

2ef.



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

## ANALISIS JURIDICO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL EN LA TENTATIVA DE LOS DELITOS GRAVES.

T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
DAVID RODRIGUEZ MORENO



ASESOR: LIC. ROBERTO AVILA ORNELAS



MEXICO, D. F.

263272 1998

VESTIS CON FALLA DE CIBREN



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

**A MIS PADRES  
PASTOR RODRIGUEZ GUEVARA  
JOSEFA MORENO DE RODRIGUEZ  
POIR EL ESFUERZO QUE HICIERON  
A LO LARGO DE SU VIDA PARA DARME  
LA CARRERA DE LICENCIADO EN DERECHO**

**Y QUE VEAN EN ESTOS MOMENTOS  
REALIZADOS UNO DE SUS MAS GRANDES  
ANHELOS EN LA VIDA AL CONCLUIR CON MIS  
ESTUDIOS A NIVEL PROFESIONAL  
PARA QUE SE SIENTAN ORGULLOSOS DE MI  
DE HABER FORMADO UN PROFESIONISTA  
DENTRO DE LA FAMILIA**

**A MI ASESOR LIC. ROBERTO AVILA ORNELAS  
DISTINGUIDO PROFESOR Y LICENCIADO QUIEN ME  
AYUDO A REALIZAR LA PRESENTE TESIS  
IMPARTIENDO SU DEDICACION SU TIEMPO  
PARA ASESORARME Y QUE SIN SU AYUDA  
NO HUBIERA SIDO POSIBLE. LE DEDICO ESTA  
TESIS CON ADMIRACION.**

**A LA UNIVERSIDAD, CASA MATER QUE ME BRINDO  
LA OPORTUNIDAD DE SER PROFESIONISTA  
Y EN ESPECIAL AL JURADO QUE SE ME DESIGNO Y POR  
INVERTIR  
SU TIEMPO EN LA REVISION DE MIS CONOCIMIENTOS COMO  
PROFESIONISTA.  
GRACIAS.**

**AL C. JUEZ VIGESIMO SEGUNDO PENAL EN EL DISTRITO  
FEDERAL LICENCIADO ANDRES H. MARTINEZ DIAZCONTI Y  
ROSALBA BARRIOS ORDOÑEZ POR DARME SU APOYO  
INCONDICIONALMENTE PARA LA REALIZACION DE ESTA  
TESIS.**

**GRACIAS POR BRINDARME SU CONFIANZA. ESTOY  
ETERNAMENTE AGRADECIDO.**

**CRISTINA MARTINEZ VALENCIA PARA CORRESPONDER  
AUNQUE SEA EN UNA MINIMA PARTE TODAS SUS ATENCIONES  
Y BUENOS DESEOS PARA CONMIGO.**

**Y A TODAS AQUELLAS PERSONAS QUE DE UNA U OTRA FORMA  
ME AYUDARON A SALIR ADELANTE.V**

# INDICE.

INTRODUCCION. ....	1
--------------------	---

## CAPITULO PRIMERO ANTECEDENTES DE LA LIBERTAD

1.1 EN ROMA. ....	3
1.2. EN GRECIA. ....	7
1.3. EN ESPAÑA.....	8
1.4. EN MEXICO.....	10
1.4.1. EN LA EPOCA PREHISPANICA .....	10
1.4 2. EN LA COLONIA.....	12
1.4.3. EN LA EPOCA INDEPENDIENTE .....	16

## CAPITULO II TIPOS DE LIBERTAD CONTEMPLADOS DENTRO DEL SISTEMA PENAL MEXICANO.

2.1. LIBERTAD CAUCIONAL . . . . .	33
2.2 LIBERTAD PROTESTATORIA. ....	38
2 3 LIBERTAD PROVISIONAL. ....	45
2 4 LIBERTAD POR DESVANECIMIENTOS DE DATOS . . . . .	48

**CAPITULO III**  
**FORMAS DE GARANTIZAR LA LIBERTAD PROVISIONAL.**

3.1. LOS CONTRATOS DE GARANTIA.....	51
3.2. LA FIANZA .....	56
3.3. EL ARRAIGO Y SUS DISTINTAS FORMAS.....	66
3.4. COMENTARIOS Y APORTACIONES AL RESPECTO .....	74

**CAPITULO CUARTO**  
**GENERALIDADES DE LA TENTATIVA EN EL DELITO.**

4.1. MARCO HISTORICO SOBRE LA TENTATIVA.....	77
4.2. LA TENTATIVA Y EL DELITO.....	70
4.3. LA TENTATIVA Y EL DELITO CONSUMADO .....	86
4.4. FIGURAS ESPECIALES EN EL ANALISIS DE LA TENTATIVA DEL DELITO. .....	89
4.4.1. DELITO PERFECTO Y DELITO IMPERFECTO.....	94
4.4.2. DELITO DOLOSO Y DELITO CULPOSO.....	95
CONCLUSIONES.....	100
BIBLIOGRAFIA.....	105

## INTRODUCCION

En éste trabajo se estudiará el tema de la Libertad Provisional en el proceso o procedimiento penal. Al estudiar éste tema, previo al análisis de los conceptos y cuestiones que son necesarios para su cabal entendimiento, como las nociones generales de lo que es el procedimiento penal, la preparación del proceso, las garantías del inculpado y las formas de garantizar la libertad provisional. Sin éstos conceptos y cuestiones previas, no es posible comprender la figura jurídica de la libertad provisional.

La comprensión del mecanismo de ésta figura, del mecanismo de ésta figura, es importante para poder evaluar con toda objetividad la serie de medidas recientes, que ha venido a beneficiar al inculpado. Sobre todo a partir de la reforma del 13 de septiembre de 1993 al artículo 20 constitucional, con las innovaciones procesales en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito del 22 de julio de 1994, que ha venido a mejorar la situación de los acusados.

Existe interés social, de que éstos no sufran vejaciones o ultrajes de parte de la actividad policiaca. Como también es cierto que hay interés social, en que los inculpados no sufran prisión preventiva, a menos de que ésta sea estrictamente indispensable y en casos estrictamente necesarios.

En el capítulo primero se estudiará los antecedentes de la libertad en el mundo antiguo, sin olvidar estudiar detenidamente su evolución histórica en nuestro país

desde la época prehispánica, estudiando su evolución en la colonia ya que con la llegada de los españoles, se incursiona el derecho español y el derecho de los indígenas. Y los cambios substanciales que se dan en el México independiente.

En el capítulo segundo se estudiará los tipos de libertad consagrados en nuestra legislación penal mexicana, haciendo un importante análisis de cada una de ellas por ser necesario para comprender mejor nuestro tópico de estudio.

En el capítulo tercero, abordaremos las formas de garantizar la libertad, entre éstas se estudiará ampliamente lo que es la fianza y los contratos de garantía, por ser los más usados en nuestro derecho penal mexicano.

Y por último se hará un amplio estudio sobre la tentativa en los delitos que es el tema central de nuestro estudio, para posteriormente dar las conclusiones de la presente tesis.

## **CAPITULO PRIMERO. ANTECEDENTES DE LA LIBERTAD.**

### **1.1. EN ROMA.**

En los comienzos de la República, la liberación del imputado pudo lograrse, haciendo extensiva al procedimiento penal público, la constitución de fianza, la que sólo se empleaba primitivamente en el juicio privado. Según una leyenda antigua ya los magistrados patricios de la época anterior a los decenviros, fueron constreñidos por los tribunos del pueblo a admitir una fianza pública constiuída por un acusado, y seguir el proceso contra aquél dejándolo en libertad, pero parece que también se podía dejar sin efecto la prisión preventiva aún no constituyendo fianza. Esta protección tribunalicia, que fue introduciéndose caso por caso, por regla general les era negada a los delincuentes comunes.

Es sin embargo a partir de la Ley de las Doce Tablas que la institución de la libertad provisorio adquiere su verdadera fisonomía, es decir, se convierte en un derecho del acusado.(en la Tabla II. De Iudicis. Señalaba el Procedimiento, fianzas, testimonios judiciales).<sup>1</sup> Se acordaba haciendo abstracción de la gravedad de la infracción y aún en los supuestos de acusaciones capitales; y se hallaba sujeta a la prestación de una fianza y a que no se tratara de un crimen contra la seguridad del Estado

---

<sup>1</sup> Ventura Silva, Sabino *Derecho Romano* Edit. Porrúa, S.A. 1982, p. 24

A fin de facilitar en la máxima medida posible la obtención de la libertad provisorio, la Ley de las Doce Tablas establecía que bastaba el compromiso personal de un ciudadano, aunque fuera pobre, con lo cual el inculpado tenía casi siempre la seguridad de encontrar un fiador y obtener así la libertad provisorio aunque el fiador fuera un hombre pobre.

Esta ley de las doce tablas consideraron la "...libertad provisional y fueron vigentes en el decenvirato legislativo y la fecha tradicional de su promulgación en el año 451 a.c., fueron sancionadas por los comicios por centurias."<sup>2</sup>

Ahora bien, sin comparecía cuando se le requería o no presentaba excusas atendibles, se le detenía y se aprisionaba; y cuando por el contrario, no se lograba apresar, se le confiscaban los bienes y se le aplicaba la interdicción del agua y del fuego, el cual era un acto administrativo que consistía en negar a un individuo el derecho de permanecer dentro del territorio romano, en negarle la protección jurídica que se concedía en general a todos los extranjeros que se encontraban en territorio romano; y en amenazarlo con que se le trataría como enemigo de la Patria, amenaza que se hacía extensiva a todo aquel que lo ocultare en su casa o le prestare ayuda. Tales medidas sólo se adoptaban cuando el inculpado rehuía a su aprehensión.

