y el conocimiento conjuntamente; no es posible concebirla sin los dos elementos, pues no es ella el resultado de pura voluntad o del puro conocimiento. Todo acto de conocimiento implica voluntad y toda acción moral implica conocimiento, selección de fines.

La libertad, dice el idealismo y ésta es su tesis fundamental, y certera es el supuesto, el fundamento explicativo del juicio moral. El argumento toral de esta posición filosófica es que no se puede explicar la ética sin la libertad. Cuando se refiere un fin a otro, conforme el juicio práctico llamado juicio de valor, se juzga preferible un fin a otro, se estima más valioso un fin que otro y al juzgar y al obrar, *agregamos, se juzga y se obra, con libertad.*

La libertad es el fundamento explicativo del juicio práctico se dice que cabe hablar de juicios prácticos y juicios teóricos, sólo para el análisis. Se diría que la libertad es el supuesto explicativo necesario del acto moral, que implica, evidentemente un juicio moral; pero la ética no es, puramente un juicio. La libertad de juicio es immanente en la acción moral de modo necesario, la libertad, es

apodicticamente necesaria en la buena voluntad, en la conducta. Lo que se quiere subrayar en suma, es que no debe reducirse la ética a puros juicios.

Se puede someter nuestra conducta o no a los valores; en esto radica la voluntad, pero nosotros no creamos, sino que realizamos los valores, positivos o negativos. La autonomía moral debe de ser entendida así, o caeremos en la tesis existencialista de que cada quien crea los valores, que es la tesis de la autolegislación. Los valores no se nos imponen, no nos fuerzan de modo fatal. El bien no es un mandamiento, es un entusiasmo, una inspiración, si realizamos bien por deber, no somos libres, somos esclavos del bien, sólo es libre el que alcanza la personalidad incoercible de dar. Ninguna ley rige la abnegación. En vez del deber por el deber mismo debemos decir simplemente: Vivamos el ideal con el alma entera.

La conducta no es un hecho natural, pero los actos humanos se desarrollan en la naturaleza. Hay un mundo psico-físico. El hombre pertenece a dos reinos.

Finalmente, las leyes lógicas no son ontológicas, la determinación científica de la naturaleza, no crea la naturaleza, la descubre dice el realismo crítico.

Por lo que se refiere a la persona, se considera que no es solamente término unitario de imputación normativa sino esto y algo más.

Persona es una unidad de ser concreta de actos que no son objeto. A su concepto pertenece el poder de elección. La persona no es substancia ni objeto; se da con la ejecución de sus actos. No es un punto de partida vacío de los actos, ni se compone con éstos, pues la persona entera se inserta en cada acto sin agotarse por entero en algún acto. Es esencialmente espiritual. El acto de ideación, o sea la capacidad de separar la existencia de la esencia, el qué de las cosas constituye la marca del espíritu. Este es objetividad, posibilidad de estar determinado por el "ser así" de la cosa misma.

La persona es individual, un ser, un valor único, esta es su característica fundamental. La persona es autónoma, como visión de los valores y como querer

personal. La persona tiene el señorío del cuerpo, como condición sólo de su existencia. Es, no parte, sino correlato de un mundo.

Kelsen: dice que "Si bien el hombre es persona, no por eso la persona es el hombre."²⁶ no quiere decir con esto que individuo entendido en el sentido de la biología y la psicología, es lo humano. Cuando dice: "Pero lo que el orden jurídico se apropia, no es todo el hombre, no es el hombre en cuanto tal, es decir, la unidad específica de la biología y la psicología con todas sus funciones."²⁷ La palabra hombre está empleada aquí en dos sentidos: primero, lato sensu, refiriéndose al complejo y formado de una persona que se sirve de su ser natural, biológico y psicológico; y segundo stricto sensu, en tanto que el individuo de la biología y la psicología. Pero él sigue considerando que lo típicamente, esencialmente humano, lo es la persona. Sólo que la persona, no es puramente jurídica, a menos de identificar el derecho y la ética.

2.5. LA LIBERTAD Y LA AUTORIDAD

Para que reine la justicia en una sociedad, es decir, para que cada quien tenga lo que le corresponde, el obstáculo mayor es el abuso de la fuerza por quienes disponen de ella. Ocurre a veces que una persona crea de buena fe tener la razón cuando no la tiene, pero es mucho más frecuente que sean sus pasiones o sus intereses las que la hacen pensar así, o que simplemente emplee o pretenda emplear la fuerza, llámese poder militar, riqueza, astucia, influencia política o cualquier otra cosa, para hacer prevalecer su voluntad, aunque la justicia no esté de su parte.

En una sociedad poco numerosa como la familia y aun la tribu, puede bastar que exista una autoridad, el padre o el patriarca, que en cada caso particular resuelva en conciencia quién tiene la razón y use de la fuerza para hacer cumplir su decisión. Creciendo la sociedad, los conflictos se multiplican y crece también el peligro de que la autoridad o no pueda cumplir con su cometido o sea ella la que abuse, surgiendo la necesidad: primero, de formular reglas generales cuya aplicación sirva para resolver

²⁶ *Ibidem*, p. 73.

²⁷ Barbosa Díaz, Carlos. Ob. cit. p. 74.

los conflictos concretos; segundo, de buscar que la autoridad se deposite en personas que merezcan confianza; y finalmente, de evitar que la fuerza se concrete en una o en pocas manos.

Cuando las pasiones o los intereses inclinan al hombre a ejecutar o a omitir una acción prohibida o prescrita por la ley, y a pesar de ello obra en forma distinta, no puede ser sino por razones de orden espiritual, o por razones de orden material; en términos generales, o por que está convencido de que debe obrar así aunque le cueste esfuerzos o sacrificios, o por que teme se emplee en su contra una fuerza superior a la suya propia. Si todos los hombres estuvieran completamente de acuerdo sobre lo que cada uno debe hacer o no hacer, y fueran tan santos que en nada se extralimitaran, la tierra sería un paraíso y toda autoridad civil saldría sobrando.

Como tales cosas ni ocurren ni pueden ocurrir jamás, pues aun entre los mejores hay divergencias de opinión y desviaciones del camino recto, la autoridad no puede dejar de existir, y la supresión de una traería la aparición de tantos cuantos fueran los individuos con fuerza suficiente para imponer su voluntad a los demás. Por tanto, el régimen de libertad no puede consistir en que cada uno haga lo que quiera y pueda, pues el resultado sería una situación caótica en la que los fuertes, sin freno a sus apetitos, lucharían entre sí y esclavizarían a los débiles. El ideal no es ni puede ser que ni haya leyes jurídicas ni se use de la fuerza para hacerlas obedecer, sino que las limitaciones al libre ejercicio de la actividad material de cada uno se reduzca al mínimo y que la coacción se emplee lo menos posible.

El acercamiento a este ideal en una sociedad depende fundamentalmente de su nivel moral. Muchas son las personas que nunca matarían a otra cuando la ley no prohibieran el homicidio y bastantes son también, aunque desgraciadamente cada vez menos, las incapaces de apoderarse ni abierta ni ocultamente de lo ajeno. Si la mayor parte y en el mayor número de los casos obedeciera a la ley por razones de orden moral, el régimen de libertad sería posible y espontáneamente tendería a establecerse; ocurriendo lo contrario, irremisiblemente se impondrá la fuerza y aun los más enemigos de su empleo se verán obligados a reconocer la imposibilidad de gobernar sin usarla con suma frecuencia y energía.

Para legislar con acierto es necesario tener ideas claras y precisas sobre los fines que se persiguen, pero se requieren además emplear medios adecuados para alcanzarlos, pues las leyes que en países, épocas y circunstancias pueden ser excelentes, en otros distintos pueden resultar de imposible aplicación o completamente ineficaces. En otros términos, si bien es indispensable no perder de vista que en una sociedad cada uno de los individuos que la forman debe encontrarse en condiciones de poder satisfacer, sin perjuicio de los demás y hasta donde sea posible, sus aspiraciones espirituales y materiales, es también sumamente importante que las restricciones que se impongan a todos y cada uno, conduzca a ello no sólo en teoría sino también en la práctica, para que las leyes no sean simples lucubraciones más o menos ingeniosas que en la realidad resulten letra muerta. En el derecho, al lado de cada problema abstracto hay otro enteramente concreto. El legislador tiene que resolver ambos, pero al formular las leyes debe abstenerse de incluir en ellas declaraciones teóricas que a lo sumo encontrarán su lugar en una exposición de motivos, limitándose a consignar las disposiciones que deben servir para solucionar el caso de que se trate. El más sencillo de los ejemplos aclarará esta idea, siendo aplicables en todos los casos las consideraciones que sugiere. Si la autoridad estima que debe prohibir el asesinato y que el medio más adecuado para hacer efectiva la prohibición es el de imponer la pena de muerte al que lo cometa, ni aun en una exposición de motivos es lógico que mencione la razones que tiene para prohibir el homicidio, aunque tal vez discuta los argumentos en pro y en contra de la aplicación de pena que va establecer, pero en el texto de la ley se limitará de definir el delito y a determinar qué castigo debe infligirse al delincuente. Es evidente que lo que esa disposición implica es la limitación de no matar en puesta todos los miembros de la sociedad y el ejercicio de su actividad material, aunque su letra sólo mencione la sanción en caso de violación a la prohibición que implícitamente encierra.

Los pueblos anglo-sajones, por temperamento son enemigos de las reglas generales, llegando a tal punto, que prácticamente desconocen las ventajas de una codificación metódica y dentro de su sistema jurídico, para resolver un caso, más que estudiar la aplicación de una ley, se requiere buscar en un extensísimo repertorio los casos semejantes que se han presentado con anterioridad y la forma en que han sido fallados. Los pueblos de origen latino pecan por el extremo opuesto y especialmente cuando se trata de *organizar a las autoridades y fijar sus facultades, fácilmente*

incurren en el error de olvidar la realidad y pensar que para que un mal desaparezca basta prohibir su existencia. Es algo como pretender establecer una buena administración de justicia disponiendo que los jueces no se equivocarán, ni serán venales, ni obedecerán consignas, y descuidando la forma de su designación. Lo primero es el fin que se persigue y es muy bueno, pero lo que importa al formular la ley es que los medios para conseguirlo sean adecuados, y ciertamente más es de esperarse de un magistrado recto y competente, aunque no se le ordene que sea honrado, activo y estudioso ni se le amenace con sanciones, que de otro ignorante o falto de probidad a quien se le impongan innumerables taxativas para cuya violación se decreten penas. Esto no quiere decir que no sean necesarias las limitaciones y las responsabilidades, sino que es más importante aún evitar, hasta donde es posible que llegue el caso de tener que hacer efectivas unas y otras.

Entre nosotros, por desgracia, son incontables los ejemplos de leyes que no existen sino para satisfacción de ideologías que la nación no comparte, como el artículo tercero de la Constitución; de leyes que ni se aplican ni se han aplicado nunca como la que establece la designación de las autoridades por el voto de todos los mayores de edad; de leyes que cada año se multiplican y reforman abrumadoramente, no sin que también cada año sean muchos los que se ingenian para encontrar la forma de eludir su cumplimiento, y muchos los que incurren en sanciones y penas por que no pueden pasarse la vida estudiando el farrago de disposiciones que cuando apenas empiezan a ser conocidas son derogadas, o reformadas o sustituidas por otras nuevas.

Las leyes pueden ser malas e injustas por los fines que persiguen y es el peor de los casos, pero aun siendo buenas en cuanto al fondo pueden resultar pésimas si, no por tomar en consideración las condiciones del medio en que van regir, no pueden recibir la debida aplicación. La Constitución Americana, en más de ciento cincuenta años, son muy pocas las enmiendas que ha sufrido, y a pesar de ello ha tenido cabal vigencia y no ha estorbado el enorme desenvolvimiento de los Estados Unidos; nosotros, en cambio, en menos tiempo de vida independiente, hemos experimentado muchas constituciones, las hemos reformado tantas veces que ha llegado el caso inaudito de que estén justificadas las ediciones de hojas cambiables y a pesar de todo son muchas las disposiciones que, unas para bien y otras para mal, no son o han sido observadas.

Esta relación que debe existir entre las leyes y el medio en que van a ser aplicadas tiene excepcional importancia cuando se trata de delimitar las esferas de acción del individuo y de la autoridad. Todo aumento de en las facultades de ésta implica disminución en la libertad reconocida al otro, y lo que interesa es encontrar el punto de equilibrio en que haya menos probabilidades de que alguno de los dos abuse de la fuerza. Si el nivel medio intelectual y sobre todo moral es elevado, el equilibrio se alcanzará sin grandes dificultades y será estable; tenderá siempre a reducirse la intervención de la autoridad en las actividades de los particulares, las leyes se obedecerán por respetables y no sólo por temor a la sanción, y la paz en la justicia, que es el mayor entre todos los bienes a que una sociedad puede aspirar, se acercará aunque nunca pueda llegar a realizar plenamente. Si por el contrario dominan la sed de riquezas y de placeres y el deseo de satisfacer todos los apetitos por cualquier medio que sea, las leyes por muchas y minuciosas que se las suponga, no dejarán de ser burladas o desafiadas constantemente; los poderosos impondrán su voluntad a los débiles, sobre todo si llegan a apoderarse de la autoridad; la fuerza imperará y actos de violencia que agravarán los males que padezca la sociedad, la harán cambiar de manos. Aunque tenemos actualmente en Rusia una demostración palpable de la deplorable solidez a que puede llegar una tiranía cuando las que la ejercen, para mantener en la esclavitud a quienes les están sujetos, no tienen el menor escrúpulo en torturarlos y privarlos de la vida, ni lo que es peor aun, en degradarlos sistemáticamente hasta hacerles perder toda noción de lo que es la dignidad humana, los hombres no son eternos y aun los más inteligentes y astutos, cuando menos se piensa, pueden cometer un pequeño error que origina su caída y enciende anticipadamente la lucha entre los que aspiran a sucederlos.

Un grado elevado de cultura y mucho más aún de moralidad, permite en una sociedad el establecimiento de un régimen de libertad y naturalmente conduce a él: su falta, lleva irremisiblemente a la dictadura bien intencionada en el mejor de los casos, más frecuentemente a la tiranía o a situaciones en que son individuos particulares los que abusan, pero siempre el régimen de fuerza que ni las leyes más sabias pueden evitar, por que el problema fundamentalmente de orden espiritual y no puede ser resuelto si este aspecto no se toma en cuenta.

2.6. LA LIBERTAD COMO DERECHO Y COMO PODER

La libertad, como derecho, es una facultad puramente normativa: como poder, un atributo de la voluntad humana. A continuación se examinará que relación existe entre los dos conceptos.

Tales relaciones manifiéstanse en el ejercicio de la libertad jurídica, por que antes de él la citada facultad nada tiene que ver con el mundo de los hechos. El ejercicio del derecho a que aludimos supone, lógicamente, una manifestación especial del libre albedrío, ya sea en el sentido de la realización, ya en el de la omisión del acto autorizado.

Para ejercitar el derecho de libertad tiene el sujeto que optar entre el ejercicio o no ejercicio de la facultad fúndante. Tal opción es un acto de voluntad, en el cual se exterioriza siempre la libertad como poder. El ámbito de esta última es sin embargo, mucho más extenso que el de la libertad como derecho. La libertad jurídica puede aparecer en relación con el ejercicio o no ejercicio de los derechos subjetivos de primer grado; la libertad de la voluntad, en cambio refiérese tanto al cumplimiento y a la violación de deberes como al ejercicio o no ejercicio de facultades (de primer grado, de segundo grado o de grado único).