Cabe también señalar que no obstante de que en caso de que no fuera precedente la libertad provisorio cuando se trataba de crímenes contra el Estado, el

---

<sup>2</sup> Margadant, Fioris, Guillerma. *Historia del Derecho Romano*, Edir Esfinge, México, 1989, p 125

inculpado no era encarcelado, sino que se le retenía sin ligaduras en la casa de un magistrado y se le reconocía el derecho de abandonar libremente la ciudad; cuando el acusado ocurría el recurso de la fuga como medio de sustraerse a la aplicación de una pena, por lo general el mismo presentaba "rogando indulgencia" con respecto a la fuga, ya que para un romano el exilio era la más terrible de las penas, toda vez que el suelo patrio era verdaderamente sagrado, puesto que se hallaba habitado por sus dioses. Estado, Ciudad y Patria representaban todo un conjunto de divinidades locales con un culto de todos los días y creencias poderosas de alma, todo lo más caro se confundía con la patria, ya que en ella se encontraba su bien, su seguridad, su derecho, su fe, y su Dios y perdiéndola, perdía todo; toda vez que fuera de ella no encontraba religión, ni vínculo social, ni derecho, ni vida regular. Así el exilio colocaba al hombre fuera de toda religión y como la religión era la fuente de la que emanaba todos los derechos civiles y políticos, el exiliado perdía todo esto. Por todo ello la legislación romana permitía al inculpado sustraerse a la pena por medio de la fuga.

El exilio parecía un suplicio tan terrible como la muerte; los jurisconsultos romanos lo denominaban pena capital y los romanos lo aceptaban como un derecho del inculpado porque el carácter represivo de las leyes no tenían otra finalidad que la de *preservar el Estado y los particulares* y por tanto la sociedad romana se declaraba satisfecha con tal que fuera librada del acusado del cual representaba peligro social

Tales razones estaban destinadas a desaparecer en lo sucesivo ya que durante el imperio, cuando el principio de la libertad individual fue menos respetado, cuando las creencias religiosas y la idea de la patria se volvieron menos poderosas y el exilio con menor repudio y cuando el proceso inquisitivo empezó a reemplazar al proceso acusatorio, el empleo de la prisión preventiva volvió a hacerse más frecuente y lógicamente se restringió la libertad provisorio

Y así el juez, cuando citaba al inculpado para un día determinado, podía a su arbitrio, prescindir de prisión preventiva, o bien admitir fianza para garantizar la comparecencia en el día señalado. Si el inculpado faltaba al compromiso de presentarse, el fiador era condenado a una multa y también castigado con una pena arbitraria si se probaba que había facilitado la fuga del inculpado. El magistrado era quien aperciba la necesidad, procedencia o utilidad de todas las medidas relacionadas con la libertad individual, teniendo en cuenta para ello la gravedad de la acusación y la personalidad del inculpado

La equidad vuelve a Roma y en los últimos tiempos del Imperio, la prisión preventiva era la excepción y la libertad provisorio el derecho, cuando el crimen no hubiese sido confesado o existiera flagrancia.

## 1.2. EN GRECIA.

La clásica Hélade organiza en Atenas fundamentalmente su justicia a través de organismos designados, llamados Heliastas y Arcontes, que aunque tienen funciones diversas se complementan entre sí, a estas dos categorías le sigue un Colegio de Magistrados llamados los Once que tenían a su cargo perseguir a los malhechores para encarcelarlos o someterlos al jurado, actuando en funciones del Ministerio Público y de policías al mismo tiempo

En Atenas la Prisión Preventiva se decretaba en los casos de crímenes, de consideración contra la patria, el orden político y peculado, exclusivamente y en los demás casos se dejaba en libertad al acusado mediante caución o finza de tres ciudadanos responsables de su comparecencia al juicio.

Asimismo, una remembranza o referencia lejana de nuestra libertad provisional bajo caución la encontramos en la forma en que se sometía a los funcionarios para garantizar alguna falta durante su gestión, y que consistía en que eran responsables en su persona y en sus bienes de todo crimen o delito cometido durante su encargo. Para que esta responsabilidad no fuera una palabra vano o tenía derecho a abandonar el país y no podía sustraer u ocultar ninguna suma que pudiera eventualmente revertir al Estado, antes de haber logrado ser absuelto, el magistrado seguía su ejercicio, y es aquí donde se encuentra un antecedente de la libertad provisional bajo caución

### 1.3. EN ESPAÑA.

En España, por varios siglos, la libertad caucionada fue una costumbre y un derecho, dependiendo de la gravedad del delito que se tratara, por lo regular el otorgar la libertad a un delincuente esta en manos del juzgado el cual contaba con amplias facultades para juzgar a una persona

En diversas ordenanzas, la libertad provisional sufrió un cambio fundamental, la libertad provisoria dejó entonces de ser el derecho común, para convertirse en una excepción. Ello fue debido al procedimiento secreto y al principio inquisitoria que se aplicaba en aquella época, hay que recordar que existían los juzgadores eclesiásticos, quienes juzgaban también a los civiles.

Este procedimiento era uno de los más crueles y que exigía una mayor severidad, los que exigían el encarcelamiento previo del imputado como una de las condiciones esenciales de un sistema que comenzaba a puertas cerradas y muchas de las veces terminaba en la tortura, los hacían confesar los delitos y se tomaba como reina de las pruebas la confesión.

La libertad caucionada se acordaba en las causas de pequeña importancia y no sujetas a confrontación, empero, algunas otras excepciones prevalecieron en la práctica. Los sacerdotes, los nobles, los personajes importantes, estaban ciertas veces exentos de la

prisión preventiva, pero se trataba de un privilegio ilegal, arbitrario y sólo autorizado por la tolerancia de los parlamentos, es decir no era un derecho expreso del cual gozaran los ciudadanos comunes y corrientes, este derecho lo tenían principalmente los ciudadanos que pertenecían a la realeza o que tuvieran un prestigio social muy importante

A fines del Siglo XVI, la libertad provisoria caucionada vuelve a cobrar su antiguo esplendor a merced de los esfuerzos de los legistas y de la jurisprudencia. En esta época , sólo se niega en los casos de delitos reprimidos con pena corporal; tratándose de delitos castigados con penas de azotes, destierro o penas pecuniarias, por más elevado que fuera el monto, el inculpado debía ser puesto en libertad bajo caución. Poco a poco esta regla se extendió y la propia pena de prisión dejó de ser un obstáculo a la libertad provisoria, en los casos de delitos leves y aún en los graves, si las pruebas acumuladas eran insuficientes o dudosas.

Los nobles en razón de su rango, y los pobres imposibilitados de encontrar fiador, gozaban también del beneficio siempre que prestaran caución juratoria, habiendo establecido luego la costumbre que se asignara a todo inculpado.

## **1.4. EN MEXICO:**

### **1.4.1. EN LA EPOCA PREHISPANICA.**

En la cultura azteca regía un sistema de reglas para regular el orden y sancionar toda conducta que atentara contra las costumbres y usos sociales.

El Derecho no era escrito, sino era de naturaleza consuetudinaria, ajustándose en todo al régimen absolutista que en materia política había llegado el pueblo azteca “El poder del monarca se delegaba en sus distintas atribuciones a funcionarios especiales, y en materia de justicia, el Cihuacoatl es fiel reflejo de tal afirmación. El Cihuacoatl desempeñaba funciones muy peculiares. auxiliaba al Hueytlatoani, vigilaba la recaudación de los tributos; por otra parte, presidía el Tribunal de Apelación; además, era una especie de consejero del monarca a quien representaba en algunas actividades, como la preservación del orden social y militar”<sup>3</sup>

Otro funcionario de gran relevancia fué el Tlatoani quien representaba a la divinidad y gozaba de libertad para disponer de la vida humana a su arbitrio. Entre sus facultades reviste importancia la de acusar y perseguir a los delincuentes, aunque generalmente la delegaba en los jueces, quienes auxiliados por los alguaciles y otros funcionarios, se encargaban de aprehender a los delincuentes

---

<sup>3</sup> Coñín Sánchez, Guillermo *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Edit. Porrúa, S.A. México, 1997, p. 84

Don Alonso de Zurita, oidor de la Real Audiencia de México, en relación con las facultades del Tlatoani señala, que éste en su carácter de suprema autoridad en materia de justicia, en una especie de interpelación al monarca cuando terminaba la ceremonia de la coronación, decía: “.. Habéis de tener gran cuidado de las cosas de la guerra, y habéis de velar y procurar de castigar los delincuentes, así señores como los demás, y corregir y enmendar los inobedientes...”<sup>4</sup>

Es conveniente aclarar que la persecución del delito estaba depositada en manos de los jueces por delegación del Tlatoani, de modo que las funciones de éste y las de el Cihuacoatl eran jurisdiccionales; por ende no es posible asemejarlas con las del Ministerio Público, son más parecidas a las funciones de juez, pero hay que hacer incapie, porque gozaba de grandes facultades para la decisión sobre las penas que había que imponerle a los delincuentes, si bien el delito era perseguido ésto se encomendaba a los jueces, quienes para tal efecto efectuaban las investigaciones y aplicaban el derecho.

Si bien es cierto que el Cihuacoatl, era la persona quién tenía amplias facultades en materia jurisdiccional, entre sus auxiliares se encontraban "cuatro grandes dignatarios militares que era, junto con aquél, los principales consejeros del emperador. De ellos, el tlacochacatl y el tlacatecatl eran muchas veces parientes directos del soberano, y entre ellos se escogía a su sucesor. Moctezuma II, por ejemplo, tuvo las funciones del Tlacochoalcalt bajo el reinado de su padre Ahuitzotl. Algunas funciones del Tlacochoalcalt

---

<sup>4</sup> *Cfr. Colln Sánchez, op cit p. 85*

bajo el reinado de su padre Ahuizotl. Algunos de esos cargos conllevaban atribuciones judiciales: el tlacatecatl entendía de las causas civiles y criminales y se podían apelar sus decisiones ante el Cihuacóatl."<sup>5</sup>

#### **1.4.2. EN LA COLONIA.**

Las instituciones del Derecho Azteca tuvieron una profunda transformación al producirse la conquista de México, siendo desplazadas paulatinamente por los nuevos ordenamientos legales traídos de España.

Como consecuencia de lo anterior surgieron innumerables desmanes y atropellos por parte de funcionarios y particulares y además, de aquellos que escudándose en la predicación de la religión cristiana, abusaban de su investidura para cometer atropellos.

En esta época hay que recordar que la iglesia contaba con el procedimiento inquisitorial "... dicha institución estaba conforme en reconocer que el secreto era una de las características de sus procedimientos. Las averiguaciones se iniciaban sin que de ellas supiera nada el inculpado. Las declaraciones de los testigos se llevaban a cabo con el

---

<sup>5</sup> Soustelle, Jacques. "La vida cotidiana de los aztecos en vísperas de la conquista" Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pp. 24

mayor secreto y bajo juramento, hecho por las personas que estaban presentes en la diligencia, de no revelar a nadie el resultado de esta."<sup>6</sup>

En la persecución del delito imperaba una absoluta anarquía, lo que provocaba que autoridades civiles, militares y religiosas invadían jurisdicciones, fijaban multas y privaban de la libertad a las personas, caprichosamente.

Tal situación trató de remediarse por conducto de las Leyes de Indias y otros ordenamientos jurídicos, estableciéndose la obligación de respetar las leyes de los indios,<sup>7</sup> así como su gobierno, policía, usos y costumbres a condición de que no fueran contrarias a las leyes españolas.

De igual manera, la persecución del delito no se encomendó a una institución o funcionario en particular; el Virrey, los Gobernadores, las Capitanías Generales, los Corregidores y muchas otras autoridades, tuvieron atribuciones para ello.

“Como la vida jurídica se desenvolvía teniendo como jefes en todas las esferas de la administración pública a personas designadas por los Reyes de España o por los Virreyes, Corregidores, etc., los nombramientos siempre recaían en sujetos que los obtenían mediante influencias políticas, no dándose ninguna injerencia a los “indios” para actuar en ese ramo. No fue sino hasta el 9 de octubre de 1549, cuando a través de una cédula real se ordenó hacer una selección para que los “indios” desempeñaran los puestos

---

<sup>6</sup> Kanetzke, Ricardo. *América Latina. La época colonial, Historia Universal siglo XXI, Vol. 22* Editores México, 1981, p. 317.

de jueces, regidores, alguaciles, escribanos y ministros de justicia; especificándose que la justicia se administrara de acuerdo con los usos y costumbres que habían regido”<sup>7</sup>

Es por ello que los “alcaldes indios” tenían la facultad de aprehender a los delincuentes, salvo en aquellas causas sancionadas con pena de muerte, ya que tal pena era facultad exclusiva de las audiencias y gobernadores.

Diversos tribunales apoyados en factores religiosos, económicos, sociales y políticos, trataron de encausar la conducta de “ indios” y españoles; y la Audiencia, como el Tribunal de La Acordada y otros tribunales especiales, se encargaron de perseguir el delito.

Antes de proclamarse la Independencia ya existía la figura denominada “fiscal” quien era el que se encargaba de promover la justicia y perseguir a los delincuentes; aunque todavía no existía el Ministerio Público como una institución, con los fines y caracteres conocidos en la actualidad.

El fiscal, en el año de 1527 formó parte de la Audjencia, la cual se integró entre otros funcionarios, por dos fiscales: uno para lo civil y otro para lo criminal y, por los oidores, cuyas funciones eran las de realizar las investigaciones desde su inicio hasta la sentencia.

---

<sup>7</sup> ibidem p 67

En los juicios que realizaba la Inquisición, el promotor fiscal era el que llevaba la voz acusatoria, siendo el conducto entre ese tribunal y el Virrey; además de ser él también el que denunciaba y perseguía a los herejes y enemigos de la iglesia.

La Constitución de Cádiz de 1812, impone como garantía individual, el derecho de todo acusado de evitar el arresto a los efectos de la prisión preventiva mediante el otorgamiento de fianza. Así se encuentra que la mencionada constitución en su artículo 295 establecía: "no será llevado a la cárcel el que dé fiador en los casos en que la ley no prohíba expresamente que se admita fianza", y el artículo 296 del mismo ordenamiento decía: "en cualquier estado de la causa que aparezca que no puede imponerse al preso pena corporal, se pondrá en libertad, dando fianza "

De este modo, los artículos en comento de la Constitución de Cádiz, establecen dos diferentes modos de concesión de la libertad: el primero (artículo 295) que es amplísimo y que remite para su aplicación a las leyes comunes, es decir, que cuando la ley que reglamente el mencionado precepto constitucional prohibía expresamente los casos en los que no se admita fianza, no habrá lugar a la libertad provisional; y el segundo (artículo 296) que establece que cuando pueda imponerse al preso pena corporal, debe concederse el beneficio de la libertad dando fianza.

Por lo tanto, los casos de procedencia de la libertad provisional bajo fianza en la Constitución de Cádiz de 1812 representan dos hipótesis diversas, debiéndose

concluir que la garantía de la libertad provisional en el multicitada Constitución era absoluta, con la excepción que refiere el propio artículo 295 cuando prohíba la ley expresamente la concesión de la prerrogativa.

### **1.4.3 EN LA EPOCA INDEPENDIENTE.**

El Reglamento Provisional del Imperio Mexicano de 18 de diciembre de 1822, en su artículo 74 establecía la figura de la libertad bajo fianza en la siguiente forma "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 conste no haber lugar a la imposición de la pena corporal", es menester hacer notar que este precepto constitucional contienen los dos principios mencionados en la Constitución de Cádiz de 1812, aunque se encuentran plasmados en un sólo artículo.

Así también se encuentra que en la Constitución de 1836, promulgada por el General Antonio López de Santa Ana, en las Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana decretadas por el Congreso General de la Nación en este mismo año, en el artículo 46, de la V Ley, existe una referencia a la libertad caucional, que aún cuando explícitamente no la exprese, se debe de entender la misma al establecer: ".que sea puesta en libertad el reo en los términos y con las circunstancias que determinará la ley"

El Presidente de la República, misma que se promulgó el 11 de marzo de 1857 y la cual por desgracia no se ocupó convenientemente del problema de la libertad provisional bajo caución, o dicho de otra manera, de tutelar en las causas penales la libertad personal, así pues se encuentra que el artículo 18 de la citada Constitución de 1857 estatúa: "Artículo 18.- Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que el acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo fianza.. "; de donde se desprende que el citado artículo es sólo una reminiscencia de disposiciones contenidas ya y con mayor amplitud de la Constitución de Cádiz de 1812 e inclusive dispone una protección legal menor al ciudadano acusado de un hecho delictuoso que el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano y que la citada Constitución, ya que en estos dos últimos ordenamientos legales otorgaba con mayor amplitud la garantía de la libertad bajo fianza.

De lo anterior, se desprende que es certero lo que afirma Javier Piña y Palacios en el sentido de que el artículo 18 de la Constitución de 1857 fue copiado del 296 de la Constitución de Cádiz de 1812, aunque las prescripciones contenidas en ésta última son mucho más amplias y resguardan mejor la libertad individual del acusado.

No obstante de que la Constitución de 1857, no se encuentra erigida en forma expresa en sus artículos 18 y 20, la libertad provisional bajo caución, algunos estudiosos como Don Jesús López Portillo y el licenciado Ricardo Rodríguez, hablaban ya a fines del siglo pasado del tema en cuestión y por eso afirma Escalona Bosada "Aquí

encontramos la inquietud de los estudiosos y el germen que se plasmó en nuestro actual Constitución de 1917.<sup>8</sup>

El Código del Procedimientos Penales de 1880 para el Distrito Federal y el Territorio de Baja California, cambia totalmente y se adopta una solución metódica, jurídica y estrictamente formalista, anhelada, quizá en esa época, tanto por personas sujetas al procedimientos penal, como servidores públicos y estudiosos del derecho procesal penal, estatuye en su artículo 260: "...toda persona detenida o presa por un delito cuya pena no se más grave que la de cinco años de prisión, podrá obtener su libertad bajo caución, previa audiencia en el 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."

Dentro de éste Código, existía ya la Libertad Provisional bajo Caución, misma que ya se encontraba regulada por un Código Procesal, que aún cuando deja al arbitrio del Juez la concesión o negativa del beneficio, disciplina éste, ya en forma sistemática como se requiere en todo principio jurídico.

Cabe hacer mención, que dentro de este Ordenamiento Adjetivo en comento, se comprenden en un sólo capítulo, la libertad provisional y la libertad bajo caución; la primera era procedente en cualquier estado del proceso en que se hubiesen desvanecidos

---

<sup>8</sup> Escalona Bosada, Teodor. *La libertad Provisional Bajo Caución* Edt. Laros de México, S.A., 1968, p.33

los fundamentos que enviaron para decretar la detención o la prisión preventiva, es decir, constituía lo que hoy conocemos con el nombre de Libertad por Desvanecimiento de Datos, en una mezcla con la llamada Libertad Protestatoria.

Del artículo anteriormente transcrito se desprende se otorgaba en los casos en que se reunieran los requisitos siguientes.

a) que la pena correspondiente a determinados delito no excediera de cinco años de prisión;

b) tener domicilio fijo y conocido,

c) que posea bienes o ejerza alguna profesión, industria arte u oficio;

d) previa audiencia en el Ministerio Público

Y reunidos los requisitos anteriores, que a juicio del juez no existiese temor de que se sustrajese a la acción de la justicia.

La libertad provisional y la libertad bajo caución, sólo eran procedentes después de que el inculpado hubiese tenido su declaración indagatoria; su tramitación se realizaba en forma incidental, y en caso de que el ofendido en el delito se hubiese constituido en el proceso parte civil antes de que la libertad provisional se solicitara, tenía derecho a exigir que no se concediera, hasta que el inculpado diera garantía bastante de cubrir el importe de la responsabilidad civil. Por otra parte, la resolución judicial que

concediese la libertad caucional, no se ejecutaba sin que previamente hubiera sido confirmada por el Tribunal de segunda instancia, mismo que podía revocarla en cualquier momento en que hubiese temor de que el inculcado se fugue u oculte.

En el Código de Procedimientos Penales de 1894, también se encuentra comprendida la Libertad Provisional Bajo Caución en los artículos 440 al 453; este Código extendió su vigencia hasta el año de 1929 y por lo tanto, reglamentó la Libertad Provisional bajo caución sujeta dos constituciones, que trataron en forma distinta esta figura tan importante de libertad, pues mientras que en la Constitución de 1857 omite insertar como garantía el beneficio, la Constitución de 1917, como se verá en el punto siguiente con mayor amplitud, consagra entre las garantías individuales de todo "acusado" en el "juicio criminal" el obtener la libertad provisional bajo caución.

En el mismo ordenamiento adjetivo penal de 1894 para el Distrito y Territorios Federales, se amplió el beneficio de la libertad provisional, para los delitos cuya pena máxima no excediera de siete años de prisión, y se dispuso revocar dicha libertad por desacato del beneficiario en cumplir con las condiciones señaladas en la ley para que se le concediera, no tenía derecho a disfrutar del beneficio ni en la misma causa ni en otra.