Volviendo sobre la clasificación tripartita de los actos humanos en ordenados, prohibidos y permitidos, diremos que el derecho de libertad sólo existe vinculado a los últimos, en tanto que la libertad como poder manifiéstase en conexión con todos.

Examinadas desde el ángulo visual del derecho, las manifestaciones del libre albedrío pueden consistir:

- a).- En el ejercicio o no ejercicio de un derecho subjetivo;
- b).- En la comisión o la omisión de actos prohibidos;
- c).- En el cumplimiento o el incumplimiento de un mandato.

Los límites de la libertad, como derecho, coinciden pues con los de lo lícito potestativo, mientras que la libertad de la voluntad es capaz de rebasar la linde de lo lícito obligatorio y penetrar en el territorio de lo prohibido.

La libertad del querer revelarse en dos momentos distintos de la conducta humana: primero, en el planteamiento de fines; segundo, en la elección de medios.

Las miras que podemos asignar a nuestra actividad son en número infinito; de aquí que el hombre esté imposibilitado para realizarlas todas. Tiene necesariamente, que decidirse por las más valiosas y prescindir de las restantes, aun cuando ello implique sacrificios. La selección depende fundamentalmente, en cada caso, del valor que la persona atribuya a los diversos fines. Entre las finalidades posibles, algunas se encuentran ordenadas, otras prohibidas y otras permitidas por el orden jurídico. El derecho de libertad sólo atañe, como hemos visto a la realización o no realización de las postreras.

La libertad del querer no sólo interviene en el planteamiento de fines, sino en la búsqueda de los medios. La posibilidad de elegir existe únicamente cuando el individuo dispone de diversos procedimientos de realización. Habiendo una pluralidad de caminos para el logro de un propósito cualquiera, el sujeto puede escoger entre ellos el que más le plazca. Desde el punto de vista jurídico, la posibilidad normativa de elección es también limitada. De hecho, la persona se haya en condiciones de echar mano de cualquier recurso; jurídicamente, en cambio, sólo tiene el derecho de emplear medios lícitos. La restricción se funda en las mismas razones que determinan la división de los fines ordenados, permitidos y prohibidos.

CAPÍTULO TERCERO

LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

3.1. ANTECEDENTES DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

3.1.1. LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EUROPA

3.1.1.1. LOS GRIEGOS

3.1.1.2. LOS ROMANOS

3.1.1.3. LOS GERMANOS

3.1.1.4. LOS GALOS

3.1.1.5. LOS IBEROS

3.1.2. LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

3.1.2.1. LA ÉPOCA NOVOHISPANA

3.1.2.2. EL MÉXICO INDEPENDIENTE

3.2. LOS INCIDENTES EN MATERIA PENAL

3.3. EL INCIDENTE DE LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

3.3.1. CONCEPTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

3.3.2. TRAMITACIÓN DEL INCIDENTE DE LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

3.3.3. DIVERSAS CLASES DE CAUCIÓN

3.3.4. EFECTOS DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN Y REVOCACIÓN DE LA MISMA

3.1. ANTECEDENTES DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

3.1.1. LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EUROPA

Es menester destacar cuales fueron las sociedades que constituyen los antecedentes más importantes de la libertad provisional bajo caución destacando (los Griegos, los Romanos, los Germanos, los Galos y los Iberos); asimismo haremos mención de los precedentes en el sistema jurídico mexicano el cual se destaca (la Época Novohispana y el México Independiente).

3.1.1.1. LOS GRIEGOS.- El pueblo Helénico, uno de los más civilizados sino es que el más civilizado de la antigüedad, organizó en la ciudad de Atenas, lo que se le conoció como el Colegio de Magistrados compuesto por once ciudadanos encargados de perseguir a los malhechores y una vez capturados meterlos a prisión o someterlos al jurado, es decir, éste colegio tenía funciones de ministerio público y de policía judicial o preventiva al mismo tiempo En la antigua ciudad de Atenas, según el profesor Escalona Bosada, "La prisión preventiva se decretaba en los casos de crímenes de conspiración contra la patria, el orden político y peculado exclusivamente"⁷⁸, es decir, estos delitos eran la excepción en los cuales no se concedía la libertad provisional, dado que cuando se cometían otros se debía dejar al acusado en libertad mediante caución o fianza de tres ciudadanos responsables de su comparecencia al juicio

Otro antecedente de la libertad provisional en el pueblo griego lo tenemos en la manera en que eran obligados los servidores públicos a garantizar alguna falta durante su gestión, esa manera de obligar consistía, en que estos eran responsables en su persona y en sus bienes de todo homicidio o delito cometido durante su gestión para garantizar esta responsabilidad no se les permitía abandonar el país y además no se les permitía sustraer u ocultar ningún dinero que pudiera provisionalmente revertir al Estado, en el supuesto caso de que tuvieran un juicio en contra de su persona, el funcionario seguía cumpliendo con sus obligaciones, es indudable el antecedente de la

⁷⁸ Escalona Bosada, Teodoro. "La Libertad Provisional Bajo Caución". Ed. UNAM, México, D.F. 1968, p. 12.

caución, ya que por medio de ésta se garantizaba la libertad para seguir cumpliendo con sus obligaciones.

3.1.1.2. LOS ROMANOS. - La libertad provisional se conoció ampliamente entre los romanos, ya que ésta desde los tiempos más remotos se concedía. Con la intención de precisar una idea de lo que fue esta figura jurídica entre los romanos, comentaremos como se reguló jurídicamente en sus periodos principalmente, la República y después el Imperio, dado que en estas etapas tuvo diferentes características.

A principios de la República, era permitida la libertad provisional en los delitos privados, posteriormente en este mismo periodo se obtenía en el procedimiento penal público. Sobre el tema Teodoro Mommsen en su libro de Derecho Penal Romano dice, "Según una leyenda verdaderamente antigua, ya los magistrados patricios de la época anterior a los decenviros, fueron constreñidos por tribunales del pueblo a admitir una fianza pública (preates vades) constituida por un acusado, fianza cuyas modalidades por cierto se convinieron con los tribunos, y a seguir el proceso contra aquél dejándolo en libertad."²⁹ Pedro Dorado nos dice "También se podía dejar sin efectos la prisión preventiva aún no constituyendo fianza."³⁰

En la Ley de las Doce Tablas la libertad provisional adquirió una fisonomía distinta, ya que el acusado no la obtenía como un favor, sino que era un derecho de éste, los requisitos para que el acusado la obtuviera eran los siguientes: primero él debía presentar una fianza; segundo que no se tratara de delitos contra la seguridad del Estado. A este respecto Teodoro Escalona Bosada afirma "Si el acusado presenta a alguno que responda por él, dejarlo libre, mito, que un hombre rico preste caución por un hombre rico, pero todo hombre pobre puede prestarla por un ciudadano pobre."³¹

Siendo congruente con lo antes dicho, estamos de acuerdo con el profesor Juan José González Bustamante quien afirma refiriéndose a la libertad provisional "Esto revela que la consagración del principio de humanidad que entraña la libertad

²⁹ Mommsen, Teodoro. "Derecho Penal Romano". Tomo I. Ed. La España Moderna. España. 1936. p. 328.

³⁰ Citado por Escalona Bosada, Teodoro. Ob. cit. p. 13.

³¹ *Ibidem*. p. 14.

provisional, no constituye un adelanto en la evolución del derecho contemporáneo, si comparamos las legislaciones antiguas que la establecieron sin limitaciones, aún cuando se tratase de los delitos más graves por que no era el reconocimiento de una gracia, sino una garantía concedida a todo ciudadano.³²

En el supuesto caso de que el acusado no se presentara cuando se le ordenara y no argumentaba excusas atendibles, se le aprendía y se le mandaba a prisión, cuando no se le lograba detener, se procedía a la confiscación de sus pertenencias y se le aplicaba la interdicción del agua y del fuego, ésta consistía en un acto exclusivamente administrativo consistente en prohibir al acusado el derecho de estar dentro del territorio romano, no se le daba la seguridad jurídica que se concedía en general a los individuos extranjeros que transitaban por el territorio romano, además se le consideraba como enemigo de la patria en el supuesto caso de que regresara al territorio romano, esta advertencia incluía a todos aquellos que lo escondieran en su domicilio y de forma alguna lo ayudaran, estas advertencias y prohibiciones solo se realizaban en el supuesto caso de que el inculpaado se negara de alguna forma a ser aprehendido.

Debemos señalar que cuando el acusado no obtenía la libertad provisional por haber cometido delito contra la seguridad del Estado, el acusado no iba a prisión sino que era detenido sin ligaduras en la casa de un magistrado, inclusive el acusado podía libremente abandonar la ciudad. Para terminar con la época de la República debemos decir, que la libertad provisional fue lo que ahora conocemos como una garantía individual que tuvo una amplia aplicación, quitando con esta un poco de poder a los magistrados.

Ahora nos referiremos al Imperio, periodo en el cual la libertad provisional de todo individuo en general se respetó menos dado que la idea de la patria no era considerada como en la República, además las diversas religiones como la cristiana entre la más importante subieron de auge, el exilio ya no era tan temido, debe señalarse que en este periodo el proceso inquisitivo reemplazó al proceso acusatorio y

³² González Bustamante, Juan José. "Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano". Cuarta Edición. Ed. Porrúa S.A. México, D.F. 1958. p. 300.

como consecuencia de todos estos cambios la prisión preventiva tuvo mayor presencia teniendo como resultado la restricción a la libertad provisional.

En este período, el acusado quedaba en manos del magistrado, éste aplicaba su criterio tomando en cuenta la gravedad de la acusación y la personalidad del acusado para conceder o negar la libertad provisional; en la última etapa del Imperio para bien del pueblo romano la prisión preventiva es la excepción y la libertad provisional es nuevamente un derecho, con la modalidad de que ésta se obtiene siempre y cuando el delito que se le atribuía, no lo hubiera cometido flagrantemente o se hubiera aceptado éste.

3.1.1.3. LOS GERMANOS.- La generalidad de los historiadores han opinado afirmando que cuando empezó a decaer el Imperio Romano, con todas las personas que salían se fueron formando nuevos pueblos, uno de estos fue el Germano, en la edad media cuando el feudalismo tuvo su auge, se dice que entre los germanos de la época feudal, el procedimiento penal era público, oral y formalista, si así lo fue debemos entender que el acusado tenía ciertas garantías de defensa, es de mencionar que algo importante en éste pueblo fue que la prisión preventiva era muy restringida, al acusado se le concedía ampliamente la libertad provisional dado que, como ya se dijo, el procedimiento penal se tramitaba públicamente con un sistema oral.

3.1.1.4. LOS GALOS.- Ahora hablaremos un poco de como fue la libertad provisional entre los Galos, en éste pueblo durante siglos la libertad provisional fue considerada como costumbre y también como derecho, alrededor del año de 1315, 1496 y 1507 existieron ordenanzas llamadas reales, en éstas los magistrados galos tenían la facultad de liberar a los acusados, los cuales debían de garantizar con una buena y suficiente suma de dinero, presentarse personalmente en la fecha que se les solicitara, según estas ordenanzas reales no era requisito para obtener la libertad provisional, acreditar fiador alguno.

La ordenanza de 1539, en está la libertad provisional era la excepción, dado que en ese año el procedimiento penal era secreto y el principio inquisitorial se aplicaba severamente, la libertad provisional solo se obtenía cuando se cometía algún delito pequeño en el que no había confrontación. Es pertinente mencionar que los

sacerdotes y los nobles, entre otros estaban exentos de prisión preventiva. en el año de 1670 Luis XIV permite la libertad provisional, está se concedía en la instrucción se pedía como requisito elegir domicilio en la plaza donde se ventilaba el asunto y de presentarse cuantas veces fuera requerido. En 1791 la libertad provisional nuevamente vuelve a ser regla general, a los acusados se les dejaba bajo la custodia de un fiador y antes debía garantizar una caución.

3.1.1.5. LOS IBEROS.- En este apartado nos referiremos como fue la libertad provisional en el derecho Español Antiguo, para hacer más entendible el tema motivo del presente trabajo, comentaremos brevemente la Ley Romana Visigothorum y el Fuero Juzgo.

Ley Romana Visigothorum.- Esta ley es conocida también como Código de Alarico o Breviario de Aniano, fue expedida en el mes de febrero del año 506 después de Cristo en la Ciudad de Tolsá, siendo rey Alarico II, según comentan los historiadores del derecho penal de aquella época que el derecho romano era personalista y afirman que la libertad provisional de aquel entonces no sólo tuvo un uso accidental, dado que la regla general era en el sentido de no limitarla, ya que no se concedía más que cuando se cometía un delito contra el Imperio.

Fuero Juzgó.- Rafael Altamirano y Crevea nos dice "Que fue en la época del rey Chindavisto (642-649) después de Cristo cuando se redactó el Liber Judiciorum o Fuero Juzgó."³³ En esta época se estableció que la generalidad debía ser la no privación de la libertad, la excepción se daba cuando se cometían delitos contra el rey o su organización política.

³³ Citado por Escalona Botada, Teodoro. Ob. cit. p. 22.

3.1.2. LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

3.1.2.1. LA ÉPOCA NOVOHISPANA.- Durante éste periodo, podemos decir que la libertad provisional fue reglamentada por diferentes obras jurídicas entre ellas la Novísima Recopilación, el Fuero Real, la Nueva Recopilación y las Siete Partidas. Ahora bien tomando en cuenta que todo asunto en materia criminal, debían resolverse atendiendo el ordenamiento siguiente de leyes: por los decretos de las Cortes de España; por las últimas Cédulas y ordenanzas posteriores a la edición de la Novísima Recopilación de Indias; por la Nueva y Novísima Recopilación; por las leyes del Fuero Real y por las siete partidas.

Por lo que respecta a nuestro tema solo citaremos brevemente la Nueva, la Novísima Recopilación y a las Siete Partidas ya que solo estas obras son las únicas que tratan el tema materia del presente trabajo, por lo que es importante estudiar estas leyes ya que estuvieron vigentes hasta el año de 1880, año en que fue promulgado el primer Código de Procedimientos Penales en México.

Podemos asegurar que durante la época Novohispana, la influencia religiosa que en aquel entonces existía no estaba separada del gobierno, ya que amparó en muchas ocasiones a los civiles en contra de las arbitrariedades de la administración coactiva del gobierno, por lo que consideramos que esta intervención fue real, ya que entrado el Renacimiento en la Nueva España, como provincia española, el poder religioso defiende a los particulares, y basta con el criminal más empedernido huyendo de la acción de la justicia, entre en el recinto sagrado de una iglesia para que se ejerza el derecho de asilo.

Las Siete Partidas.- Estas leyes fueron concluidas por el rey Alfonso "El Sabio" en el año de 1265, estuvieron vigentes en la República Mexicana hasta la promulgación del Código de Procedimientos Penales de 1880, por lo que nos concretaremos a citar algunas leyes importantes para nuestro tema. Las leyes XVII y XVIII, título XII de la Partida Quinta nos hablan de la obligación de un fiador de

presentar al acusado a juicio y que este no se fugue, además el fiador podría comparecer a juicio en nombre del acusado y defenderlo.

La ley XXIV título XVIII de la Partida Tercera y la ley XVI título I de la Séptima partida se refieren a la fianza impuesta por el acusado, quedando este bajo la vigilancia del fiador, comprometiéndose éste a presentarlo en el plazo fijado por la autoridad competente. Las leyes XVII y XIX título XII de la Partida Quinta y la ley X del título XXIX de la partida Séptima, tratan de los aspectos procesales.

La Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación.- Estas obras se refieren en su texto a la prescripción. La Nueva Recopilación surgió en la época de Felipe II en el año 1567, la ley XVII citada por Teodoro Escalona Bosada dice "...de las justicias cuando a uno es fiado, no le pueden aprehender nuevamente pasando sesenta días, sino existe querrela, es decir, una especie de prescripción, teniendo como adición esta cédula que se trate de delitos leves."³⁴ Con ello se puede observar claramente que en los delitos de poca importancia operaba la prescripción en favor del acusado.

La ley Décima Sexta título XVII del libro cuarto, también nos habla que el acusado que estuviere por causas de carácter civil, tenía como derecho la libertad provisional, la ley X título XVI libro cinco se refiere a la prescripción de la fianza transcurriendo un año, este plazo comenzaba a contar el día en que el acusado debía ser presentado ante la autoridad competente que lo solicitara.

La Nueva Recopilación se codificó en el año de 1806, en una de sus leyes se habla de la prescripción en favor del acusado libre bajo caución en el término de sesenta días, en la ley XXIV libro doce título XXXVIII.

3.1.2.2. EL MÉXICO INDEPENDIENTE.- Cuando en ésta época surgían problemas de orden penal debían decidirse conforme lo dispuestos en los ordenamientos jurídicos siguientes: por las disposiciones de los congresos mexicanos, por los decretos de las Cortes de España; por las últimas Cédulas y Ordenanzas posteriores a la edición de la Novísima Recopilación; por las Ordenanzas de Intendentes; por la recopilación de Indias; por la Novísima Recopilación, por las leyes

³⁴ *Ibidem*, p. 27.

del fuero real, por las Siete Partidas. Por lo que respecta a nuestro tema sólo nos referiremos a las disposiciones de congresos mexicanos y decretos de las Cortes de España, ya que las restantes disposiciones fueron comentadas anteriormente excluyendo las Ordenanzas de Intendentes y la Recopilación de Indias.

Constitución de Cádiz de 1812.- El primer antecedente sobre la libertad provisional en el México Independiente, se encuentra plasmado en los artículos 295 y 296 de la Constitución Política de la Monarquía Española jurada el diecinueve de marzo de 1812. En dicho ordenamiento se impuso como garantía individual por primera vez, la facultad de que el acusado evitara la prisión preventiva.

El artículo 295 señalaba "No será llevado a la cárcel el que dé fiador en los casos en que la ley no prohíba expresamente que se admita fianza"³⁵; y el artículo 296 establecía "En cualquier estado de la causa que aparezca que no puede imponerse al preso pena corporal, se le pondrá en libertad dando fianza."³⁶

De los artículos antes transcritos podemos deducir lo siguiente, en la Constitución de Cádiz se contempla en el numeral 295 que la libertad provisional es amplia para su aplicación a las leyes secundarias, el artículo 296 establece la hipótesis que de no ser procedente la pena corporal en prisión, debe otorgarse al acusado la libertad provisional bajo fianza.

Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1812.- Este reglamento se suscribió en la ciudad de México, el dieciocho de diciembre de 1822, éste ordenamiento surgió como consecuencia de la emancipación política de nuestro país respecto de España. El artículo 74 del citado Reglamento establecía "Nunca será arrestado el que dé fiador en los casos en que la ley no prohíba admitir fianza; y éste recurso quedará expedito para cualquier estado del proceso en que consta no haber lugar a la imposición de la pena corporal."³⁷ En el citado numeral se establecen las dos hipótesis de los artículos 295 y 296 de la Constitución de Cádiz.

³⁵ Tena Ramírez, Felipe. "Leyes Fundamentales de México 1808-1983". Décima Segunda Edición. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1983. p. 94.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*. p. 139.

La Constitución de 1836.- Esta fue la Quinta ley relativa al poder judicial de la república mexicana, en lo referente a Prevenciones Generales sobre la Administración de Justicia Civil y Criminal, suscrita el veintinueve de diciembre de 1836 en la Ciudad de México, nos habla de la libertad provisional dado que el artículo 46 establece "Cuando en el progreso de la causa, y por sus constancias particulares, apareciera que el reo no debe de ser castigado con pena corporal será puesto en libertad provisional, en los términos y con las circunstancias que determinará la ley."³⁸ Aunque el numeral citado no se refiere expresamente al tema que nos ocupa, en él encontramos referencias a la libertad provisional ya que en su última parte dice, "...será puesto en libertad provisional..." esto nos hace reflexionar y decir que se alude a la libertad provisional, dado que los antecedentes legales de 1822 se reflejaron en las bases y leyes constitucionales de 1836.

Proyecto de Reforma de 1840.- Con fecha nueve de noviembre de mil ochocientos treinta y nueve el supremo poder conservador suscribió el proyecto de reforma a las leyes constitucionales, al referirse a la libertad provisional en su título sección I de los mexicanos, sus derechos y obligaciones que en su artículo 9 fracción V, estableció "Que 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 según la ley, pena corporal."³⁹

De lo antes transcrito podemos comentar lo siguiente; que la fracción V del numeral 9 solo contempla la hipótesis de que para que proceda la libertad provisional del acusado no debe existir constancias suficientes en el proceso y de las cuales se hiciere acreedor a una pena corporal o que por la calidad del delito, no pudiere aplicarse esta sanción.

Voto Particular de Minoría de la Comisión Constituyente.- Este voto particular en su título primero, sección segunda. De los derechos individuales artículo 5, en su encabezado textualmente señala la Constitución otorga a los derechos del hombre las siguientes garantías en su fracción X dice "Cuando por la cualidad del delito o por las constancias procesales aparezca que no pueda imponer según la ley

³⁸ *Ibidem.* p. 238.

³⁹ *Ibidem.* p. 254.

pena corporal, se pondrá en libertad al presunto reo, bajo fianza, o en su defecto, bajo de otra caución legal."⁴⁰

Es decir, que la fracción X del numeral 5 solo se refiere a una hipótesis, por lo tanto es incompleto, los sobresaliente del citado precepto que se refiere a la libertad provisional como un derecho subjetivo y además hace mención en su última parte, en el sentido de que tal libertad no solamente se puede garantizar bajo fianza sino también bajo otra caución legal, dando así dos alternativas para obtenerla.

Estatuto Orgánico de la República Mexicana de 1856.- El veintitrés de mayo de 1856 en la Ciudad de México fue publicado el referido Estatuto. En el artículo 50 de la Sección Quinta, referente a las garantías individuales estableció "En los delitos que las leyes no castiguen con pena corporal, se pondrá al reo en libertad bajo fianza."⁴¹

Constitución Política de la República Mexicana de 1857 el once de marzo de mil ochocientos cincuenta y siete, se promulgó la Constitución Política de la República Mexicana, esta fue jurada antes del cinco de febrero del mismo año; siendo en aquel entonces presidente de la república mexicana el Sr. Ignacio Comonfort, generalizando, esta Constitución tiene avances substanciales dado que se reconocieron los derechos del hombre plasmándose las garantías de libertad de enseñanza, trabajo, expresión, asociación, estas sirvieron de inspiración y base posteriormente al constituyente de mil novecientos diecisiete.

Por lo que se refiere a la libertad provisional en su artículo 18 establece "Solo habrá lugar a prisión preventiva por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca al acusado no se pueda imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios, o cualquier otra ministración de dinero."⁴²

⁴⁰ *Ibidem*. p. 338.

⁴¹ *Ibidem*. p. 405.

⁴² *Ibidem*. p. 505.

Del numeral antes transcrito puede observarse que no hay aportaciones substanciales en este ordenamiento, ya que solo se refiere a cuestiones jurídicas anotadas en disposiciones ya comentadas anteriormente.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y territorio de Baja California. - El código antes mencionado entró en vigor el primero de noviembre de mil ochocientos ochenta, siendo presidente Porfirio Díaz, la libertad provisional fue reglamentada del artículo 258 al 271, en este ordenamiento legal la incertidumbre es menor ya que se adopta una solución metódica, jurídica y formalista que era esperada por los estudiosos del derecho procesal penal.

El artículo 258 establece que en cualquier estado del proceso en que se desvanezcan los elementos que hayan servido para decretar la detención o prisión preventiva, será puesto el preso o detenido en libertad, previa audiencia del Ministerio Público; a reserva de que pueda dictar nueva orden de prisión, si volvieran a aparecer motivos suficientes en el transcurso del proceso; del anterior precepto podemos decir que la libertad se podría decretar en cualquier estado del proceso en que se hubieran desvanecido los elementos para decretar la prisión o detención, esto se refiere a lo que actualmente se conoce como la libertad por desvanecimiento de datos.

El artículo 259 en su primer párrafo establece, aunque no se hayan desvanecido los fundamentos que sirvieron para decretar la detención o prisión preventiva del inculpado, podrá este ser puesto en libertad provisional, siempre que concurren todas las circunstancias siguientes:

I.- Que el delito tenga o no tenga señalada pena corporal o que si la tuviera no exceda de tres meses de arresto mayor;

II.- Que el inculpado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se sigue el proceso;

III.- Que tenga buenos antecedentes de moralidad;

IV.- Que tenga profesión, oficio o modo honesto de vivir;

V.- Que no sea mendigo, ni haya sido condenado en otro juicio criminal;

VI.- Que a juicio del juez no haya temor de que se fugue; y

VII.- Que proteste presentarse al juez o tribunal siempre que se le ordene.

De acuerdo a los términos del precepto citado, puede decirse que este artículo es el primer antecedente en México relativo a lo que hoy conocemos como la libertad provisional bajo protesta, dado que este beneficio se otorga en tanto que el delito no tuviere pena corporal y si la tuviera no excediera de tres meses de arresto, que el acusado no sea amoral, que tenga profesión o modo honesto de vivir, que sea la primera vez que delinque, que no sea mendigo, que a juicio del juez no exista temor de que se fugue y la fracción VII establece lo más importante que proteste al juez o tribunal siempre que se le ordene, es decir, en este tipo de libertad no se exige caución pecuniaria.

El artículo 260 establece Toda persona detenida o presa por un delito cuya pena no sea más grave que la de cinco años de prisión, podrá obtener su libertad bajo caución, previa audiencia del Ministerio Público, siempre que tenga domicilio fijo y conocido, que posea bienes o ejerza alguna profesión, industria, arte u oficio, y que a juicio del Juez, no haya temor de que se fugue; por lo que respecta al artículo 260 este se refiere a la libertad provisional caución y ésta se obtenía en la hipótesis en que la pena aplicable al delito no fuese mayor de cinco años de prisión antes de decretarla el Ministerio Público debía ser oído, además el acusado debía tener domicilio fijo y conocido, debía poseer bienes, desempeñar algún oficio o profesión y a criterio del juzgador no deba existir temor de que se sustrajera de la justicia. El juzgador para decretarla antes debía tomarle al acusado su declaración llamada en aquel entonces indagatoria.

La libertad provisional se tramitaba mediante un incidente, pero si la parte ofendida se había constituido en el juicio civil antes de pedir esta libertad le asistía al ofendido el derecho de exigir que no se le otorgara al acusado, sin que este garantizara el monto total de la responsabilidad civil que resultare.

Por último y para terminar con la ley procesal en comento, debe decir que en cualquiera de las tres formas de obtener la libertad provisional de aquel entonces, para otorgarse se debía cumplir con lo siguiente; de que sólo pueda ejecutar el auto del juzgador otorgándola, con el otorgamiento judicial hubiera sido confirmado por el tribunal de segunda instancia, por tratarse de una gracia que el tribunal de poderes concedía, esta gracia era revocable, si existía temor de que el acusado se sustrajera a la acción de la justicia.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito y territorios Federales de 1894.- La libertad provisional se regula en el ordenamiento antes citado por el artículo 430 al 452, en este solo se habla de dos formas de obtenerla que son: la libertad provisional bajo protesta y la libertad provisional bajo caución. Lo importante de este ordenamiento es por lo siguiente, la vigencia de este ordenamiento fue hasta mil novecientos veintinueve, año en que se derogó, dado que se expidió el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal del año de 1931 y del Código Federal de Procedimientos Penales del año de 1934.

En el libro Cuarto Título II, fue ubicada la libertad provisional bajo protesta. Esta se podía obtener en cualquier estado del proceso desvaneciéndose los datos que motivaron la detención o prisión preventiva, se decretaba a petición de parte y en la audiencia debía estar presente el Ministerio Público, el fallo del Juez era apelable en efecto devolutivo y suspensivo, decretándose ésta podía nuevamente el Juez librar orden de aprehensión, cuando se probaba la legítima defensa del acusado o de algún familiar, el Juez podía decretarla citando a las partes dentro de los tres días siguientes, además el acusado la podía solicitar cuando concurrieran las siguientes circunstancias.

Artículo 438.- Fracción I.- Que el delito no tenga señalada pena corporal, o que si la tuviera no exceda de cinco meses de arresto mayor,

II.- Que el inculcado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se siga el proceso;

III.- Que tenga buenos antecedentes de moralidad;

IV.- Que tenga profesión, oficio o modo honesto de vivir;

V.- Que no haya sido condenado con otro juicio criminal por delito de la misma naturaleza y,

VI.- Que a juicio del Juez no haya temor de que se fugue.

Transcribimos este artículo porque nos llamo la atención, ya que dentro de los requisitos para obtener la libertad provisional no se contemplara que el acusado proteste presentarse en el Tribunal o Juez que se lo solicite, además algo muy importante es que si hubiese pena corporal no fuera mayor de cinco meses.

Por lo que se refiere a la libertad provisional bajo caución el artículo 440 establecía lo siguiente Toda persona detenida o presa por un delito en el que el máximo de la pena no exceda de siete años de prisión, podrá obtener su libertad bajo caución siempre que llene las condiciones que fija el artículo 438 en las fracciones II, III, IV y VI, en el artículo transcrito se establece que para que se conceda, la pena aplicada al delito sea como máximo de siete años de prisión, en el código de mil ochocientos ochenta establecía como máximo cinco años de prisión.

En el artículo de 442 se refiere a las diferentes formas de la caución, el 443 versa sobre quienes pueden solicitar el beneficio de ésta libertad provisional, el artículo 447 nos dice cuales son las causales de revocación de éste beneficio, el 450 se refiere a los siguientes supuestos en los que el juzgador o tribunal podrá ordenar la devolución del depósito o mandar a cancelar la garantía, el 451 versa sobre las obligaciones del tercero en el supuesto de que haya constituido deposito, el 452 se refiere a la forma que han de manejarse las hipotecas o finanzas en el expediente del acusado.

Código Federal de procedimientos Penales de mil novecientos ocho.- La libertad provisional en el código antes citado, se reguló en el título IV, capítulo VII del artículo 350 al 370.

La libertad provisional bajo protesta se decretaba a petición de parte, debían desvanecerse los datos que motivaron la prisión, el Ministerio Público debía estar presente, en este ordenamiento el tema de la libertad provisional es muy semejante al código de mil ochocientos noventa y cuatro.

Artículo 352.- También podrá decretarse la libertad bajo protesta, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

I.- Que la pena corporal que deba imponerse no exceda de cinco meses de arresto, tampoco se protestaba al acusado y se siguió manteniendo que el término no debía exceder de cinco meses de arresto.

Por lo que se refiere a la libertad provisional bajo caución, debemos expresar que este ordenamiento jurídico transcribe los mismos lineamientos del código de mil ochocientos noventa y cuatro, lo que es de trascendencia, en éste código es que se da marcha atrás, dado que para obtener el beneficio de la libertad provisional es que el máximo de la pena no debía de exceder de cinco años de prisión tal y como lo establecía el artículo 355. Que toda persona detenida o presa por delito cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión, podrá obtener su libertad bajo caución siempre que llene las condiciones que fija el artículo 352 en sus fracciones de la II a la VI.