Este mismo Código de Procedimientos Penales fué el modelo que adoptaron el Código de 1931 del Distrito y Territorios Federales y el Federal de 1934 y así sus aciertos como sus defectos pasaron casi íntegros a éstos últimos códigos procesales

**EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS  
DE 1917.**

La Libertad Provisional Bajo Caución en el Proyecto de Constitución por Don Venustiano Carranza al Congreso Constituyente, aparece acogida ya por el artículo 20 de la siguiente forma. "en todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

I.- Será puesto en libertad, inmediatamente que lo solicite, baja fianza hasta de \$10,000, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión, y sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal, bastante para asegurarla...". con esta fracción, se da una evolución de la libertad provisional en el Derecho Mexicano, elevando a rango constitucional dicha garantía, regimentado las condiciones y la métrica para la procedencia del derecho, entresacando de los dispositivos procesales el término para la admisión de la libertad, afin de no dejar, como dijo Don Venustiano Carranza en su informe, al capricho de las autoridades la aplicación facultativa de dicha garantía; tal informe dice: "la ley concede al acusado la facultad de obtener su libertad bajo fianza durante el curso de su proceso pero tal facultad quedó siempre sujeta al arbitrario caprichosos de los jueces, quienes podían negar la gracia con solo decir que tenían temor de que el acusado se fugase y se sustrajera a la acción de la justicia ..".

El día 2 de enero de 1917, en la vigésimo séptima sesión ordinaria, se leyó en el Congreso Constituyente el dictamen al artículo 20 del proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, en el como ya se mencionó, aparece en la fracción I la libertad provisional bajo caución. Y el día 4 de enero de 1917 después del debate, fue aprobado su texto en el artículo 20 Constitucional en la forma siguiente:

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

Por lo tanto, esta fecha es importante, ya que marca una nueva etapa, avanzando en la libertad de los acusados en procedimiento penal en México.

De lo anterior se desprende, que el texto original de la Constitución, fijaba como límite para la obtención de la libertad una pena máxima de cinco años, consecuentemente el Código procesal de 1931 dispuso la libertad provisional en ese sentido.

La primera reforma a la fracción I del artículo 20 Constitucional, se publicó en Diario Oficial de la Federación, el día 2 de diciembre de 1948, toda vez que el día 9 de diciembre de 1947, siendo presidente de la República Miguel Alemán Valdez, envió una iniciativa para reformar la fracción en comento, fundada en dos argumentos:

a) El primero, en el que aducía que debe disponerse en forma distinta el monto de la fianza, aumentando la cantidad a que puede ascender, cuando se trate de delitos patrimoniales y con motivo de proteger los intereses de los ofendidos

B) El segundo, en el que siguiendo el criterio que sustentó, por primera vez en el año de 1933 el entonces Ministro de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, el licenciado Salvador Urbina, que posteriormente se constituyó en jurisprudencia al ser confirmadas por varias ejecutorias; en el sentido de que no debe ser el máximo de la pena correspondiente al delito imputado la que sirva como base para establecer la procedencia de la libertad provisional bajo caución, sino el término medio aritmético de dicha pena, que origina el advenimiento a la actual situación de la garantía, que desde el punto de vista técnico es inobjetable, dado que el propósito de la misma es la de no someter a una persona sujeta al procedimiento penal (acusado como decía el artículo) a perjuicio, maltratos o molestias innecesarias cuando no se ha determinado su plena responsabilidad en la comisión de un delito, atendiendo también al principio de IN DUBIO PRO REO pues como sucedió constantemente a muchos acusados, en las sentencias se les absuelve. Después de haber estado privados de su libertad durante un largo tiempo.

Como resultado de la primera reforma, la fracción I del artículo 20 constitucional quedó con la redacción siguiente:

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

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

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

Y así, de esta manera, se consagró en el texto constitucional, el principio de que la libertad procede siempre que el delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, debiendo recordar que aún antes de la reforma, el texto constitucional anterior, era ya interpretado jurisprudencialmente en

ese sentido, debido a la Tesis 333 de Jurisprudencia definida, publicada en el Tomo LXIV del Semanario Judicial de la Federación.

La anterior jurisprudencia tuvo su origen en las diversas defensas del licenciado Víctor Velázquez, el que sostenía que antes de que se dictara la sentencia, no podía determinarse concretamente cuál era la pena que correspondía al procesado, dentro de los límites mínimos y máximos establecidos por el Código Penal, por lo que, en justicia, debería entenderse que la Constitución se refería al término medio aritmético.

Una razón mas que llevó al legislador a introducir esta reforma en la Constitución fue el deseo, de que el monto de la fianza fuera, siempre mayor el lucro obtenido por el delincuente con su ilícita conducta, a fin de que el procesado no pudiera hacer negocio sustrayéndose a la justicia obtenido ese lucro tan, a veces, jugoso. Además en opinión del legislador, una fianza por cantidad fija era insuficiente para retener al procesado por delitos patrimoniales de monto elevado, y éste prefería sustraerse a la acción de la justicia una vez obtenida su libertad provisional y perder su fianza, que someterse al proceso y tomar el riesgo de ser condenado a pena privativa de libertad y al pago de la reparación del daño.

La reforma en comento, fue redactada por el licenciado Carlos Franco sodí, misma que comparándola con el texto original de la Constitución, como dice Piña y Palacios "se ve que el derecho garantizado se ha transformado, de derecho garantizado a

quien se encuentra sujeto al procedimiento penal, por derecho garantizado al ofendido por el delito. "Y además apunta: ". se presenta otra seria dificultad para la interpretación y aplicación correcta del precepto y es la que la ley procesal no ha sido modificada de acuerdo con el nuevo texto constitucional, de donde resulta que en la práctica, son tan escasos los elementos de juicio que tiene el juez para aplicar el precepto, que esa aplicación ha quedado en manos de ofendido que se ha convertido en juez y parte para fijar al procesado el monto de la caución, desde el momento que, para fijarlo, hay que atender al daño económico que el delito le haya causado al ofendido."<sup>9</sup>

Así de una manera acertada, Sánchez Colín, observa las aseveraciones anteriores manifiesta que: "Las observaciones transcritas, no son del todo acertadas, porque, invirtiendo el problema, podemos decir que tal parece que en la Constitución, en el texto inmediatamente anterior al en ese momento vigente, a quien protegía, en todo y por todo, era al procesado, éste, redundó en perjuicio del ofendido, quien siempre ha sido objeto de una indiferencia muy marcada, a grado tal que, como ya lo he hecho notar en múltiples ocasiones, resulta mayormente protegido el delincuente que la víctima, por eso, no era justificable que, habiendo cambiado la situación económica del país, en la fecha de la reforma al precepto constitucional que me ocupa, continuara en vigor el texto primitivo, porque, se facilitaba y auspiciaba, en una forma desproporcionada y absurda y mediante

---

<sup>9</sup> Piña y Polanco, Javier. 'Recursos e incidentes en Materia Procesal Penal y La Legislación Mexicana', Edt. Botas, Volumen I, México, 1958, p134

ridículas sumas de dinero, la libertad de sujetos peligrosos para la paz y tranquilidad social".<sup>10</sup>

La segunda reforma a la fracción I del artículo 20 Constitucional, tuvo su origen en la iniciativa de fecha 3 de septiembre de 1984, enviada por el Ejecutivo Federal al Constituyente Permanente, por conducto del Senado. La reforma, trataba en esencia, de ganar en el debido equilibrio entre el derecho individual a la libertad provisional y la necesidad de preservar la seguridad pública, afectada o afectable por la fácil liberación de personas sujetas a procedimiento penal, respecto de delitos de gran peligro social.

Con el fin mencionado, se revisó el alcance de la expresión "delito que merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años"; de la misma manera se reconsideró el término caución, en forma y fondo, para ponerlo al día como instrumento de equidad y razonable defensa social. Se consideró a la víctima del delito de una manera especial, incluyéndose la noción del perjuicio, junto a la del daño causado por el delito. Así también, se pretendió dar al Ministerio Público, atribuciones para promover, cuando fuese pertinente, el incremento de la caución para disfrutar de la libertad provisional

Por lo que hace al primer punto, referente a que el delito que merezca ser castigado con pena con término medio aritmético no sea mayor de cinco años, la

---

<sup>10</sup> Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Edn. Porrúa, S.A. 163 Ec México, 1997, p 613

exposición de motivos defendió la idea de tomar en cuenta el delito efectivamente cometido, según resulte de las constancias del procedimiento, y no sólo el llamado tipo básico o fundamental. Por lo tanto, la concurrencia de modalidades, configura el tipo penal al que realmente corresponde la conducta ilícita atribuida al sujeto. "Así quedará recogido el delito que verdaderamente se cometió (en presunción), y no una hipótesis penal abstracta".

Tocante a la caución, la exposición de motivos hizo ver que "paulatinamente ha desaparecido del Derecho Penal Mexicano los señalamientos de cantidades absolutas identificadas en pesos, para ser substituidas por múltiplos de salario mínimo, cuya variación periódica permite el ajuste automática y racional de la cuantía que contempla la ley, sin necesidad de frecuentes reformas "

Así también, se indicó en las misma exposición que a veces la garantía normal, "pudiera resultar inadecuada o insuficiente, en vista de la gravedad del ilícito, de las características de éste y de las condiciones personales del inculpado y de la víctima", por lo tanto, se propuso la duplicación de la garantía normal "Cuando lo solicite motivadamente el Ministerio Público", punto éste en el que se previno "Nada de esto implica tratamiento inquisitivo hacia los inculpados, pues la reforma que se pretende solo señala el máximo de la caución, no el mínimo de ésta. Consecuentemente, el juzgador puede y debe actuar con equidad en la fijación de la garantía, conciliando intereses

particulares y sociales, que el Estado ha de observar y proteger por igual. Así se tutelan tanto los derechos del individuo como los derechos de la comunidad."

Finalmente, se manifestó que "para asegurar en mayor medida el desarrollo del proceso y la protección a la víctima del ilícito" la caución debía ser "cuando menos tres veces mayor el beneficio obtenido o a los daños y perjuicios causados, en los términos en que éstos aparezcan acreditados cuando el juzgado debe resolver la petición de libertad provisional".