3.2. LOS INCIDENTES EN MATERIA PENAL

Durante el procedimiento penal, surgen dificultades accesorias que el juzgador debe resolver para poder continuar con el proceso, puesto que la mayoría de esas dificultades requieren anticipada solución. Estas dificultades se resolverán por medio de incidentes, los cuales tendrán un carácter accesorio, pero deben contar con una relación inmediata con la cuestión principal, ya que de lo contrario, esta discusión secundaria o incidental quedaría fuera del proceso.

Las cuestiones incidentales pueden o no presentarse, por ello los incidentes se diferencian de los trámites que necesaria y ordinariamente deben existir en todo procedimiento penal porque los segundos forman parte del proceso mismo, como pueden ser, el auto de formal prisión, el auto admisorio de pruebas, etc., en tanto que los incidentes no necesariamente deben presentarse y pudiera llegar a terminarse todo el procedimiento penal sin que se promoviera ninguno de ellos.

Todos los incidentes se resuelven mediante una resolución interlocutoria, la cual solo se encargará del análisis de la cuestión secundaria, sin abordar los aspectos de fondo como pueden ser la culpabilidad o inculpabilidad del procesado.

La regulación de los incidentes es relativamente nueva, el Código de Procedimientos Penales de 1880 no proporcionaba aún ningún concepto o clasificación de estas cuestiones, solo contemplaba aspectos generales sin tener una idea precisa y clara sobre los incidentes. El Código de Procedimientos penales de 1894, todavía no precisaba la esencia de los incidentes y se tenía una idea muy confusa de lo que eran estas cuestiones, se incluía una enumeración incorrecta ya que se confundía lo que eran las cuestiones accesorias o incidentes con los actos que forman parte del proceso mismo o bien con las cuestiones de fondo que deben resolverse en la sentencia definitiva, por ejemplo se incluyó, entre otros: el incidente para declarar extinguida la acción penal por muerte del acusado, prescripción, amnistía, perdón y consentimiento del ofendido; incidentes de libertad por haberse comprobado una excluyente de responsabilidad; incidente sobre la retención y otros. También el Código de Organización de Competencia y de Procedimiento en materia penal del año de 1929, incluyó algunos artículos relativos a los incidentes, pero éstos tenían la misma imprecisión que el Código de Procedimientos Penales de 1894.⁴³ El incidente es la "cuestión surgida durante el proceso cuyo curso altera interrumpiendo o modificando su estructura normal."⁴⁴

Por su parte, Guillermo Colín Sánchez señala que "son obstáculos que surgen durante la secuela procedimental, impidiendo su desarrollo por estar relacionados con

⁴³ Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". Ed. Porrúa. México, D.F. 1977. p. 233.

⁴⁴ Piña y Palacios, Javier. "Derecho Procesal Penal". Ed. Talleres Gráficos de la Penitenciaría del D.F. México, D.F. 1948. p. 169.

diversos aspectos sobre los cuales versa el proceso, es necesario resolverlos para que *en el momento oportuno se pueda definir la pretensión punitiva estatal.*"⁴⁵

Juan José González Bustamante dice que el incidente es "todo acontecimiento que surge de la materia principal; como toda cuestión o controversia que sobreviene entre los litigantes durante el curso de la acción...debe contarse con el cuerpo incidental; con una individualidad determinada y propia y una forma de tramitación distinta de la tramitación principal, sin perjuicio de que la resolución que se pronuncie forme parte integrante del contenido del proceso, y que se tramite en la misma pieza de autos o por cuerda separada."⁴⁶

Para Jorge Alberto Silva Silva " consiste en una cuestión que se pronuncia durante el curso de un proceso y que está relacionada con la marcha normal de éste; es decir, con la validez de los actos procesales. En otras palabras, sobreviene cuando se cuestiona la normal o presunta normalidad al tratar el objeto básico o principal del proceso, procurando evitar una crisis procesal."⁴⁷

El autor mencionado anteriormente aclara que la cuestión principal es saber si existió o no el delito y si tal persona es o no responsable, ya que durante el proceso se plantean dos cuestiones. Las referentes a la litis decisorias o de fondo propias del negocio principal que deben decidirse en la sentencia definitiva y; las cuestiones referentes al proceso, de orden, no se refieren a la litis sino al proceso y deben resolverse interlocutoriamente, es decir, dentro del proceso.⁴⁸

La palabra incidente proviene del latín "in caedere" que significa interrumpir, surgir en medio, son cuestiones accesorias que están relacionadas con la principal, objeto del proceso y que surgen durante la tramitación de éste, determinado una crisis del proceso, es decir, una interrupción de su ritmo. Las características esenciales de los incidentes son las siguientes:⁴⁹

⁴⁵ Piña y Palacios, Javier. Ob. cit. p. 561.

⁴⁶ González Bustamante, Juan José. Ob. cit. p. 282.

⁴⁷ Silva Silva, Jorge Alberto. "Derecho Procesal Penal". Ed. Harla. México, D.F. 1990. p. 625.

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ Arilla Bea, Fernando. "El Procedimiento Penal en México". Décima Sexta Edición. ED. Porrúa. México D.F., 1996. pp. 182 y 183.

a).- La cuestión planteada en el incidente es accesoria respecto de la principal que se debate en el proceso al decidirse la cuestión principal, se extingue el incidente en tramitación.

b).- El procedimiento incidental no tiene acomodo en ninguno de los periodos del procedimiento ya que éste último es un conjunto de actos jurídicos vinculados entre si por relaciones de causalidad y finalidad mientras que el incidente, por su propia naturaleza, interrumpe o altera esa vinculación;

c).- El incidente se somete a un procedimiento especial, distinto del proceso principal al cual unas veces suspende y otras no;

d).- El procedimiento incidental relacionado cualitativamente con el principal, es cualitativamente diferente, es un procedimiento pequeño introducido en un procedimiento grande.

Julio Acero, opina que los incidentes tratan de las cuestiones que se promueven en un juicio y tiene relación inmediata con el negocio principal. Aclara que no constituyen incidentes, las cuestiones abstractas como los conocimientos y la formación de las convicciones precedentes de la principal, porque estas cuestiones solo son fundamentos remotos que surgen de la mente del Juez o de las partes; tampoco constituyen incidentes, la ventilación de hechos concretos ya que su examen se presenta como algo indirecto, aunque dentro también de la mira principal. La idea de incidente sugiere además de la cuestión secundaria, la cuestión obligada e independiente debatida, controvertida y resulta como un impedimento de marcha, que se traduce en una tramitación adicional o lateral, se produce una serie de procedimientos cuyo fin es despejar los elementos que obstruyen la finalización o decisión principal.³⁰

El mismo autor señala que la diferencia entre la cuestión incidental y el incidente, es que mientras la cuestión puede resolverse de plano, el incidente requiere la cuestión incidental, la materia accesoria, además el cuerpo incidental o figura

³⁰ Acero, Julio. "Procedimiento Penal. Séptima". Edición. Ed. Cajica S.A. Puebla Puebla, 1976. p. 328.

propriadamente procesal, tramitada en forma distinta de la tramitación principal, aún cuando sus actuaciones escritas se encuentren o no en el expediente principal.³¹

CLASIFICACIÓN

Los incidentes se encuentran clasificados en la doctrina, de diversas maneras, sin embargo, por lo general lo hacen de la forma siguiente:

1.- Por su objeto

Especificados.- Son los incidentes que se encuentran especialmente reglamentados en los Códigos de Procedimientos Penales Federal y para el Distrito Federal, señalándoles un objeto propio.

No Especificados.- Estos carecen de objeto propio, para su resolución se sigue un procedimiento común pues comprenden todas las cuestiones que se propongan durante el procedimiento y que están especificadas en la ley.

2.- Por su carácter y naturaleza.

De Previo y Especial Pronunciamento.- Son los que presentan un obstáculo para la continuación normal del proceso principal, por lo que no puede continuarse antes de resolverlos.

De Simultánea Tramitación.- No dificultan la tramitación del proceso, son los propriadamente de naturaleza accesoria, pueden tramitarse paralelamente al proceso o reservarse para su determinación en sentencia definitiva.

3.- Por el efecto que produce su tramitación sobre la continuidad del proceso.

³¹ *Idem.*

Suspensivos.- Estos a su vez se subdividen en:

Los que suspenden el procedimiento durante su tramitación, entre éstos son los de competencia y los de recusación.

Los que originan la suspensión definitiva del procedimiento, enumerados en el artículo 468 del Código Federal de Procedimientos y que son:

I.- Cuando el responsable se hubiere sustraído a la acción de la justicia.

II.- Cuando se advirtiere que se está en alguno de los casos señalados en las fracciones I y II del artículo 113 (falta de querrela o algún requisito previo)

III.- Cuando enloquezca el procesado, cualquiera que sea el estado del proceso;

IV.- Cuando no exista auto de formal prisión o de sujeción a proceso y se llenen además, los requisitos siguientes:

a).- Que aunque no esté agotada la averiguación, haya imposibilidad transitoria para practicar las diligencias que resulten indicadas en ella;

b).- Que no haya base para decretar el sobreseimiento; y

c).- Que se desconozca quien es el responsable del delito .

V.- En los demás casos en que la ley ordene expresamente la suspensión del procedimiento.

La suspensión fundada en los supuestos de las fracciones I y III no impide que a requerimiento del Ministerio Público o del ofendido o sus representantes, adopte el Juzgador medidas precautorias patrimoniales en términos del artículo 149.

No Suspensivas.- Son los que no afectan la tramitación del procedimiento principal, es decir, no es necesario suspender el mencionado procedimiento mientras son resueltos.

4.- Clasificación legal

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal los clasifica de manera general en incidentes diversos o incidentes de libertad.

Incidentes Diversos.- Entre éstos se encuentran el de incompetencia; los incidentes criminales en los juicios civiles; la acumulación de procesos; la separación de procesos; impedimento, excusas y recusaciones; la reparación del daño exigible a terceras personas y demás incidentes no especificados.

Incidentes de Libertad.- Que son, el de libertad por desvanecimiento de datos; libertad provisional bajo protesta y libertad provisional bajo caución.

3.3. EL INCIDENTE DE LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

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

La Constitución establece la prisión preventiva y al respecto se abre un debate, que se encuentra lejos de cerrarse, entre quienes afirman que, mediante la prisión preventiva se priva de la libertad al procesado sin que medie juicio, es decir, se le sanciona para determinar si se le debe sancionar, lo cual es violatorio de la garantía de previo juicio contenida en el artículo 14 Constitucional y aquellos otros que señalan que la prisión preventiva es una medida cautelar y provisional que se justifica por la necesidad social de preservar el proceso penal y de asegurar la ejecución de la pena.⁵²

⁵² Zamora Pierce, Jesús. "Garantías y Proceso Penal". Tercera Edición. Ed. Porrúa. México, D.F. 1988. pp. 83.

Las leyes, establecen la libertad caucional conciliando dos intereses opuestos; el interés público de que el procesado permanezca en prisión preventiva durante el proceso, con el fin de garantizar la efectividad de la sentencia, y el interés privado del procesado, quien tiene derecho a que se presuma su inocencia en tanto no haya sido condenado por sentencia ejecutoriada. El fundamento de la libertad caucional radica en el hecho de que el interés público de garantizar la efectividad de la sentencia admite una graduación de mayor a menor, de acuerdo con la gravedad del delito objeto del proceso, de manera que cuando el procesado es presuntamente responsable de un delito de menor gravedad, la prisión preventiva puede ser sustituida por la caución, es decir, la *pignus corporis* se cambia por la *pignus pecuniae*, la prisión por el dinero.³³

La Libertad Caucional arranca del supuesto de que el delincuente, ávida cuenta de sus circunstancias personales, de la gravedad del delito cometido, de la gravedad de la penalidad que a éste convenga y del temor de perder la garantía, no se sustraerá a la acción de la justicia. Ahora bien, la consideración de estos elementos puede quedar confiada al Juez en mayor o menor medida, o vincularse a una valoración prejudicial, legislativa, que se traduzca en norma de impero para el juzgador concediendo o negando de plano la Libertad Caucional en presencia de determinados datos objetivos. Este último es el criterio seguido por el derecho mexicano.³⁴

La prisión preventiva, que implica una limitación a uno de los derechos más preciados del hombre como es su libertad, se justifica como un mal necesario ante la imposibilidad de poder asegurar, por lo menos hasta hoy, en cumplimiento por parte del inculcado de las resoluciones judiciales que le puedan perjudicar.³⁵

Ante la gravedad que significa la prisión preventiva, lo incierto que resulta el final del proceso y la ineludible necesidad del aseguramiento de la persona del inculcado, se ha pensado en una medida provisional, en una situación transitoria, en la que, sin perjuicio de que el proceso continúe, el inculcado puede disfrutar de libertad, aunque sujeto a determinadas restricciones, y se encuentre en mejores condiciones para

³³ Arilla Bas, Fernando. Ob. cit. p. 212.

³⁴ García Ramírez, Sergio. "Curso de Derecho Procesal Penal". Segunda Edición. Ed. Porrúa. México, D.F. 1977. p. 415.

³⁵ González Blanco, Alberto. "El Procedimiento Penal Mexicano". Ed. Porrúa. México, D.F. 1975. 210.

atender a su defensa. En todas las legislaciones contemporáneas está previsto y reglamenta el derecho a la libertad provisional bajo caución aunque sujeto a condiciones y a restricciones que no solamente conciernen a la gravedad del delito sino que toman en consideración circunstancias como las de que el delincuente sea primario o no reincidente o habitual o que atiendan más a la posibilidad de una sentencia absolutoria o condenatoria que a la gravedad del delito y en general a cuestiones de mayor significado.⁵⁶

3.3.1. CONCEPTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

La Libertad Bajo Caución es el derecho otorgado por la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos a todo sujeto objeto de un procesamiento, para que, previa satisfacción de los requisitos especificados por la ley, pueda obtener el goce su libertad.⁵⁷

La libertad Provisional Bajo Caución en nuestro derecho público, es una garantía para toda persona sujeta a un procedimiento criminal; que debe de ser puesta en libertad. Satisfechas que sean las condiciones legales que la ley fija para su otorgamiento y sin necesidad de tener que substanciarse incidente alguno. Bajo el nombre de Libertad Provisional Bajo Caución, se conoce el procedimiento penal a la libertad que con carácter temporal se concede a un detenido por el tiempo que dure la tramitación del proceso, previa la determinación de determinadas condiciones estatuidas en la ley.⁵⁸

La Libertad Provisional Caución pretende resolver la antinomia de intereses que se plantea entre la sociedad y el individuo, pues mientras aquella exige el castigo de los delitos y la protección de sus miembros contra los ataques de sujetos peligrosos, éste reclama, el bien de la justicia que no se le prive de libertad hasta que se haya esclarecido su responsabilidad concreta por un hecho delictuoso, semejante contraste

⁵⁶ Pérez Palma, Rafael. "Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal". Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, D.F. 1974. p. 258.

⁵⁷ Colón Sánchez, Guillermo. Ob. cit. p. 569.