El dictamen en el Senado, del 25 de septiembre de 1984, fue formulado por la Segunda Comisión de Puntos Constitucionales, la Primera Comisión de Justicia y la segunda Sección de Estudios Legislativos. Se pronunciaron en términos favorables a la iniciativa, con dos salvedades, en primer lugar, se excluyó la atribución al Ministerio Público de facultades para solicitar la duplicación del monto de la garantía; en segundo, se introdujo una distinción, a los fines del propio monto de la garantía, entre delitos intencionales, por una parte, y delitos imprudenciales y preterintencionales, por la otra.

El decreto promulgatorio, del 17 de diciembre de 1984, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de enero de 1985, para quedar como sigue:

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

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

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

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

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

El decreto mencionado en términos del único artículo transitorio, entró en vigor a los seis meses de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

De la fracción antes transcrita se puede observar que de inmediato saltan a la vista algunas reformas terminológicas, tales como "libertad bajo fianza", la cual es incorrecta, ya que como se explicó en el capítulo anterior, la denominación "fianza" no es más que únicamente una forma de otorgar la caución, al igual que la hipoteca, la prenda y otros, las cuales quedan englobadas dentro del término "caución", toda vez, que ésta última es el género y las anteriores la especie

En el mismo sentido Elpidio Ramírez Hernández ya se había manifestado al mencionar. "Adviértase, en primer lugar, que en el texto constitucional la palabra "fianza" significa dinero en efectivo, y de ninguna manera tiene el significado propio del derecho civil o mercantil, y, en el segundo, que la detención provisional es sustituida precisamente por el dinero en el que garantiza que el inculcado no se va a sustraer del procedimiento penal." Además dice: "Esta garantía, o "caución" en el lenguaje constitucional, puede ser hipotecaria o personal, es decir, garantía o real o garantía personal."<sup>11</sup>

La última reforma a la fracción I del artículo 20 constitucional, tuvo verificativo el día 3 de septiembre de 1993, fecha en que fue publicada en el Diario Oficial

---

<sup>11</sup> Ramírez Hernández, Elpidio. Revista Mexicana de Justicia, Procuraduría General de la República, Num. 19, Vol. II, Julio-Agosto, 1982, La Libertad Provisional: Mante Caución y Protesta en la Constitución Mexicana pp 70-71

de la Federación, misma que será objeto de estudio en capítulos posteriores del presente trabajo.

## **CAPITULO SEGUNDO. TIPOS DE LIBERTAD CONTEMPLADOS DENTRO DEL SISTEMA PENAL MEXICANO**

### **2.1. LIBERTAD CAUCIONAL.**

Con el término libertad provisional o libertad bajo caución se conoce a esta libertad por su propia naturaleza se otorga por cierto tiempo esto es que se concede a una persona que se encuentre en calidad de detenido mientras está se trámite su proceso no sin antes satisfacer los requisitos que establece la ley.

La palabra caución en el diccionario jurídico elemental nos da el siguiente concepto ". es sinónimo de fianza, que cabe constituir obligando bienes o prestando juramento."<sup>12</sup>

Para el connotado jurista Guillermo Colín Sánchez, al respecto de la libertad bajo caución vierte el siguiente concepto:

"La libertad bajo caución" es el derecho otorgado en la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos a toda persona sujeta a un procedimiento penal, para que,

---

<sup>12</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Edit. Helios S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 66

previa satisfacción de los requisitos especificados en la ley, pueda obtener el goce de su libertad."<sup>13</sup>

Dicha libertad se promueve a través de un incidente, ya sea por medio del propio inculpado, o por su defensor, este pedimento se hará verbal o por escrito, desde el momento en que el órgano jurisdiccional interviene, artículo 400 del Código Federal de Procedimientos Penales "cuando proceda la libertad caucional, inmediatamente de solicite se decretará en la misma pieza de autos

En el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales señala lo siguiente<sup>14</sup>

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

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

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

---

<sup>13</sup> Colín Sánchez, Guillermo op cit p. 668

<sup>14</sup> Texto Vigente publicado en Diario Oficial de la Federación, del 22 de junio de 1994.

II Que garantice las sanciones pecunarias que en su caso puedan imponérsele;

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

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

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

En el artículo 400 del Código Federal de Procedimientos Penales señala lo siguiente:

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

I El tiempo que el procesado lleve privado de su libertad;

II La disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito,

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

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

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

La petición de reducción se tramitará en incidente que substanciará conforme a las reglas señaladas en el artículo 494.<sup>15</sup> (C.F.P.)

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

Sólo el juez faculta la libertad provisional bajo caución

Para ello el inculpado debe cumplir los siguientes requisitos:

---

<sup>15</sup> Texto Vigente publicado en el Diario Oficial de la Federación del 22 de julio de 1994.

En relación al ilícito cometido, no sea de los considerados graves por la legislación penal, ya que la constitución en el artículo 20 fracción I, señala ". el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio "

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

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumple en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se derivan a su cargo en razón del proceso.

Las obligaciones que debe acatar el beneficiario en base a nuestro Código adjetivo penal, son las siguientes: se presentará ante el Juez que conozca su asunto, cuantas veces sea citado o requerido, deberá avisar al mismo tribunal sus cambios de domicilio que tuviere, no deberá de ausentarse del lugar sin permiso del citado tribunal, el que no lo podrá conceder por más de un mes.

Se le hará saber además los motivos por los cuales se le revocará la libertad, si desobedeciere sin justificación las órdenes del Juez que conozca su asunto; si cometiere un nuevo delito que amerite pena corporal, antes de que la causa en que se le concedió la

libertad este concluida por sentencia ejecutoria si por algún motivo amenazan al ofendido o algún testigo de los que hayan declarado o vaya a declarar en el proceso o si tratare por algún medio de cohechar o sobornar a alguno De estos últimos, a algún servidor público del tribunal o al agente del Ministerio Público que intervenga en el caso; cuando renuncie el inculpado, cuando en el curso del proceso aparezca que por el delito cometido, el inculpado le corresponde una pena que no permite concederle la libertad; si en el proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia; si un tercero ha garantizado la libertad del inculpado ya sea por depósito en efectivo, o de fianza o hipoteca y si este tercero solicita que se le releve de la obligación y presente el inculpado; o si se demuestra la insolvencia del fiador

## **2.2. LIBERTAD PROTESTATORIA.**

Este tipo de libertad, cuyo uso es muy restringido en el derecho penal mexicano, tiene lugar sin exigir al beneficiario alguna garantía pecuniaria, se funda en la palabra de honor que otorga la persona que se encuentra sujeta al procedimiento penal, en la protesta que hace ante la autoridad judicial a quién corresponda su concesión y que se puede otorgar simple o sujeta a condiciones o requisitos.

La Libertad bajo Protesta fue la primera forma procesal de ampliar la garantía de la Libertad Provisional bajo Caución, es un derecho concedido a los

procesados por los Códigos Federal de Procedimientos Penales y el de Procedimientos Penales para el Distrito federal (sin mencionar otros Códigos Procesales Penales de la República, que contemplan este tipo de libertad), en los artículos 418 a 421 (C.F.P.) inclusive; y 552 a 55 (C.P.D.F.) inclusive, respectivamente, en los que se les permite obtener su libertad provisional mediante una garantía de carácter moral, o como antes mencione, fundada en la palabra de honor. Este derecho constituye una ampliación de la garantía constitucional, por cuanto no está condicionada al otorgamiento de caución económica alguna.

Con el significado de la palabra protesta, que nos señala el autor Guillermo Cabanellas, que es el siguiente " . es una declaración cautelosa y espontánea recibe su nombre de que el que la hace realmente protesta por no tener libertad para obrar, o tener que proceder como no desearía "16

Para conceder la Libertad Provisional Bajo Protesta los códigos procesales establecen una serie de requisitos que a continuación se señalan

El artículo 418 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala lo siguiente

La libertad bajo protesta podrá decretarse siempre que concurren las circunstancias

---

<sup>16</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo, *op. cit.*, p. 326

I Que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión. Tratándose de personas de escasos recursos, el juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cuatro años

II Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional.

III. Que éste tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en donde se sigue o deba seguirse el proceso, o dentro de la jurisdicción del tribunal respectivo.

IV Que la residencia del inculpado en dicho lugar sea de un año cuando menos;

V Que el inculpado tenga profesión, oficio, ocupación o modo honesto de vivir; y se substraiga a la acción de la justicia.<sup>17</sup>

La libertad bajo protesta se substanciará en la forma establecida para los incidentes no especificados

Serán aplicables a la libertad bajo protesta, las disposiciones contenidas en el artículo 411 (C.F.P.)

Sobre este tipo de libertad el jurista Colín Sánchez, vierte el siguiente concepto "La libertad bajo protesta, también llamada "protestatoria" es un derecho otorgado (por las leyes adjetivas) al procesado, acusado o sentenciado por una conducta o

---

<sup>17</sup> Texto Vigente publicado en el Diario Oficial de la Federación del 22 de julio de 1994

hecho, cuya sanción es muy leve, para que, mediante una garantía de carácter moral obtenga su libertad provisional."<sup>18</sup>

Esta libertad, es una manifestación de la libertad provisional, es contemplada en y para los casos de conductas delictivas, que no ameriten pena mayor de dos años de prisión. Procede, bajo la presunción, que se forme el juez de la mínima temibilidad del involucrado o involucrados. Se supone que el presumible autor de ilícito penal, transluce una actitud responsable, consciente y honesta, propia de una persona que por circunstancias azarosas, se vio comprometida en estas circunstancias delictuosas de mínima envergadura.

La ley considera que si a aquel individuo que potencialmente cometió un delito, que no sea considerado como grave según nuestra legislación penal, se le conceda la libertad caucional, con mayor razón debe concedérsele libertad provisional, al autor sediciente de un delito con penalidad menor de dos años, y no por medio de la caución, sino en base a su simple, pero trascendente para estos efectos, palabra de honor. De estas consideraciones, la ley, para brindar el beneficio de la libertad bajo protesta, establece los siguientes requisitos que debe cumplir el inculpado:

- A) Que tenga domicilio fijo y conocido, en el lugar en que se siga el proceso
- B) Que su residencia en dicho lugar sea de un año, cuando menos
- C) Que a juicio del juez, no haya temor de que se fugue

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, op. cit. p. 637

D) Que proteste presentarse ante el Tribunal o juez que conozca de su causa, cuando sea requerido para ello

E) Que sea la primera vez que delinque el inculpado.