⁵⁸ González Bustamante, Juan José. Ob. cit. pp. 298 y 307.

se resuelve, en cierto modo, gracias a la institución que nos ocupa ya que por ella, al tiempo que se limita la libertad del sujeto, de manera mucho menos intensa que en la hipótesis de prisión preventiva, y se aseguran los fines del proceso, se permite al inculcado permanecer fuera de la prisión. De ello se sigue que esta institución está llamada a amparar los derechos de la sociedad y los de la persona humana.⁵⁹

3.3.2. TRAMITACIÓN DEL INCIDENTE DE LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

En los códigos de 1880 y 1894 la liberación se otorgaba o negaba previo conocimiento por separado del asunto, con audiencia de las partes, esto es como un pequeño juicio propio de los incidentes, actualmente, aún cuando la libertad provisional bajo caución se encuentra enclavada entre los incidentes, no se tramita por separado del procedimiento principal, quizá buscando no vulnerar la celeridad que la Constitución ha querido imponer al otorgamiento de ese beneficio.⁶⁰

Para determinar la procedencia de la libertad caucional, puede seguirse un sistema fijo, estableciendo supuestos en que necesariamente puede concederse, o bien un sistema indeterminado, dejando al juez en libertad para concederla o negarla según las circunstancias del caso.⁶¹

El artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala que todo inculcado tendrá derecho durante la Averiguación Previa y en el proceso Judicial a ser puesto en Libertad Provisional Bajo Caución inmediatamente que lo solicite, siempre y cuando reúna los siguientes requisitos:

I.- Que garantice el monto estimado de la reparación del daño; el código precisa que tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la

⁵⁹ García Ramírez, Sergio. Ob. cit. p. 414.

⁶⁰ *Ibidem*. p. 420.

⁶¹ Zamora Pierce, Jesús. Ob. Cit. p. 91.

reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo.

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

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

IV.- Que no se traten de delitos que por su gravedad están previstos en el párrafo último del artículo 268 de éste código.

De acuerdo al artículo 560 del ordenamiento citado, a petición del procesado o su defensor, la caución a que se refiere la fracción III del artículo 556, se reducirá en la proporción que el Juez estime justa y equitativa por cualquiera de las circunstancias siguientes: el tiempo que el procesado lleve privado de su libertad; la disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito; la imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente, aún con pagos parciales; el buen comportamiento observado en el centro de reclusión de acuerdo con el informe que rinda el Consejo Técnico Interdisciplinario; otras que racionalmente conduzcan a crear seguridad de que no procurará sustraerse a la acción de la justicia.

En cuanto a las garantías a que se refieren las fracciones I y II del artículo 556 solo podrán ser reducidas a petición del procesado o su defensor, en la proporción que el Juez estime justa y equitativa, por imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente, aún con pagos parciales. En éste caso, si se llegare a acreditar que para obtener la reducción el inculcado simuló su insolvencia, o bien, con posterioridad a la reducción de la caución recuperó su capacidad económica para cubrir el monto 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.

La Libertad Provisional Bajo Caución puede pedirse en cualquier tiempo por el acusado, por su defensor o por el legítimo representante de aquel. En caso de que

proceda dicha Libertad Caucional, una vez reunidos los requisitos legales, el Juez la decretará en la misma pieza de autos.

El artículo 567 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, precisa que al notificarse al indiciado el auto que le concede la Libertad Caucional, se le hará saber que contrae las siguientes obligaciones:

a) Presentarse ante el Ministerio Público o el Juez cuantas veces sea citado o requerido por ello;

b) Comunicar a los mismos los cambios de domicilio que tuviere, y presentar ante el Ministerio Público, Juzgado o Tribunal que conozca de su causa el día que se le señale de cada semana.

En la notificación se hará constar que se le hizo saber al indiciado las anteriores obligaciones, pero la omisión de éste requisito no lo libra de ellas ni de sus consecuencias.

En caso de que se niegue la Libertad Caucional, puede solicitarse de nuevo y ser concedida por causas supervenientes.

En caso de que se niegue definitivamente la libertad, el acusado o su defensor tendrán derecho a interponer recurso de apelación según lo dispuesto por el artículo 418 fracción II del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

La decisión que concede o niegue la Libertad Caucional no adquiere autoridad de cosa juzgada formal ya que de acuerdo al artículo 559 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en caso de que se niegue la Libertad Caucional, puede solicitarse de nuevo y ser concedida, por causas supervenientes. Sus consecuencias perduran independientemente del Auto de Formal Prisión, salvo cuando en éste se revoque la libertad de modo expreso, inclusive de una a otra instancia. Esto último se corrobora tomando en cuenta que la caucional se revoca cuando causa ejecutoria la sentencia.⁶²

⁶² García Ramírez, Sergio. Ob. cit. p. 421.

3.3.3. DIVERSAS CLASES DE CAUCIÓN

Según lo dispone el artículo 561 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la naturaleza de la caución quedará a elección del inculcado, quien al solicitar la libertad manifestará la forma que elige, en el caso de que el inculcado su representante o su defensor no manifiesten forma alguna, en Ministerio Público, el Juez o el Tribunal fijaran las cantidades que correspondan a cada una de las formas de la caución.

Las formas de caución serán las siguientes, de acuerdo al artículo 562 de la ley procesal antes citada:

a) DEPOSITO EN EFECTIVO.

Dicho deposito deberá realizarse por el inculcado o por terceras personas en la institución de crédito autorizada para ello. El certificado que se expida se depositará en caja de valores del Ministerio Público, del Tribunal o Juzgado, tomándose razón de ello en autos. Cuando por razón de la hora o por ser día inhábil no pueda constituirse el deposito directamente en la institución autorizada, el Ministerio Público o el Juez, recibirán la cantidad y la mandarán depositar en la citada institución, el primer día hábil. Cuando el inculcado no tenga recursos económicos suficientes para efectuar en una sola exhibición el deposito en efectivo, el Juez podrá autorizarlo para que lo efectúe en parcialidades, siguiendo las siguientes reglas:

- 1.- Que el inculcado tenga cuando menos un año de residir en forma efectiva en el Distrito Federal o en su zona conurbada, y demuestre estar desempeñando empleo profesión u ocupación lícitos.
- 2.- Que el inculcado tenga fiador personal que, a juicio del Juez, sea solvente e idóneo y dicho fiador proteste hacerse cargo de las exhibiciones no efectuadas por el inculcado. El Juez podrá eximir de ésta obligación, debiendo motivar su resolución.
- 3.- El monto de la primera exhibición no podrá ser inferior, al 15 % de la caución fijada.

4.- El inculpado deberá obligarse a efectuar la exhibiciones por los montos y en los plazos que le fije el Juez.

b) HIPOTECA

La caución también podrá consistir en hipoteca otorgada por el inculpado o por terceras personas, sobre inmuebles cuyo valor fiscal no sea menor que el monto de la caución, más la cantidad necesaria para cubrir los gastos destinados a hacer efectiva la garantía. Cuando se ofrezca hipoteca como garantía que exceda el equivalente a cien veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, se deberá presentarse certificado de libertad de gravámenes expedido por el encargado del Registro Público de la Propiedad, que comprenda un término de diez años y constancia de estar al corriente en el pago de la contribuciones respectivas, lo anterior de que el Juez certifique la solvencia.

c) PRENDA.

En ésta forma de caución, el bien mueble dado en prenda deberá tener un valor de mercado de cuando menos dos veces el monto de la suma fijada como caución.

d) FIANZA PERSONAL.

A las palabras "caución" y "fianza", comúnmente se les atribuye el mismo significado. No obstante, caución denota garantía, y fianza una forma de aquella; por ende, caución es el genero y la fianza una especie. En los Tribunales al emplear la palabra "caución" se quiere significar que la garantía debe ser dinero en efectivo; y "fianza", la póliza expedida por una institución de crédito capacitada legalmente para otorgarla.⁶³

La fianza personal podrá constituirse en el expediente. Cuando exceda del equivalente a cien veces el salario mínimo vigente para el Distrito Federal, el fiador

⁶³ Colin Sánchez, Guillermo. Ob. cit. p. 520.

deberá comprobar que tiene bienes raíces inscritos en el registro Público de la Propiedad, cuyo valor no sea menor que el monto de la caución, más la cantidad necesaria para cubrir los gastos destinados a hacer efectiva la garantía. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable cuando se trate de afianzadoras legalmente constituidas y autorizadas.

Cuando se ofrezca como garantía, fianza personal que exceda el equivalente a cien veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, se deberá presentarse certificado de libertad de gravámenes expedido por el encargado del Registro Público de la Propiedad, que comprenda un término de diez años y constancia de estar al corriente en el pago de la contribuciones respectivas, lo anterior de que el Juez certifique la solvencia.

El fiador propuesto, salvo cuando se trate de empresas afianzadoras, deberá declarar ante el Juez o Tribunal correspondiente, bajo protesta de decir verdad, acerca de la fianzas judiciales que con anterioridad haya otorgado, así como de la cuantía y circunstancias de las mismas, dicha declaración se tomará en cuenta para calificar su solvencia.

El Tribunal Superior llevará un índice en que se anotarán las fianzas otorgadas ante el mismo o ante los Juzgados de su Jurisdicción, a cuyo efecto, éstos, en el término de tres días, deberán comunicarle las que hayan aceptado así como la cancelación de las mismas, para que esto también se anote en el índice. Si lo estima necesario, los Jueces podrán solicitar datos del índice al Tribunal Superior, para calificar la solvencia de un fiador.

e) FIDEICOMISO DE GARANTÍA FORMALMENTE OTORGADO

La palabra fideicomiso procede del latín "fideicommissum" de fides que significa fe y commissus que significa confiado. Es un contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a una institución fiduciaria, para que con ellos se realice un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo. Esta figura se encuentra regulada en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Son sujetos del fideicomiso los siguientes:

- 1.- EL fideicomitente.- Es la persona titular de los bienes o derechos que transmite a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita y desde luego, debe de tener la capacidad jurídica para obligarse y para disponer de los bienes.
- 2.- Fiduciario.- Es una institución de crédito que tiene concesión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para actuar como tal.
- 3.- Fideicomisarios.- Es la persona que recibe el beneficio del fideicomiso o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad.

El autor Jesús Zamora Pierce señala que "la verdad es que, en la práctica forense, los procesados se valen, en forma casi exclusiva, de la fianza de compañía autorizada. Pocos, poquísimos, los casos en los cuales se garantiza la libertad mediante depósito en efectivo, seguramente como consecuencia del alto costo del dinero. La hipoteca no se emplea jamás, quizá por el largo tiempo que requiere su otorgamiento. Tampoco es probable que los procesados se valgan, en el futuro, de la prenda, que exige el avalúo y depósito del bien."⁶⁴

Cuando un tercero haya constituido depósito, fianza hipoteca o fideicomiso para garantizar la libertad de un inculcado, las órdenes para que éste comparezca se entenderán con aquél. Si no pudiere desde luego presentar al inculcado, el Juez le otorgará un plazo hasta de quince días para que lo haga, sin perjuicio de librar orden de reaprehensión si lo estimare oportuno. Si concluido el plazo concedido al fiador no se obtiene la comparecencia del inculcado, se hará efectiva la garantía y se ordenara la reaprehensión del inculcado

⁶⁴ Zamora Pierce, Jesús. Ob. cit. p. 101.

3.3.4. EFECTOS DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN Y REVOCACIÓN DE LA MISMA

EFECTOS

El artículo 567 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala que el indiciado a quien se le concede la Libertad Provisional Bajo Caucción contrae las siguientes obligaciones:

- a).- Presentarse ante el Ministerio Público o el Juez, cuantas veces sea citado o requerido para ello;
- b).- Comunicar al Ministerio Público o al Juez, los cambios de domicilio que tuviere y;
- c).- Presentarse ante el Ministerio Público, Juzgado o Tribunal que conozca de su causa el día que se le señale de cada semana.

En la notificación al indiciado del auto que le concede la libertad, se le hará saber las obligaciones antes señaladas, sin embargo, la omisión de este requisito no libra al indiciado de ellas ni de sus consecuencias.

De acuerdo por lo dispuesto por el artículo 572 de Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal, el Juez o Tribunal ordenará la devolución de los depósitos o mandará cancelar las garantías cuando el acusado sea absuelto y cuando se dicte al indiciado auto de libertad o de extinción de la acción penal.

Cuando resulte condenado el acusado que se encuentre en Libertad Bajo Caucción y se presente a cumplir su condena, las cauciones para garantizar la reparación del daño y las sanciones pecuniarias se harán efectivas, la primera en favor de la víctima u ofendido por el delito y la segunda a favor del Estado. La otorgada para garantizar las obligaciones derivadas del proceso se devolverán al sentenciado o a quién indique éste, o en su caso, se cancelarán.

REVOCACIÓN.

"En razón de los fines, justificación y supuestos de la Libertad Caucional, de las obligaciones y derechos que aparejan de los intereses sociales e individuales que concilia, lógico es que no debe subsistir cuando, por una u otra razón, pasan a ser inalcanzables sus propósitos, deja de estar justificado, cesa sus supuestos, se vulneran sus condiciones, se rompe el equilibrio de intereses que la libertad limitada procura o no subsiste ya el individual del inculpado. Atentas éstas consideraciones, fácilmente se explican los motivos de revocación que nuestras leyes enumeran"⁶⁵

La revocación de la Libertad Caucional puede darse cuando a criterio del Juez, el procesado incumpla en forma grave con cualesquiera de sus obligaciones mencionadas anteriormente.

Según lo dispone el artículo 568 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se revocará también la Libertad Caucional por los casos siguientes:

- a). Cuando desobedeciere, sin causa justificada y comprobada, las órdenes legítimas del Tribunal que conoce de su asunto o no efectúe las exhibiciones dentro de los plazos fijados por el Tribunal en caso de haberse autorizado efectuar el depósito en parcialidades.
- b). 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.

Con referencia a ésta causa de revocación, Fernando Arilla Bas considera que cabe preguntarse que debe de entenderse por cometer un nuevo delito el procesado, a su juicio solo operará esta causa cuando se haya dictado auto de formal prisión contra el procesado por un delito cometido con posterioridad a la concesión a la Libertad Provisional en el proceso anterior.⁶⁶

⁶⁵ García Ramírez, Sergio. Ob. cit. pp. 421 y 422.

⁶⁶ Arilla Bas, Fernando. Ob. cit. p. 216.

c) Cuando amenazaré a la parte ofendida o algún testigo de los que hayan depuesto o tengan que deponer en su causa, o trataré de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, al Juez, al Agente del Ministerio Público o al Secretario del juzgado o Tribunal que conozca de su causa.

d) Cuando lo solicite el mismo inculpado y se presente a su Juez.

e) Si durante la instrucción apareciere que el delito o los delitos materia del auto de formal prisión son de los considerados graves.

Esta causa por fundarse en hechos acontecidos fuera del proceso, debe ser probada en un incidente, que promoverá el Ministerio Público, el trámite de incidente no especificado es el adecuado.⁶⁷

f) Cuando en su proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o en segunda instancia.

En los casos de revocación de Libertad Caucional se ordenará la reaprehensión al procesado, y se hará efectiva en favor de la víctima o del ofendido por el delito, la garantía relativa a la reparación del daño; las que versen sobre las sanciones pecuniarias y para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del proceso, se harán en favor del Estado.

En los casos de revocación de Libertad Caucional siempre se deberá oír previamente al Ministerio Público.

⁶⁷ *Idem.*

CAPÍTULO CUARTO

NECESIDAD DE QUE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN SEA CONCEDIDA EN FORMA OFICIOSA.

- 4.1. EFECTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL INDIVIDUO Y EN SU ENTORNO SOCIAL**
- 4.2. PRÁCTICAS IRREGULARES DURANTE EL PROCEDIMIENTO PENAL EN RELACIÓN A LA CONCESIÓN DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN**
- 4.3. LA SITUACIÓN DEL PROCESADO ANTE LA PRISIÓN PREVENTIVA**
- 4.4. NECESIDAD DE QUE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN SEA CONCEDIDA EN FORMA OFICIOSA**
- 4.5. PROPUESTA DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, Y AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL EN SUS ARTÍCULOS 557, 561 Y 562; PARA QUE SU TRAMITACIÓN EN LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN SEA CONCEDIDA EN FORMA OFICIOSA**

4.1. EFECTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL INDIVIDUO Y EN SU ENTORNO SOCIAL

La prisión, origina graves males, separa al recluso de la sociedad, de su familia, de sus amigos, de sus compañeros de trabajo, su contacto con el mundo exterior cesa por completo. Si no está sometido al régimen celular, en el que el alejamiento de la vida social es casi absoluto, si se le aplica el régimen en común se halla entre individuos extraños en una convivencia impuesta a la fuerza. La prisión agrava sus tendencias antisociales y crea en el preso un espíritu hostil y agresivo contra la sociedad.

El recluso vive en un ambiente de mortal monotonía. Para él todos los días son iguales. A la misma hora comienza su trabajo, muchas veces inútil, son las mismas horas de su comida y los mismos alimentos que la componen, siempre es la misma hora de descanso, la del paseo; en el recinto del establecimiento convive con los mismos presos y los mismos funcionarios, y gran parte del día transcurre para él encerrado en su celda o en la sala común. La vida del preso es una uniformidad aterradora.

Su alimentación, generalmente, es pobre, inferior a la que su organismo exige. Su alojamiento, en particular en las prisiones antiguas, es antihigiénico, defectuoso; las celdas son pequeñas e insalubres y los demás locales con gran frecuencia están faltos de luz de aireación. El recluso vive en condiciones por completo distintas de las condiciones medias de la vida libre.⁶⁸

Los efectos psicológicos de la prisión; la reclusión causa una profunda perturbación en la vida espiritual del preso. Gran número de ellos no son criminales por tendencia instintiva, delinquen por causas ocasionales, en un ímpetu de pasión, o por imprudencia, y han vivido en un ambiente moral y psicológico normal, en ellos el ambiente de la prisión causa un verdadero choque. "Es posible dice Olof Kinberg, describir este ambiente con pocas palabras. Privados de la mayoría de sus derechos de expresión y de acción por un reglamento meticuloso, los reclusos se encuentran en un

⁶⁸ Cuello Calón, Eugenio. "La Moderna Penología" Ed. Casa Editorial Bosh. Barcelona. 1958. p. 613

estado de comprensión psicológica, como un gas bajo presión en un baso cerrado. Tienden continuamente a romper esta resistencia, y tal tendencia se manifiesta a veces de una manera dramática, por evasiones ataques al personal por motines".⁶⁹

Las reacciones del encarcelado, dice Hernet, son anormales. Su excitabilidad se hace patológica, su capacidad de reacción. Cae por debajo del nivel normal, es al mismo tiempo supersensible y obtusa. Todos quedan nivelados y estereotipados igualmente, los presos políticos y los comunes, los pertenecientes a las diversas clases, todos hablan el mismo lenguaje, el de la desesperación, el del empobrecimiento espiritual.

Sievers, incluye que el recluso pierde capacidad de reconcentrarse, se debilita su memoria, pierde determinación y equilibrio emocional, en él se despiertan fantasías, quimeras e ilusiones.⁷⁰

Von Hentig, que también ha estudiado los efectos de la prisión sobre la vida psíquica del preso, señala entre ellos la imposibilidad de satisfacer su necesidad sexual, su separación del mundo exterior, su desviación del hombre normal que desarrolla en su espíritu una serie de falsas representaciones y de estados de ánimo anormales. Como la posibilidad de satisfacciones disminuye de modo considerable, ciertos placeres, como el de la mesa menos apreciados en la vida de libertad, toman en el recluso una importancia desmedida.⁷¹

Pero los influjos psicológicos de la prisión no son iguales en todos los reclusos, ya que varían considerablemente de los tipos sociales a los asóciales. Los sociables son disciplinados, observan buena conducta, no sienten de modo grave las consecuencias de la privación de libertad, su culpabilidad les oprime, el sentimiento del honor y la vergüenza determinan en ellos tentativas internas y externas de justificación, algunos intentan profundizar en el campo filosófico mediante lecturas y charlas, reconocen que su castigo es justo. Los asóciales son, por el contrario, inquietos indisciplinados consideran injusta su condena y su actitud es de rebeldía

⁶⁹ Citado por Cuello Calón, Eugenio p. 615.

⁷⁰ *Ibidem*. p. 614

⁷¹ *Ibidem*. p. 616

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

contra la sociedad, la pena carece de influjo sobre ellos, y más bien acentúa su postura antisocial.⁷²

Para concluir con este punto diremos que la cárcel, como hemos visto, es un complejo mosaico de diferentes problemas, como los edificios, la población, su clasificación, el personal penitenciario, el trabajo carcelario, el peculio, la vida sexual en las prisiones y la falta de adecuación de la ley penitenciaria nacional a la realidad de cada una de las provincias.⁷³

4.2. PRACTICAS IRREGULARES DURANTE EL PROCEDIMIENTO PENAL EN RELACIÓN A LA CONCESIÓN DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

Los juzgados, Agencias del Ministerio Público y la defensoría de oficio que atienden asuntos de carácter penal, siempre han tenido vicios que se reflejan en contra de los procesados e inclusive a veces hasta con la misma víctima, ya que la actitud de los servidores públicos que trabajan en dichas instituciones es de cierto rechazo e indiferencia hacia las personas que tienen relación con el delito, toda vez que al parecer que consideran que toda persona que acude a su lugar de trabajo, es o puede ser un delincuente.

Respecto a los jueces, el jurista Jiménez de Azúa menciona que por ejemplo se ha referido a que los jueces deban ser psicoanalizados por que la psicología profunda enseña que muchos de ellos pueden llevar hasta su función de juzgadores, un crecido arsenal de complejos y obstáculos a nivel de subconsciente.⁷⁴

El delincuente de escasos recursos económicos, casi siempre falto de educación y totalmente ignorante de la ley, desconoce el derecho que le otorga la Constitución General de la República, y la Ley Procesal Penal, y en los casos de

⁷² Cuello Calón, Eugenio Ob. cit. p. 617.

⁷³ Del Poin, Luis Marco "Penología y Sistemas Carcelarios". Tomo I. Ed Ediciones de Palma. Buenos Aires. 1982. p. 311.

⁷⁴ Carranca y Rivas, Raúl. "Derecho Penitenciario". Segunda Edición. Fd. Porrúa. México, D.F. 1981. p. 443

Averiguación Previa los oficiales mecanógrafos únicamente asientan en el acta que se hace del conocimiento del inculcado el beneficio de la Libertad Provisional Bajo Caución; sin embargo, no explican en forma clara el procedimiento para obtener dicho beneficio, y considerando el estado psicológico en que se encuentra en ese momento el presunto responsable, es de deducir que no comprenderá el derecho que tiene y mucho menos la forma en que procede dicho tramite. Antonio Vilalta y Vidal, refiere que "Con cuanta verdad es de ver que más que normas de justicia para vivir según la ley de la razón, subsisten emboscadas y lazos armados debido a la ignorancia del pueblo. Ello, aún ahora. Cuando ni el profesor de la facultad, ni el abogado con treinta años de ejercicio, ni el magistrado encanecido en la profesión, y menos el hombre instruido pero encasillado en otra especialidad -el médico, el eclesiástico, el maestro, el periodista, el ingeniero, el literato, el arquitecto- saben más que limitadamente, si acaso, del derecho escrito que rige en su país, se pretende que lo sepa el trabajador, el braserero, el analfabeto, quienes leen de corrido, pero nunca las leyes, y si las leyeran no las entenderían."⁷⁵

El legislador ha querido poner remedio a estos casos optando por señalar como una obligación que cuando el inculcado fuere detenido o se presentare ante el Agente del Ministerio Público deba tener una defensa adecuada por si, por abogado o por persona de su confianza o si no pudiere designar defensor se le designara un defensor de oficio, sin embargo es de observarse que quienes acuden como personas de confianza regularmente desconocen también el tramite para obtener el beneficio de la Libertad Provisional Bajo Caución, y en el caso de los defensores de oficio, algunos de estos en una actitud de indiferencia, no ponen el interés debido al asunto sino hay de por medio una gratificación por parte de los familiares y en ocasiones están tan saturados de trabajo que solamente se presentan a fin de cumplir con el requisito legal, pero sin ningún interés, ya que no están inmersos en la realidad de verse privados de su libertad, y no se encuentran sufriendo los efectos de tal privación.

A pesar de que la Ley Procesal Penal señala que la naturaleza de la caución quedará a elección del inculcado, quien al solicitar la libertad deberá manifestar la forma que elige, los Jueces y Agentes del Ministerio Público siguiendo criterios ya

⁷⁵ Vilalta y Vidal, Antonio. "La Individualización de la Ley Civil" Segunda Edición. Ed. UNAM. México, D.F. 1984. p. 25.

rebasados, continúan ordenando en forma unilateral la naturaleza de la caución sin tomar en cuenta el parecer del inculpado y mucho menos le otorgan la posibilidad de elegir, aprovechándose de la necesidad de dicho inculpado.

Los abogados defensores por su parte, toleran y en ocasiones hasta efectúan acuerdos con los Juzgadores y Agentes del Ministerio Público sobre la forma de caucionar la libertad al inculpado, buscando en no pocas ocasiones su beneficio personal e incluso se dan casos en que los abogados abusando de la ignorancia y desesperación de los presuntos responsables y familiares, llegan a cobrar el monto total de las fianzas que fija el juzgador, encargándose posteriormente de tramitar la fianza cubriendo únicamente la prima correspondiente y quedándose con el resto del dinero, lo anterior debido al desconocimiento por parte del inculpado y de sus familiares.

Cuando una persona es detenida, sus familiares siempre buscan por cualquier medio que esta sea puesta en libertad, y por ello quedan a merced de abogados y servidores públicos deshonestos que abusando de conocimiento de la ley o de la facultad que esta les otorga, lucran con la necesidad de las personas antes mencionadas, llegando incluso a fijar montos elevados de la caución para después negociar con los abogados la reducción de ésta, pidiendo por ello una dádiva.

En cuanto al trámite de la caución por medio de fianzas, se ha dado lugar a que personas que únicamente conocen como hacer el trámite, de los llamados coyotes puedan también lucrar con la libertad de los indiciados, y aún los agentes de las compañías afianzadoras participan de esta actividad. Rafael Pérez Palma señala que "las compañías afianzadoras se han convertido en empresas de grandes proporciones, que reditúan buenos dividendos y a cuyo amparo viven multitud de empleados, agentes y coyotes, pues hacen buen negocio...En una u otra forma, las fianzas carceleras en póliza o en efectivo, son negocio, para unos, y lógicamente, erogaciones, carga y quizá explotación para otros."¹⁶

En cuanto a la caución por fianza, es de observar que es imposible que el inculpado, en cualquier momento que lo solicite salga en libertad, toda vez que las

¹⁶ Pérez Palma, Rafael. Ob. cit. pp. 273 y 274.

afianzadoras solo trabajan hasta las cinco de la tarde, sin que exista ninguna oportunidad de tramitar la fianza.

Las agencias del Ministerio Público no informan sobre el beneficio de la libertad provisional. En el caso de lesiones el Ministerio Público siempre espera a que se le entregue el certificado médico de lesiones para determinar la cantidad por la cual deberá caucionar el indiciado, y durante ese tiempo el indiciado tiene que permanecer privado de su libertad.

Cuando hay varios inculpados por el mismo delito, a todos les imponen igual caución sin que el juez analice la situación económica de cada uno de ellos, como lo afirma el jurista Manuel Rivera Silva "Desgraciadamente, los tribunales fijan la caución sin tener presentes las exigencias legales y así, por ejemplo, a los coacusados, les señalan el mismo monto sin hacer hincapié en la diversa situación económica de cada uno de ellos, que podría permitir cauciones distintas."⁷⁷

Los Jueces, y Agentes del Ministerio Público no realizan una valoración real de la situación económica del indiciado, ya que debieran de realizar un estudio socioeconómico.

4.3. LA SITUACIÓN DEL PROCESADO ANTE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Por lo que la prisión, en la mayoría de los casos, no mejora al preso; la finalidad educativa, a la que tanto valor se concede en la moderna ejecución penal, se alcanza raras veces y con gran frecuencia el penado sale de la prisión más perverso y corrompido que entró. El enorme número de liberados que cometen nuevos delitos demuestra su escasa eficacia como medio de corrección. La mayoría de los condenados a penas de privación de libertad, después de su entrada en el establecimiento penal, más pronto o más tarde sucumben bajo la influencia del ambiente penitenciario,

⁷⁷ Rivera Silva, Manuel. "El Procedimiento Penal". Vigésima Primera Edición. Fd. Porrúa. México, D.F. 1992. p. 366.

quedan sometidos a lo que Clemmer denomina proceso de prisonización, pierden su personalidad y son absorbidos por la comunidad carcelaria, caen dentro de sus normas, se familiarizan con sus dogmas y costumbres, se adaptan a su género de vida. Hay delincuentes que resisten mejor a estos influjos, pero la mayoría sucumbe a ellos. Y si la prisión, comenta Tannenbaum, "No sólo fracasa en cuanto a mejorar el carácter de los presos, sino que contribuye a empeorarlo, si, como se la ha reprochado, convierte al menos malvado en el más endurecido de los criminales, entonces la prisión no sólo ha fracasado en su misión de proteger a la sociedad sino que se ha convertido en favorecedora del incremento del delito en la comunidad."⁷⁸

La vida de prisión, dicen, es mortal para el hombre medio, destruye su vitalidad, su sensibilidad se amortigua, su espíritu se tuerce. Muchos se vuelven "stir simple", lo que en el lenguaje de la prisión significa víctima de la neurosis. De hechos insignificantes surgen enemistades, riñas, luchas de grupo que convierten en un infierno la vida de los reclusos. En el preso nacen sospechas injustificadas de su compañero de celda, de los guardianes del capellán de cualquiera. Durante su tiempo libre, por lo común durante la noche, acostado en su camastro, evoca el recuerdo de sus amigos, de su mujer o de su amante y le acosa la idea de su infidelidad. Estos pensamientos le enloquecen por algún tiempo, vive una vida totalmente frustrada puede llegar al suicidio si al entrar en la prisión poseía alguna energía queda luego quebrantado por completo después de algunos meses de esta amortecedora rutina.

Otro de los nocivos efectos de la prisión y especialmente del aislamiento celular, son las llamadas psicosis penitenciarias. La reclusión puede producir en los reclusos, sobre todo en los condenados a penas de larga duración, perturbaciones mentales más o menos profundas. En los anormales, cuyo número es crecido entre los internados en los establecimientos penales, la prisión agrava su anormalidad pero también entre los presos normales se originan a veces perturbaciones mentales causadas por la vida penitenciaria.⁷⁹

⁷⁸ Citado por Cuello Calón, Eugenio. Ob. cit. p. 619.

⁷⁹ *Ibidem*. pp. 615 y 617.

El celebre criminalista Locard decía que "No existe verdaderos profesionales del crimen, si no después de su paso por los establecimientos penales; el criminal de ocasión se convierte en apache cuando ha pasado por el presidio."