F) Que se trate de delitos, cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión

Atendiendo a estos requisitos, y asociándolos con los que se exigen para el otorgamiento y concesión de la fianza, se comprenderá por qué Carnelutti habla de que la libertad provisional se concede bajo ciertas condiciones.

Este concepto de libertad provisional, estaría trunco si no consignáramos las razones esenciales, que motivaron el establecimiento de esta figura jurídica. Con el propósito de hacer gráficas estas razones, se transcribe lo siguiente:

"La prisión preventiva tiene por objeto, evitar que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia, pero si esto se puede lograr sin necesidad de privar de su libertad al presunto responsable dada la importancia que a ésta le conceden el inculpado y la misma sociedad, mediante la libertad provisional, debe procurarse así, y este es el raciocinio que alimenta a esta figura jurídica."<sup>19</sup>

Resta añadir a la explicación de éste concepto de libertad provisional, que ésta tiene por regla general su centro de crítica, en la modalidad de la libertad caucional

---

<sup>19</sup> Sánchez Arguella, Roberto. "La Libertad en el Proceso Penal" Tesis de la Facultad de derecho U.N.A.M., 1960, p 85

En cambio, su eje de alabanza y comentario favorable, se condensa en la modalidad de la libertad bajo protesta

Analizaremos el alud de críticas que se desatan, contra la libertad caucional en otro apartado de éste capítulo. También cabe anotar, que la libertad provisional en el Código de Procedimientos Penales no se "manifiesta como un trámite incidental", a pesar de que el encabezado de la sección que le contiene en el Código lo indique aparentemente así. Y la libertad provisional no se manifiesta incidentalmente, porque el mismo ordenamiento adjetivo le manda al juez, que cuando proceda la fianza, reunidos los requisitos legales, debe decretarle inmediatamente en la misma pieza de autos. Al decir el ordenamiento adjetivo que debe decretarla "inmediatamente que proceda", no se está refiriendo de ninguna manera a un incidente. El incidente supone, que su tramitación se realiza por separado del juicio, además de que se cite a la contraparte (que en el proceso penal, es el Ministerio Público) para la ventilación de la procedencia o improcedencia del incidente, cosa que desde luego no es inmediata

Además, el juez no se opondrá a la improcedencia o procedencia de la libertad provisional (en su modalidad de libertad caucional, de acuerdo a la ejemplificación que estamos haciendo) en base a una audiencia entre él y las partes, sino en base al dictamen y examen que practica de los documentos que obran en el expediente, examen el únicamente efectúa

En ambos códigos se establece la posibilidad de procedencia de la libertad mencionada (libertad provisional bajo protesta), cuando:

Habiéndose pronunciado sentencias condenatoria en primera instancia, la cumpla íntegramente el acusado, y esté pendiente el recurso de apelación. Y además en el Código Adjetivo del Distrito Federal, procederá también, cuando se hubiese prolongado la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

Con las reformas a los códigos procesales del día 10 de enero de 1994, en vigor el 1 de febrero del mismo año, se extendió el uso de la libertad protestatoria, ampliando las posibilidades de obtenerla, siendo así más favorable e indiscutiblemente benéfica para las clases indigentes del país, las cuales por carecer de patrimonio propio, no pueden otorgar garantía pecuniaria que se les fija por los jueces para obtener la libertad caucional, librando así a muchas personas de las malas influencias junto con sus pésimos efectos corruptores que ejercen las prisiones, que en lugar de servirles de prevención a los presuntos responsables de un delito, los desmoraliza y pervierte perniciosamente. Con las reformas mencionadas anteriormente se elimina (no en su totalidad), para los primodelincuentes, la promiscuidad y el contagio morboso del sistema penitenciario en México.

En resumen de lo anterior se desprende que la libertad provisional bajo caución y la Libertad Provisional Bajo Protesta, tienen como característica semejante, que son medidas cautelares para lograr la excarcelación, es decir, la libertad provisional; y como notas diferenciales, que la mencionada en primer término, está consagrada como garantía constitucional, se requiere caución y es amplia su concesión; y la señalada en segundo término, es una garantía procesal, no se requiere caución y es más restringida su concesión

### **2.3. LIBERTAD PROVISIONAL.**

Un concepto claro y preciso de libertad provisional es el que proporciona Canelutti:

"La libertad provisional es la providencia por medio de la cual el Ministerio Público o el Juez, conceden eventualmente al inculgado detenido, bajo ciertas condiciones".<sup>20</sup>

Antes de explicar este concepto, se necesita explicar que la libertad provisional, es la gran figura jurídica donde se enclavan otros tipos de libertades como son: la caucional y la protestatoria. La libertad caucional, que se estudia en este apartado, y en

---

<sup>20</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra, Víctor. *Procuratorio del Proceso Penal Mexicano*. Edit. Porrúa, S.A. 2a. ed. México, 1982 p. 139

especial la fianza, gira en función de que el inculcado se libere de los rigores de la prisión preventiva. La libertad protestatoria está trazada con el mismo objeto. Entonces, la libertad provisional es una figura jurídica, que no puede entenderse sin la libertad caucional, ya expuesta, sin la libertad protestataria

La libertad provisional, dice él, es una providencia que toman el juez y el Ministerio Público. Según corresponda a sus respectivas esferas. Es una providencia, porque a diferencia de la libertad preparatoria o de la libertad caucional, la libertad provisional se concede en el proceso o en la antesala de éste. Sólo en el proceso, se pueden tomar providencias y no al culminar éste. La libertad preparatoria o la condicional, se otorgan después de que culminó el proceso, como beneficio para aquellos que han cumplido con ciertas condiciones o han observado buena conducta en la compurgación de sus condenas. Este tipo de "libertad", se concede por el juez o por el Ministerio Público, por las autoridades encargadas de administrar el sistema penitenciario y de prevención social.

Estas libertades se concede en el proceso, se concede como una providencia, y tenemos explicada así la importancia de un punto fundamental de la definición: la naturaleza de providencia, que tiene la libertad provisional, naturaleza que le distingue de otro tipo de libertades que se conceden después de terminado el proceso.

La conceptualización estúpida de Carnelutti, dice también que el Ministerio o el Juez, conceden eventualmente al inculpado detenido la libertad provisional. Al decirnos que "la conceden eventualmente", el concepto se está refiriendo a que el Ministerio Público o el Juez, no están compelidos por mandato legal a concederla indefectiblemente. Está a su discreción, determinar si operan o no los supuestos legales básicos, para brindar el beneficio al inculpado. Si operan los supuestos, proveen lo que sea conducente, para que el acusado no sufra la prisión preventiva. Si no operan los supuestos, proveen todo lo conducente, para que el inculpado se le prive preventivamente de su libertad.

Por eso, el concepto advierte, que el Ministerio y el Juez conceden "eventualmente la libertad preparatoria"

La estúpida concepción de Carnelutti también añade, que la libertad provisional se conoce "bajo ciertas condiciones". Parte de estas condiciones las conocemos ya, al tocar el tema de la fianza. Es indispensable, que veamos el panorama completo de estas condiciones, abordando el punto de lo que es la libertad bajo protesta.

## **2.4. LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.**

Esta libertad procede cuando en el curso del proceso se hayan desvanecido, por prueba plena, las que sirvieron para comprobar los elementos del tipo penal, y cuando, sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena, los señalados en el auto de formal prisión o sujeción a proceso, para tener al procesado como probable responsable

En el primer caso del párrafo anterior, la resolución que conceda la libertad, tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso; y en el segundo caso, la resolución de la libertad, tendrá los mismos efectos del auto de libertad por falta de elementos para procesar, quedando expedita la acción del Ministerio Público para pedir de nuevo la aprehensión o comparecencia del inculcado, si aparecieren nuevos datos que lo ameriten, así como nueva formal prisión o sujeción a proceso. Y no debe entenderse en el sentido de que se recaben pruebas que favorezcan más o menos al inculcado, sino que aquellas que sirvieron para decretar la formal prisión se encuentren anuladas por otras posteriores. Si las nuevas pruebas obtenidas no destruyen de modo directo de las que sirvieron al juez para decretar la formal prisión, aun cuando favorezcan al inculcado, deben ser materia de examen en la sentencia definitiva y no pueden servir para considerar que se han desvanecido los fundamentos de hecho de la prisión motivada

La libertad por desvanecimiento de datos tiene en común con la libertad provisional bajo caución, la excarcelación de la persona sujeta al procedimiento penal (prisión preventiva o sujeción a proceso), su provisionalidad, sólo cuando la libertad por desvanecimientos de datos se de la mencionada en la primera parte del primer párrafo; y como diferencias, que la primera no está consagrada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino que su reglamentación corresponde a leyes secundarias, tal es el caso de los códigos procesales, y además que cuando la libertad por desvanecimiento de datos se da en el supuesto de cuando se hayan desvanecido, por prueba plena, las que sirvieron para comprobar los elementos del tipo penal.

En artículo 422 del Código Federal de Procedimientos Penales sobre este tipo señala los siguiente

"La libertad por desvanecimiento de datos procede en los siguientes casos:

I. Cuando en cualquier estado de la instrucción y después de dictado el auto de formal prisión aparezcan plenamente desvanecidos los datos que sirvieron para comprobar los elementos del tipo del delito;

II. Cuando en cualquier estado de la instrucción y sin que hubieren aparecido datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido plenamente los considerandos en el auto de formal prisión para tener al detenido como presunto responsable <sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Texto vigente publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 22 de julio de 1994.

Para el connotado jurista Colín Sánchez, es "... un derecho, otorgado (por las leyes adjetivas) al procesado, acusado o sentenciado por una conducta o hecho, cuya sanción es muy leve, para que, mediante una garantía de carácter moral obtenga su libertad provisional"<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Colín Sánchez *op cit* p. 687

## **CAPITULO TERCERO.**

### **FORMAS DE GARANTIZAR LA LIBERTAD PROVISIONAL.**

#### **3.1. LOS CONTRATOS ACCESORIOS DE GARANTIA.**

Se utilizará en este apartado, para formular las consideraciones preliminares que son necesarias para abordar el estudio específico de la fianza y el arraigo.