Por lo que podemos concluir que la prisión, en la mayoría de los casos, no mejora al preso; la finalidad educativa, a la que tanto valor se concede en la moderna ejecución penal, se alcanza raras veces y con gran frecuencia el penado sale de la prisión más perverso y corrompido que entró.

4.4. NECESIDAD DE QUE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION SEA CONCEDIDA EN FORMA OFICIOSA

La libertad desde siempre ha sido uno de los valores del hombre en lo individual y en lo social toda vez que desde la antigüedad se han dado grandes luchas por obtenerla. El concepto de libertad ha variado a través de las épocas, y en sus inicios se hablaba de libertad política y de libertad en el Estado, refiriéndose al derecho que se tenía de participar en el gobierno, aún cuando éste tipo de libertad se encontraba restringida a una minoría dominante que no consideraba el estado de esclavitud y falta de libertad de otros grupos sociales como los esclavos, observándose un concepto de libertad a la que hoy conocemos.

El concepto de libertad ha evolucionado de acuerdo a la ideología, y como ya hemos mencionado en el presente trabajo, durante la edad media se tenía una concepción jurídica basada en el principio del privilegio y por ello las clases sociales tenían un derecho diferente y de acuerdo a la clase social, las facultades y deberes se veían aumentados o reducidos como un efecto de las acciones y merecimientos que se le daban a cada clase social. En nuestro tiempo se consideraría que ésta concepción era totalmente equivocada, sin embargo es de observar que estamos acostumbrados a regirnos por ordenaciones jurídicas uniformes, sin hacer ninguna distinción entre clases sociales, es decir, no toman en cuenta que en la realidad existen marcadas diferencias sociales, y que el derecho se aplica por igual lo que en diversas ocasiones

favorece a las clases sociales privilegiadas, y afecta a los sectores económicamente más bajos, con lo que se hace un uso prácticamente desigual del derecho igualitario.

En este sentido es de considerar que la Constitución General de la República tiene como base el llamado principio de igualdad jurídica sin embargo la realidad se encarga de hacer notar las diferencias y así por ejemplo en el caso de la Libertad Provisional Bajo Caución, se señalan formas de caucionar que facilitan la impunidad para quien tiene los recursos necesarios y dejan sin ninguna oportunidad al individuo pobre que apenas si puede obtener lo necesario para sobrevivir y como lo señala el autor Rafael Pérez Palma al referirse a las fianzas carceleras que "acentúan las diferencias entre las clases sociales. Para los adinerados la exhibición de la suma que se fije como caución o el pago de la fianza personal, es cosa más o menos fácil; se hace el desembolso y rápidamente se sale para seguir disfrutando de libertad y hasta se pueden dar el lujo de dejar que se les haga efectiva la garantía con tal de no volver a pisar la cárcel. Desde el punto de vista de la inversión, ante la perspectiva de pasar tres o cuatro años en la prisión, es preferible perder la fianza, ya que estando libres, pueden ganar mucho más de lo que significa la caución, aunque anden en calidad de prófugos. Pero ya pasará el tiempo, prescribirá la pena y podrán volver a la vida ordinaria... el dinero proporciona bienes, servicios, amor y hasta libertad. Con el dinero se puede comprar cuanto hay sobre la tierra, pero la falta de dinero, no produce sino limitaciones, miseria, cárcel e hijos. Los que por su triste situación no pueden exhibir la caución o pagar el importe de la fianza, se quedan en la cárcel. Son éstas desigualdades cuyo origen es el dinero, pero que existen, que han existido desde siempre y que seguirán existiendo."⁸⁰

Durante la época de oro en Francia, la libertad es el valor más apreciado y al respecto se generan importantes teorías como la del Contrato Social de Rousseau que tiene como punto de partida al hombre libre, quien tiene una libertad originaria, sin embargo existen conflictos entre los derechos de cada uno, lo que genera el empleo de la violencia para resolverlos, surgiendo de ello el Contrato Social el cual evita la injusticia y a la vez da seguridad, según Juan Jacobo Rousseau, los hombres se reúnen realizando un contrato de sociedad donde cada uno cede, una parte de su libertad para salvar el resto de la sociedad.

⁸⁰ Pérez Palma, Rafael. Ob. cit. p. 274.

Como ya ha quedado definido en el cuerpo del presente trabajo, la libertad en el ámbito jurídico se conceptúa como la facultad que una persona tiene de ejercitar o no ejercitar sus derechos subjetivos, derechos que son inherentes a la naturaleza del hombre y que se encuentran garantizados mediante ordenamientos legales, definición que tomaremos para el análisis del llamado incidente de Libertad Provisional Bajo Caución.

El hombre desde la antigüedad busco proteger siempre la libertad de distintas maneras, para lo cual instituyo diversos ordenamientos buscando a la vez, no privar de la libertad a personas de las que no se estuviera seguro sobre su culpabilidad, y por otra parte dar seguridad a la sociedad al no permitir que quienes en realidad fueran culpables de algún delito estuviesen libres.

En los pueblos antiguos, comenzó a regularse lo que hoy conocemos como prisión preventiva y como libertad provisional, dichas figuras tuvieron características importantes, así tenemos que los griegos únicamente la decretaban por crímenes de conspiración contra la patria, el orden político y peculado exclusivamente, sin embargo en el caso de otros delitos se dejaba al acusado en libertad mediante caución o fianza de tres ciudadanos responsables de su comparecencia al juicio. Los romanos, en la Ley de las doce tablas, establecían que si el acusado presentaba a alguna persona que respondiera por él se debía dejar libre y se contemplaba que un hombre rico podía prestar caución por un hombre rico, y asimismo todo hombre pobre podía prestarla por un ciudadano pobre, también cabe señalar que en la última etapa del imperio romano, la prisión preventiva era la excepción y la libertad provisional era un derecho siempre y cuando el delito que se le atribuía, no lo hubiera cometido flagrantemente o se hubiera aceptado éste.

De igual manera tenemos que los germanos restringían la prisión preventiva, y al acusado se le concedía ampliamente la Libertad Provisional. Por su parte los galos consideraban a la Libertad Provisional como costumbre y también como derecho, la cual garantizaban con una suma de dinero por lo que no era requisito acreditar fiador alguno. También el ordenamiento español conocido como fuero juzgo, estableció que la generalidad debía ser la no privación de la libertad, y la excepción se daba cuando se cometían delitos contra el rey o su organización política.

Lo referido anteriormente nos permite reflexionar que la Libertad Provisional, es un principio de humanidad bastante antiguo y no es un logro del derecho contemporáneo ya que incluso las legislaciones antiguas la establecían como una generalidad y excepcionalmente se daba la prisión. La Libertad Provisional no era considerada como el reconocimiento de una gracia, sino una garantía concedida a todo ciudadano.

En el derecho actual, a pesar de que la legislación dispone que la Libertad Provisional es una garantía que tendrá todo acusado, es de reiterar lo mencionado en capítulos anteriores, respecto a los abusos que cometen los servidores públicos encargados de la administración de la justicia, quienes no reparan en los daños que causan al individuo al no facilitar la obtención de su Libertad Provisional Bajo Caución, y hacen ver que cuando la conceden le hacen un favor e incluso en ciertos casos para que la concedan exigen alguna retribución económica.

Algunos servidores públicos encargados de la impartición de la justicia hacen caso omiso de las disposiciones legales y al crecer los conflictos en la sociedad, crece también el peligro de que la autoridad o no pueda cumplir con su cometido o sea ella la que abuse, surgiendo la necesidad de formular reglas generales cuya aplicación sirva para resolver los conflictos concretos y por otra parte buscar que la autoridad se deposite en personas que merezcan confianza.

Los legisladores cada año reforman las leyes buscando el equilibrio entre quienes imparten la justicia y a quienes se les aplica, sin embargo, siempre son muchos los que se ingenian para encontrar la forma de aprovecharse de las facultades que les conceden dichas leyes, en perjuicio de quienes incurrir en sanciones y penas, por que estos últimos, no pueden pasarse la vida estudiando el cúmulo de disposiciones que cuando apenas empiezan a ser conocidas son derogadas, reformadas o sustituidas por otras nuevas, llegando incluso a publicarse ediciones de hojas sustituibles para facilitar su actualización.

Otro aspecto que ha de tomarse en cuenta, es el medio en el cual se van a aplicar las leyes, ya que estas pueden ser malas o injustas, pero aún siendo buenas en cuanto al fondo pueden resultar pésimas, si no se toma en consideración éste aspecto,

toda vez que debe existir una relación entre las leyes y el medio en que van a ser aplicadas, siendo esto muy importante para delimitar las esferas de acción del individuo y de la autoridad ya que todo aumento en las facultades de ésta implica disminución en la libertad reconocida al otro.

En este orden de ideas, consideramos de vital importancia reorientar las disposiciones que se refieren a la prisión preventiva y a la Libertad Provisional Bajo Caución, tomando en cuenta los efectos nocivos que para el individuo representa la pérdida de su libertad, aun siendo momentánea, y buscando siempre que no existan abusos por parte de quienes tienen conferidas funciones de administración de justicia, y que el individuo encuentre precisión y sencillez para conseguir su Libertad Provisional Bajo Caución. Esto en virtud de que se trata de un indiciado y no de un sentenciado a quien le ha sido comprobado el delito y aun cuando la estadía en la prisión preventiva no sea tan larga, si se provoca en el individuo y sus familiares más cercanos, estados de angustia y depresión.

La libertad caucional se estableció buscando conciliar dos intereses opuestos; por una parte el interés público de que el procesado permanezca en prisión preventiva durante el proceso, con el fin de garantizar la efectividad de la sentencia, y el interés privado del indiciado, quien tiene derecho a que se presuma su inocencia en tanto no haya sido condenado por sentencia ejecutoriada.

El autor Fernando Arilla Bas, citado en el presente trabajo, nos precisa que el fundamento de la libertad caucional es el hecho de que el interés público de garantizar la efectividad de la sentencia admite una graduación de mayor a menor, de acuerdo con la gravedad del delito objeto del proceso, de manera de cuando el procesado es presuntamente responsable de un delito de menor gravedad, la prisión preventiva puede ser sustituida por la caución, es decir, la *pignus corporis* se cambia por la *pignus pecuniade*, la prisión por el dinero.⁸¹

Nuestra legislación penal ha buscado a través de sus múltiples reformas, perfeccionar la libertad provisional bajo caución, sin embargo a la fecha consideramos que todavía existen demasiadas irregularidades para la concesión de la libertad.

⁸¹ Arilla Bas, Fernando Ob. cit. p. 220.

Conviene hacer un breve análisis de las disposiciones anteriores y la manera en que se han reformado a fin de fundamentar nuestra propuesta.

La Constitución de Cádiz de 1812, que se aplicó en la primera etapa del México independiente, en su artículo 296 señalaba que en cualquier estado de la causa que apareciera que no podía imponerse al preso pena corporal, se le pondría en libertad provisional dando fianza. En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y territorio de Baja California que entró en vigor el primero de noviembre de 1880, en su artículo 259 señalaba como requisitos para obtener la Libertad Provisional: que el delito no tuviera señalada pena corporal o que si la tuviera no excediera de tres meses de arresto mayor; que el inculpado tuviera domicilio fijo y conocido en el lugar en que se siguiera el proceso; que tuviera buenos antecedentes de moralidad; que tuviera profesión oficio o modo honesto de vivir; que no fuera mendigo, que no hubiera sido juzgado en otro juicio criminal; que a juicio del juez no hubiera temor de que se fugara y; que protestara presentarse al Juez o Tribunal siempre que se le ordenara.

Como ya lo hemos visto, desde tiempos remotos se ha buscado encontrar la mejor manera de garantizar a la vez el interés de dar seguridad a la sociedad mediante la prisión de los individuos que violan las normas jurídicas y al mismo tiempo, proteger la libertad del individuo que es sujeto a prisión preventiva cuando aun no se le ha comprobado delito alguno. A pesar de las múltiples reformas y cambios a la ley, ésta aun presenta deficiencias que en la práctica se traducen en abusos en contra de los indiciados, abusos que, como ya se dijo, son cometidos por los servidores públicos que se encargan de la administración de la justicia quienes abusando de las facultades que les concede la ley, obtienen un lucro indebido aprovechándose del desconocimiento del procesado, de las garantías que la propia ley le concede, y del estado de angustia en que éste y sus familiares cercanos se encuentran.

Para solucionar los múltiples problemas a que se enfrentan tanto los procesados como los familiares de éste, por ello se propone que la Libertad Provisional se tramite en forma oficiosa por parte del Ministerio Público en la etapa de la Averiguación Previa y el Juez o Magistrado dentro del proceso que se le siga al indiciado. Con ello, se evitaría los abusos a que hemos hecho referencia en el presente

trabajo, por parte de Jueces, Secretarios de Acuerdos, Abogados deshonestos, gestores y los llamados Coyotes, adicionalmente se disminuiría la sobre población en las prisiones y los gastos que eroga el Estado para la vigilancia y manutención de los sujetos a prisión preventiva.

Nuestra sociedad siempre ve con cierto rechazo a una persona que ha sido privada de su libertad, aun cuando sea por poco tiempo y sin conocer las causas y motivos, comienzan a considerarlo como sospechoso y no tan digno de confianza, esta situación sería resuelta también con la oficiosidad de la Libertad Provisional Bajo Caución, ya que no se produciría el estado de alerta entre los familiares y los vecinos cuando se les solicitan prestamos de enormes cantidades para obtener la libertad de alguien que muy posiblemente sea inocente.

A pesar de que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala que todo inculcado tendrá derecho durante la Averiguación Previa y en el proceso judicial a ser puesto en Libertad Provisional Bajo Caución inmediatamente que lo solicite, como ya lo hemos mencionado, esto no ocurre por la complicación que conlleva el tramite de la garantía que le es exigida, además "negociaciones" que se tienen que realizar con los servidores públicos encargados de otorgar la mencionada libertad, para que fijen un tipo de garantía y que el monto sea accesible, cuestión que se vería resuelta si el Ministerio Público, Juez o Magistrado la concedieran de inmediato, una vez que se observe la procedencia de la misma, y buscando que la garantía fijada sea acorde a la condición económica del procesado, y al efecto consideramos que también se deben perfeccionar las formas de caucionar y no solo señirse a condiciones de tipo económico, ya que es inaplicable lo señalado por el artículo 561 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en el sentido de que la naturaleza de la caución quedará a elección del inculcado, quien al solicitar la libertad deberá manifestar la forma que elige, toda vez que el Ministerio Público o el Juez en la mayoría de ocasiones lo escogen sin tomar siquiera el parecer del indiciado, por otra parte, la libertad del querer no solo interviene en el planteamiento de fines sino en la búsqueda de los medios. La posibilidad de elegir existe únicamente cuando el individuo dispone de diversos procedimientos de realización, habiendo una pluralidad de caminos para el logro de un propósito cualquiera, el sujeto puede escoger entre ellos el que más le plazca.

4.5. PROPUESTA DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN SUS ARTÍCULOS 557, 561 Y 562; PARA QUE SU TRAMITACIÓN EN LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN SEA CONCEDIDA EN FORMA OFICIOSA

Con base en los razonamientos plasmados en los puntos anteriores, y a fin de que sea factible que la Libertad Provisional sea decretada en forma oficiosa por parte del Ministerio Público o Juez, se propone la reforma a los artículos 557, 561 y 562, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, así como los demás artículos que hagan referencia a la Libertad Provisional Bajo Caucción. En este sentido el artículo 557 debe contemplar que la Libertad Bajo Caucción cuando proceda, deberá declararse de oficio, inmediatamente en la misma pieza de autos, con lo que quedaría derogado el artículo 558.