No podemos hablar propiamente de fianza penal y de arraigo penal. La índole de estas figuras, sobre todo la de la fianza, ha sido tradicionalmente de naturaleza eminentemente civil, y así lo sigue siendo en el campo del Derecho Procesal Penal

El Derecho Procesal Penal se ve obligado a recurrir al Derecho Civil, y remite al Juez, al litigante y al analista, a las reglas del Derecho Civil, cuando se producen problemas de interpretación con respecto a su otorgamiento, condiciones de éste y revocación, tal como se deduce del artículo 34 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal<sup>23</sup>. "Las fianzas que se deban otorgar ante los jueces y tribunales penales, se sujetarán a las reglas del Código Civil y, en lo conducente, a las prevenciones del capítulo de "Libertad bajo Caucción", de este Código"

---

<sup>23</sup> Texto vigente publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de julio de 1994.

Es decir, que de acuerdo a esto, no se puede hablar propiamente de que exista fianza penal, hipoteca penal, prenda penal, sino que estas figuras, cuando tienen incidencia o aplicación en el proceso penal, son manifestaciones de lo que el Código Civil conoce como "fianza judicial", "hipoteca judicial", o dicho de otra forma, "garantías judiciales". No por ello, la regulación que hace el Código de Procedimientos Penales debe pasar a segundo plano.

Lo que pasa es que hay que sentar el hecho de que las reglas de la leyes adjetivas, que se han venido comentado a lo largo de este trabajo, son manifestaciones de las garantías judiciales. Las reglas del Código de Procedimientos Penales, no deben variar ni contrariar las reglas del Código Civil sobre las garantías judiciales.

Hay que apuntar también, que en la materia procesal penal no tiene cabida la prenda. En el ambiente, se estila otorgar y exigir la fianza, la hipoteca y la caución, pero no la prenda. Esta particularidad suele caracterizar a nuestro sistema jurídico, con respecto a los sistemas jurídicos extranjeros. La razón de no admitir la garantía prendaria es obvia: ésta tiene su fundamento en un bien mueble que empeñe el deudor, tercero o constituido de la prenda, lo cual no es garantía suficiente.

Si de por sí, la aceptación de la fianza, no ofrece seguridad absoluta en el cumplimiento de las obligaciones del fiador ni del fiado, muchos menos la prenda. Además, la máxima garantía de fianza, que representan las compañías especializadas en el

ramo, no tiene la posibilidad de acción mediante prenda. Dichas compañías, están eximidas de presentar garantía al momento de afianzar, y pensando que entre esas garantías se encuentra una posible prenda, el hecho de que esté relegada del marco de la libertad caucional, resulta natural.

El fundamento de los contratos accesorios, que garantizan la libertad provisional, es el artículo 20 constitucional<sup>24</sup> fracción I, que dice lo siguiente:

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

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculcado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo;

---

<sup>24</sup> Reformado el 3 de septiembre de 1993.

los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

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

También es menester apuntar, que los autores coinciden en señalar que el sentido del otorgamiento y aceptación de estas garantías no solamente es el constituir un derecho a favor del inculpado, sino también un derecho a favor del ofendido, pues en caso de que no se cumplan las obligaciones garantizadas, se aplica la fianza, la prenda o la hipoteca a la reparación del daño causado, como se contempla en el artículo 29 del Código Penal.

Cabe añadir, que nota común de estos contratos accesorio, o garantías para obtener la libertad provisional, que su otorgamiento, su aceptación o su no aceptación, deben efectuarse tomando en consideración todos los factores que son señalados por la Constitución y por los Códigos de Procedimientos Penales. Es decir, que el Juez, para aceptar o rechazar las garantías, tiene que ponderar la gravedad del hecho cometido, las circunstancias especiales del caso, las personales del inculpado, sus posibilidades económicas y su mayor o menor temibilidad.

Si el juez niega la fianza , la hipoteca o la caución sólo en base a la gravedad del hecho imputado, tal determinación suya constituye una violación directa de la garantía de la primera fracción del artículo 20 Constitucional, y como tal, es susceptible de impugnarse en el amparo, sin necesidad de agotar un recurso previo, toda vez que esa negación es una excepción al principio de definitividad que rige al juicio constitucional

Para terminar con este apartado, cabe citar una opinión muy ilustrativa, que refleja la esencia de estas garantías como formas de obtener la libertad provisional.

"La caución o garantía, viene a resolver el conflicto de intereses que existe entre la sociedad, por un lado, que pide justo castigo al delito cometido por el presunto responsable, y el inculcado, que no desea ver restringida su libertad. La caución o garantía, viene a establecer un punto medio entre ambas intenciones, viene a ser un eficaz sustituto del rigor de la prisión preventiva. La caución viene a amparar los derechos del inculcado y a la vez los de la sociedad, que no desea que se torne inoperante la pretensión punitiva estatal, con la libertad de un sujeto presuntamente peligroso, que amenaza la convivencia armónica de la sociedad."<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> García Ramírez, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal 3a ed Edit Porrúa, S.A. Mexico. 1980, p.434*

### 3.2. LA FIANZA.

La primera circunstancia que se debe advertir en este punto es que no hay concepto de fianza penal. Si se recuerda lo dicho, en el sentido de que el Código nos remite al ordenamiento civil, tal carencia de concepto es entendible. En vista de esto, resulta indispensable consultar el Código Civil, para lograr una aproximación al concepto de fianza penal.

El Código Civil señala en su artículo 2794 la definición de fianza:

"La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace."

El jurista Guillermo Cabanellas en su diccionario jurídico elemental sobre la fianza vierte el siguiente comentario respecto de la fianza:

"Toda obligación subsidiaria, constituida para asegurar el cumplimiento de otra principal, contraída por un tercero."<sup>26</sup>

Gramaticalmente la palabra fianza tiene la siguiente acepción: "Obligación accesoria que uno hace para seguridad de que otro pagará lo que debe o cumplirá aquello a

---

<sup>26</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo, *op. cit.*, p. 168

que se obligó, tomando sobre sí el fiador verificarlo a él caso de que no lo haga el deudor principal, o sea el que directamente para sí estipuló".<sup>27</sup>

La fianza, es un título oneroso, que puede ser realizado esporádicamente por particulares, y tener un carácter meramente civil o mercantil; pero la intervención de determinada clase de personas, las instituciones de fianzas, basta para imprimirle sello comercial.<sup>28</sup>

Esta no es una noción altamente satisfactoria, ni mucho menos ¿Que contrato puede haber entre la sociedad y el presunto autor del delito? ¿El contrato social? ¿La sociedad es acreedora del sedicente delincuente? ¿En qué sentido es acreedora suya? Estas son sólo algunas dudas que surgen para tratar de transplantar el concepto civil de fianza, al ámbito penal. Sería aconsejable examinar, al articulado del Código Civil acerca de la fianza judicial, para observar si existe alguna guía conceptual más idónea. Revisamos ese capitulado, y si antes encontramos una definición esquemática, ahora no encontramos siquiera una noción. El Código Civil, únicamente nos habla de requisitos y condiciones que se deben llenar con la fianza judicial, tal como lo hacen los tratadistas de procesal penal que se limitan a citar los requisitos para que el juez acepte o no la fianza. En tales condiciones, de ausencia de concepto de fianza entre los tratadistas, y apoyándonos en la esquemática noción del Código Civil, procederemos a formular nuestro concepto de fianza penal, que es éste

---

<sup>27</sup> Diccionario Enciclopédico Boben, Barcelona, España, 1991, p. 769

<sup>28</sup> Manilla Manilla, Roberto "Derecho Mercantil". Edit. Porrua, S.A. Mexico, 1994, p. 77

"La fianza penal, es la garantía más socorrida por los inculpados al hacer uso del derecho que les concede la fracción I del artículo 20 Constitucional, por medio de la cual, logran evitar que se les inflija la prisión preventiva, involucran a un tercero, teóricamente solvente y reputado, en la delicada labor de asegurar su comparencia y contribuyen a que la pretensión punitiva estatal no se frustre con una posible evasión suya."

*Este es el concepto de fianza penal, que nosotros proponemos ante el silencio de los tratadistas. Hicimos hincapié en el hecho, de que la "fianza penal es la garantía más socorrida por los acusados", porque es notorio que ese hecho es el que diferencia, aparte de sus desemejanzas naturales, a la fianza de las otras garantías que se dan para obtener la libertad provisional. La siguiente opinión experta, nos auxilia para aclarar bien lo que queremos decir, con que la fianza es la garantía más socorrida:*

"Nadie amortiza su dinero en depósito, ni grava sus bienes con hipoteca a gran costo, pudiendo salir del paso con un fiador, en forma igualmente rápida y con menor costo. Pero esto, en lugar de un defecto, constituye una ventaja, así como la de ponerse la caución en esta modalidad, al alcance de los menos pudientes; si sólo a ellos se limitara potestativamente, en atención a los demás caracteres de su persona, y si por consideración a su persona les proporcionase a los fiadores su garantía, a completa satisfacción, en todo caso del juzgado."<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Acera, Julio. "Nuevo Procedimiento Penal". Edit. Casa Editora de Fernando Jaime, 2a ed., Guadalajara, Jalisco México 1985

Es decir, que la fianza es la garantía más socorrida, por la mayor comodidad que ofrece con respecto a la hipoteca y a la caución, y por la mayor incidencia de presunta criminalidad entre los menos pudientes, que requieren de ayuda solvente y eficaz, para afrontar la carga económica que les representa el obtener la libertad bajo caución. Estas razones, son las que colocan a la fianza en un lugar preferencial con respecto a las otras garantías, y no otras, porque si sólo nos atuviéramos a las diferencias, entre ellas, de que una implica un bien inmueble, otra dinero y la otra la solvencia y acreditación de un tercero, debiéramos deducir que la garantía preferida es la hipoteca, cosa por demás inexacta, dada la poca operancia de ésta en la práctica, la actividad de las afianzadoras y las razones antes expuestas.

Este concepto, que presentamos de la fianza penal, quedaría incompleto si no aludimos los requisitos legales que se estilan cumplir, para su otorgamiento y aceptación:

1 - El fiador debe tener bienes raíces, inscritos en el Registro Público de la Propiedad, con valor bastante para garantizar el monto del daño causado por el autor del probable responsable del delito. La fianza asciende hasta cinco veces el valor de este daño, en la reglamentación del Código de Procedimientos Penales Federal, y hasta tres veces el monto de este daño.