En cuanto al artículo 561 sugerimos que contemple que la caucción quedará a elección de el inculpado y éste manifestará la forma que elige, sin embargo en el caso de que el inculpado, su representante o su defensor no lo manifiesten, o bien expresen carecer de recursos económicos para cubrir cualquier forma de caucción, el Ministerio Público, el Juez o el Tribunal deberán informar a la institución cuya creación se propone más adelante, para que esta realice las gestiones correspondientes para tramitar la Libertad Provisional.

El artículo 562 se sugiere agregar la fracción VI la cual señale que la caucción podrá consistir en fianza de interés social, en los casos en que el asunto sea turnado a la institución que en el presente trabajo se propone.

A fin de que las reformas antes propuestas puedan tener fundamento constitucional, se propone también realizar una adición al artículo 20 de la Constitución General de la República, que contemple la declaración de la Libertad Provisional Bajo Caucción de manera oficiosa, y ordene la creación de la institución que adelante se propone a fin de que sean turnados a ésta, los casos antes mencionados.

Actualmente existen en México dos instituciones que se encargan de brindar apoyo jurídico a los procesados que tiene el beneficio de la Libertad Provisional Bajo Caucción, y también lo hacen tramitando fianzas de interés social por lo que dichas instituciones pueden servir como modelo para la creación de la institución a que se ha hecho mención. La primera de ellas es la Fundación Mexicana de Reintegración Social

A.C. (REINTEGRA) la cual se hace cargo de los inculpados cuando hay total insolvencia económica absorbiendo el monto de la prima por el otorgamiento de la fianza de interés social que es del 1 % y es cubierto por recursos económicos de la misma fundación. Para que se le brinde el apoyo, el inculpado debe reunir los siguiente requisitos:

- 1.- Que la persona carezca de recursos económicos y que no pueda solventar los gastos de un abogado particular
- 2.- Que se detecten en el interno posibilidades de readaptación mediante los estudios realizados por el personal de la fundación
- 3.- Que el interno esté dispuesto a colaborar en su proceso de cambio conductual, durante su internamiento y al obtener su libertad mediante los programas que ofrece esta institución.

Así mismo, para que la institución mencionada gestione la obtención de una fianza de interés social requiere lo siguiente:

- a).- Que el inculpado tenga arraigo domiciliario
- b).- Que el inculpado haya observado buen comportamiento en la institución en que se encuentre recluso
- c).- Que haya demostrado durante su internamiento, disposición al cambio de conducta.
- d).- Un estudio psicológico y socioeconómico realizado por la esta institución
- e).- Que la familia demuestre su compromisos para trabajar con esta institución en el proceso de cambio del interno
- f).- Que el interno acepte cumplir con las obligaciones contraidas con la fundación y las que se deriven de su proceso jurídico como la asistencia a firmar al Juzgado y Afianzadora; asistencia a terapias y mantener comunicación con REINTEGRA hasta haber concluido su proceso.

LA DEFENSORÍA DE OFICIO

Esta es otra institución que brinda apoyo jurídico a los procesados de escasos o nulos recursos económicos, pero a diferencia de la anterior, esta es de una institución pública, sin embargo también contempla la tramitación de fianzas de interés social y de acuerdo a los artículos 43 y 44 de la Ley de la Defensoría de Oficio del Distrito Federal, para que la institución, gestione fianzas de interés social, o el pago de caución en su caso, a fin de obtener la libertad de los internos, estos deberán cubrir los siguientes requisitos:

- a).- Contar con un defensor de Oficio;
- b).- Como resultado del estudio socioeconómico elaborado para el efecto, se determine que cuenta con escasos recursos económicos;
- c).- Ser primodelincuente;
- d).- Que el monto de la fianza se garantice con bienes propiedad del coobligado;

Como ya se ha mencionado, tomando como base las características y actividades que tiene y desarrollan las dos instituciones a que hemos hecho referencia, se sugiere como una alternativa para el caso de inculcados con escasos recursos económicos, la creación de una institución o bien que se otorguen facultades y se señalen como funciones al Patronato para la Reincorporación Social por el Empleo en el Distrito Federal, con la finalidad de otorgarle la oportunidad de obtener su Libertad Provisional a toda persona que, viviendo en suma pobreza o perteneciendo a grupos étnicos, incurrió en conductas que la ley sanciona con pena privativa de la libertad mediante apoyo económico, jurídico psicológico y social, sin tener que erogar fuertes cantidades. Dicha institución brindaría apoyo en Libertades Provisionales Bajo Caución, pagando la prima en caso de total insolvencia y garantizando el pago de la fianza, debería también brindar apoyo psicológico, asesoría y orientación general a quienes consiguieran su Libertad Provisional.

Para que el inculcado pudiera ser beneficiado por dicha institución sería conveniente establecer los siguientes requisitos:

- a).- Que la persona carezca de recursos económicos y que no pueda solventar los gastos de un abogado particular, y tenga señalado al defensor de oficio.
- b).- Que el interno asista semanalmente al juzgado.

- c).- Que asista con el psicólogo para terapias de apoyo.
- d).- Que sea primodelincuente.
- e).- Cuando existan en el inculcado problemas de adicción, se someta a un tratamiento especializado al obtener su libertad.
- f).- Que tenga arraigo domiciliario.
- g).- Como ya se ha dicho, actualmente existe una asociación Civil que brinda apoyo económico y psicológico a los inculcados e incluso gestionan fianzas en condiciones favorables en cuanto al pago de primas, sin embargo dicha asociación es de carácter privado por lo que la ley no podría contemplarla con carácter legal, y en todo caso el apoyo que pudiera brindar a las personas tendría características selectivas.

A fin de que se protegiere el derecho a la Libertad Provisional en los casos en que fuere procedente consideramos conveniente que se incluya como obligación del Juez o Ministerio Público en los casos de Averiguación Previa, de notificar inmediatamente a la institución cuya creación se propone, a fin de que esta inicie las gestiones y estudios conducentes, una vez que se considere procedente la Libertad Provisional del inculcado. Por otra parte sería obligación de la institución inmediatamente que tenga del Juez o Ministerio Público el informe del beneficio que tuvieran los inculcados para la tramitación de su Libertad Provisional Bajo Caución, de encargarse de iniciar los estudios socioeconómicos y visitas correspondientes y en su caso la gestión para obtener la fianza de interés social.

CONCLUSIONES

Primera. Se considera que no puede existir vida humana bajo una completa y total privación de libertad y aún en el pasado se daba la libertad natural como una libertad absoluta, ajena a toda regulación, basada en la fuerza de cada individuo, la cual servía como contrapeso de la tiranía, lo anterior en el marco de una organización social rudimentaria que buscaba combatir el carácter omnímodo del poder existente.

Segunda. El concepto de libertad apareció desde las primeras sociedades y a partir de dicho concepto se han generado diversas teorías, sin embargo en esencia la libertad, puede considerarse como la facultad de hacer o no hacer, únicamente aquello que no está prohibido.

Tercera. De acuerdo a la teoría del contrato social, el elemento absolutamente valioso y primario es el individuo humano, y cuando éste se reúne en sociedad con sus semejantes y erige el Estado, es para proteger su innata libertad, toda vez que el hombre es considerado libre por naturaleza y el Estado puede y debe garantizarla pero no está facultado para desconocerla o suprimirla.

Cuarta. Los ordenamientos jurídicos actuales tienden a ser uniformes, sin embargo, no toman en cuenta las diferencias sociales efectivas, las cuales provocan un uso prácticamente desigual, sin observar que en ocasiones solo se benefician las clases altas, con lo cual, el derecho deja de ser igual para todos.

Quinta. La libertad caucional se ha establecido en las leyes, buscando conciliar dos intereses opuestos, por una parte, el interés público de que el procesado permanezca en prisión preventiva durante el proceso con el fin de garantizar que la sentencia pueda cumplimentarse y ; por otra parte, el interés privado del indiciado quien tiene derecho a que se presuma su inocencia en tanto no haya sido condenado.

Sexta. La libertad provisional no es un logro del derecho contemporáneo ya que es un principio de humanidad bastante antiguo, y desde las primeras legislaciones se establecía como una generalidad y la prisión como una excepción

Séptima. El más fuerte obstáculo para que exista la justicia en una sociedad, es el abuso de la fuerza por quienes disponen de ella, esta fuerza puede ser, poder militar, riqueza, astucia, influencia política o cualquier otros aspecto como la facultad de quienes se encargan de impartir justicia y que en muchas ocasiones abusan de ella para obtener lucros indebidos.

Octava. Todo aumento en las facultades de la autoridad, implica disminución en la libertad reconocida al individuo, por lo que las leyes deben encontrar el punto de equilibrio en el que haya menos probabilidades de que alguno de los dos abuse de la fuerza.

Novena. La prisión, aún por tiempo limitado, origina graves problemas para el indiciado y para su familia, teniendo consecuencias de tipo económico, moral, físico e incluso psicológico, por lo que es conveniente que se otorguen mayores posibilidades para obtener su libertad provisional durante el proceso.

Décima. En el derecho mexicano, durante un largo periodo, se consideró como requisito para obtener el beneficio de la libertad provisional, que el máximo de la pena no debía exceder de cinco años de prisión, requisito que actualmente ha sido sustituido por nuevos criterios, como la clasificación de los delitos.

Décima Primera. A pesar de que el Código de Procedimientos Penales contempla a la libertad provisional bajo caución como un incidente, no lo es propiamente, ya que no reúne las características de estas cuestiones jurídicas, toda vez que no constituye un impedimento para la marcha del proceso, y no se trata de una cuestión accesoria que esté directamente relacionada con la principal, objeto del proceso.

Décima Segunda. Para garantizar la libertad provisional, la ley contempla diversas formas de caucionar, sin embargo, en la práctica, únicamente se utilizan las fianza de compañía autorizada y el depósito en efectivo, siendo de observar, que es nulo el derecho del indiciado para elegir la forma de otorgar caución, al ser costumbre que el Juez o Ministerio Público exija la que considere más conveniente.

Décima Tercera. El indiciado que obtiene la libertad provisional bajo caución, contrae las obligaciones que señala el Código de Procedimientos Penales como el presentarse ante el Ministerio Público o Juez cuantas veces sea citado, comunicar los cambios de domicilio y presentarse a firmar el día que se le señale de cada semana

Décima Cuarta. Puede revocarse la libertad caucional y ordenarse la detención del indiciado cuando éste incumple con las obligaciones que la ley le señale o bien incurre en faltas graves como puede ser la comisión de nuevos delitos o amenazas a la parte ofendida o algún testigo.

Décima Quinta La tramitación de la libertad provisional bajo caución exige ciertos conocimientos de índole jurídico que no están al alcance de la persona común, lo que provoca abusos en servidores públicos , abogados poco honestos, agentes de afanzadoras y los llamados coyotes, y como una solución, se sugiere la oficiosidad del beneficio de la libertad provisional. lo que adicionalmente provocaría una disminución de la población en las prisiones, y en los gastos que eroga el Estado para la vigilancia y manutención de los sujetos a prisión preventiva.

Décima Sexta. Para la oficiosidad del otorgamiento de la libertad provisional bajo caución, es necesario perfeccionar las formas de caucionar, y al efecto, se sugiere la creación de una institución que se encargue de brindar apoyo jurídico a los indiciados de escasos recursos económicos y se instituya el otorgamiento de las fianzas de interés social.

BIBLIOGRAFÍA

1. Acero, Julio. "Procedimiento Penal Séptima". Edición. Ed. Cajica S.A. Puebla Puebla, 1976.
2. Arilla, Bas Fernando. "El Procedimiento Penal en México". Décima Sexta Edición. Ed. Porrúa. México D.F., 1996.
3. Ayala, Francisco. "Historia de la Libertad". Ed. Atlántida S.A. Buenos Aires. 1943.
4. Barbosa Díaz, Carlos. "El Problema de la Libertad, sus Conexiones con el Derecho Penal". Ed. Porrúa S.A. México, D.F. 1953.
5. Carranca y Rivas, Raúl. "Derecho Penitenciario". Segunda Edición. Ed. Porrúa. México, D.F. 1981.
6. Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". Ed. Porrúa. México, D.F. 1977.
7. Cuello Calón, Eugenio. "La Moderna Penología". Ed. Casa Editorial Bosh. Barcelona. 1958.
8. Del Poin Luis, Marco. "Penología y Sistemas Carcelarios". Tomo I. Ed. Ediciones de Palma. Buenos Aires. 1982.
9. Escalona Bosada, Teodoro. "La Libertad Provisional Bajo Caución". Ed. UNAM. México, D.F. 1968.
10. García Máynez, Eduardo, "Introducción al estudio del derecho". Trigésima Sexta Edición, Ed. Porrúa. México, D.F. 1984.
11. García Máynez, Eduardo. "Libertad, como Derecho y como Poder". Ed. Compañía General Editora S.A. México, D.F. 1941.
12. García Ramírez, Sergio. "Curso de Derecho Procesal Penal". Segunda Edición. Ed. Porrúa. México, D.F. 1977.
13. González Blanco, Alberto. "El Procedimiento Penal Mexicano". Ed. Porrúa. México, D.F. 1975.

14. González Bustamante, Juan José. "Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano". Cuarta Edición. Ed. Porrúa S.A. México, D.F. 1958.
15. Mommsen, Teodoro. "Derecho Penal Romano". Tomo I. Ed. La España Moderna. España. 1956.
16. Pérez Palma, Rafael. "Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal". Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, D.F. 1974.
17. Piña y Palacios, Javier. "Derecho Procesal Penal". Ed. Talleres Gráficos de la Penitenciaría del D.F.
18. Rivera Silva, Manuel. "El Procedimiento Penal". Vigésima Primera Edición. Ed. Porrúa. México, D.F. 1992.
19. Silva Silva, Jorge Alberto. "Derecho Procesal Penal". Ed. Haria. México, D.F. 1990.
20. Tena Ramírez, Felipe. "Leyes Fundamentales de México 1808-1983". Décima Segunda Edición. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1983.
21. Vilalta y Vidal, Antonio. "La Individualización de la Ley Civil". Segunda Edición. Ed. UNAM. México, D.F. 1984.
22. Zamora Pierce, Jesús. "Garantías y Proceso Penal". Tercera Edición. Ed. Porrúa. México, D.F. 1988.

LEGISLACIÓN

1. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 105a. Edición. Ed. Porrúa S.A. México, D.F. 1996.**
2. **Código Federal de Procedimientos Penales. Ed. Sista S.A. de C.V. México, D.F. 1996.**
3. **Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Ed. Sista S.A. de C.V. México, D.F. 1996.**
4. **Código Penal para el Distrito Federal. 55a. Edición. Ed. Porrúa S.A. México, D.F. 1996.**
5. **Ley de la Defensoría de Oficio del Distrito Federal. Publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de Junio de 1997.**
6. **Reglamento del Patronato para la Reincorporación Social por el empleo en el Distrito Federal. 55a. Edición. Ed. Porrúa S.A. México, D.F. 1996.**
7. **Código Civil. 66a. Edición. Ed. Porrúa S.A. México, D.F. 1996.**
8. **Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. 62a. Edición. Ed. Porrúa S.A. México, D.F. 1996.**
9. **Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1880. 12a. Edición. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1980.**
10. **Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 1894. Ed. Herrero Hermanos Sucesores. México, D.F. 1894.**
11. **Código Federal de Procedimientos Penales de 1908. Ed. Herrero Hermanos Sucesores. México, D.F. 1908.**