Las afianzadoras están exentas porque su solvencia está respaldada por la autorización que les da el Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que les permite funcionar. Sin embargo, aunque a primera vista, esto parece lógico, nosotros pensamos que no lo es tanto, si consideramos el principio de igualdad que deben respetar todos lo que intervienen en el proceso, y el juez, desde luego. Ese principio es quebrantado por esa exención, porque si bien es cierto que las afianzadoras tiene autorización oficial para operar, también es cierto que esa autorización les sirve para maniobrar en otros campos, que no son precisamente tan trascendentes como este Derecho Procesal Penal, lo cual hace incongruente su exención, con respecto a la obtención de la libertad provisional.

Si sólo se dedicaran a afianzar a inculcados, el principio de su exención tendría sansatez, en la inteligencia de que fueron intuitidas para robustecer la garantía del 20, garantía de interés primordial para la sociedad. Pero no tienen este fin exclusivo, de afianzar a los inculcados, y desde nuestro punto de vista, su exención de la obligación que debe dar todo fiador ante el Juez penal es un grave quebranto al principio de igualdad

2.- El fiador está obligado a declarar, bajo protesta de decir verdad, cuantas y cuales son las anteriores fianzas judiciales que ha otorgado, requisito que muy prudente por cierto, ya que son frecuentes los casos de fiadores que suelen contraer obligaciones al por mayor, se hacen insolventes posteriormente motivan que la garantía concedida al inculcado sea totalmente nula. La sociedad está interesada en que el fiador cumpla con su

deber, de asegurar la presentación del inculpado, cada vez que se requiera a éste, y en esa consideración, es necesario que se indaguen los antecedentes del fiador, para comprobar ya no la solvencia económica de éste, sino su solvencia moral, y para evitar que quede debilitada la pretensión punitiva del Estado, con la indebida libertad del acusado

3 - Por supuesto que para conceder la fianza, el fiador tiene que asegurar que presentará al inculpado cada vez que sea requerido por la autoridad judicial. El material para presentar al inculpado, so pena de que se revoque la libertad provisional

Aún cuando con esta visión panorámica, el concepto de fianza penal no queda completo. Necesitamos examinar las posibles causas de revocación de la fianza. Las más importantes causas de revocación, que menciona nuestro Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal son las siguientes:

I.- Que el acusado desobedezca sin justa y debida causa, las órdenes legítimas del Juez

II - Que solicite la revocación el mismo inculpado presentándose ante el Juez

III - Que aparezca en el curso de la instrucción, que se hubieran cometido delitos sea calificado como grave

IV. - Que el fiador pida que se le releve de su obligación y presente al efecto al inculpado

V.- Que se demuestre con posterioridad la insolvencia del deudor

Ya tenemos la dimensión completa del concepto de fianza pena. Ante el silencio de los tratadistas, formule un concepto personal de fianza penal, a el hecho, de que la fianza es la garantía más socorrida por su preferencia, con respecto a la hipoteca y a la caución, y porque supone el concurso de un tercero solvente, que auxilia al gran conglomerado de inculpados, generalmente insolventes, que no pueden soportar la carga económica que representa el obtener la libertad bajo caución o libertad provisional.

El concepto no era integro, si revisar las condiciones que se fijan para su otorgamiento y aceptación, y sin revisar las causas de revocación.

Las hemos examinado, y la visión es completa, resta mencionar que se presentan fuertes objeciones para aceptar a la fianza como garantía para obtener la libertad provisional, y esas objeciones, se condensan magistralmente en estas observaciones:

"Las fianzas se permiten generosamente para todos los inculpados, como ya se dijo, y el otorgamiento de las mismas se ha constituido en verdadera práctica comercial Así como desgraciadamente se encuentran testigos de oficio, disponibles para declarar

todas las inexactitudes que se quieren, así se han formado también fiadores para liberar al que lo solicite, de acuerdo a un tanto por ciento del importe de la garantía, sin que naturalmente, con ese objeto de lucro pueda servirse a verdaderos indigentes, ni importe mucho la condición moral de los fiados.<sup>30</sup>

Verdaderamente la fianza tiene estos aspectos negativos. No existe un real control sobre el fiador, que permita conocer con certeza, su estado de solvencia. Fácilmente puede enajenar sus bienes, comprometerse en otras fianzas judiciales (a pesar de su obligación de declarar los compromisos que hubiera contraído antes), y dejar en el mismo desamparo en que se encontraba al inculpado, el cual se ve expuesto a que el Juez libre orden de reaprehensión contra él.

Ha quedado todavía más completo el concepto de fianza penal, que desgraciadamente se tiene que construir a base recopilar y entender los requisitos legales, que regulan su otorgamiento y aceptación. Falta que digamos que aceptar la fianza, el Juez no debe aducir en su resolución, agravantes o excluyentes del delito, que sólo se deben ponderar en la sentencia.

La fianza se concede o se niega, sin estas ponderaciones, sin perjuicio de que después se han manifestadas en la culminación del proceso. El otorgamiento de la fianza supone, que ésta es declarada procedente, que se fija la cantidad por la cual se concede, que es recibida por el Juez y que se decreta la excarcelación provisional del inculpado.

---

<sup>30</sup> *ibidem*, p. 406

Ya tenemos elementos suficientes para comprender, el concepto de fianza penal. Ahora pasemos a ver la manifestación de ésta en la averiguación previa.

Es indispensable marcar, dos principios que rigen a la fianza en la averiguación, no tiene carácter judicial, como lo tiene la fianza penal, que se da en el proceso. Esta fianza es de naturaleza administrativa, a resultas de que es fijada por el Ministerio Público, autoridad administrativa, como se vió antes, autoridad que fija la fianza en base a las disposiciones de carácter general, que emite el Procurador, para establecer la caución aplicable en los casos de lesiones y homicidios causados por imprudencia, con motivo del tránsito de vehículos.

A diferencia de la fianza penal, en la que el Tribunal Superior de Justicia, se encarga de llevar el índice de fianzas otorgadas ante el mismo o ante los juzgados de jurisdicción en el Distrito Federal, el Procurador es el que se encarga de fijar y establecer los índices de las fianzas otorgadas en la averiguación previa.

El otro principio, es que la fianza en la averiguación previa procede por delitos de imprudencia, causados por el tránsito de vehículos, por delitos que sean de la competencia de los juzgados mixtos de paz o por delitos que en nuestra legislación penal no sean calificados como graves.

A diferencia de la caución que es otorgada ante el juez, la fianza en la averiguación previa no es la forma de garantía más socorrida por los "descuidados automovilistas", que suelen protagonizar los accidentes viales. Esto queda ilustrado en la presente cita:

"Dada la amplitud del concepto de garantía, manejado por la ley, y la variedad de formas o medidas de cautela, la garantía otorgada en la averiguación previa podría tratarse de depósito, fianza o hipoteca. Empero, en la práctica, vistas las circunstancias en que se produce ésta libertad provisional en la averiguación previa, y tratándose de que la garantía no ocasione perjuicio al implicado, y en consideración de la inminencia de que el juez otorgará la libertad caucional llegado el caso ante él, es lógico pensar, que ese aplique el depósito sobre las otras garantías."<sup>31</sup>

La obligación que establece en la "fianza penal" al beneficiado, de presentarse a la práctica de las diligencias que ordena el juez, es igual en la fianza que se otorga en la averiguación previa, con la diferencia natural, de que el beneficiado se presentará ante el Ministerio Público cuando éste lo requiera para el desenvolvimiento de ciertas actuaciones. La obligación de presentarse para el beneficiado, proseguirá si el Ministerio Público consigna, y el caso pasa al juez. Como la fianza penal, la fianza que se otorga en la averiguación se hace efectiva y se revoca si el beneficiado no comparece, o si desobedece las indicaciones del Ministerio Público. Los requisitos que se estilan para conceder la fianza, son los mismos que para la ley penal, y en caso de revocación, en vez

---

<sup>31</sup> *García Ramírez, Sergio op cit p. 49*

de emitir se una orden de aprehensión, se emite la orden de reaprehensión que debería librarse hasta que el Ministerio Público consignará, si así lo hubiera estimado conveniente

El mecanismo para conceder la fianza, es similar al de la fianza que se otorga ante el Juez: primero se declara su procedencia, luego se fija su monto, se procede a su recepción y se dispone de la libertad del involucrado en estos delitos menores para la averiguación previa. Ha quedado expuesto el panorama de la fianza penal y de la fianza en la averiguación previa.

### **3.3. EL ARRAIGO Y SUS DISTINTAS FORMAS.**

Con el concepto de arraigo, surge algo similar a lo ocurrido con el de fianza. Los tratadistas de Derecho Procesal Penal no nos proporcionan un concepto de arraigo, y éste se tiene que desprender de los requisitos legales que se marcan para decretar el arraigo, y de las finalidades que los autores nos dicen que se logran con esta medida cautelar.

Guillermo Cabanellas nos da el siguiente concepto:

"Dar el demandado o el reo fianza suficiente de la responsabilidad civil o criminal del juicio. Se utiliza normalmente la expresión arraigo o arraigar en juicio para

referirse al aseguramiento de las resultas del mismo. Se da en los casos en que hay peligro de que, por insolvencia, resulte ilusorio el derecho de una de las partes."<sup>32</sup>

Sobre el término de arraigo el Jurista Jorge Alberto Silva Silva, nos explica lo siguiente

"El arraigo es una condición para obtener la libertad provisional y consiste en el acatamiento a la orden que se le da al sujeto, para que no se ausente del lugar donde el asunto se encuentra radicado. No existe aquí respaldo en dinero, como en el caso de la caución, sino sólo orden del funcionario para que la persona no se ausente, a consecuencia de lo cual la persona queda obligada a presentarse en todos los actos procesales a los que sea citada. Esencialmente se trata de que no se ausente del lugar del juicio

El arraigo no implica enclaustramiento dentro de un pequeño lugar (como permanecer dentro de un convento o una casa), sino sólo imposibilidad de abandonar el lugar donde se realiza el juicio. También se la ha llamado arresto domiciliario, prisión preventiva atenuada o arraigo domiciliario, este último, con el que es más conocido en México "<sup>33</sup>

El jurista Guillermo Colín Sánchez, sobre el tema en cita vierte el siguiente comentario:

---

<sup>32</sup> Cobanillas Guillermo, op. cit. p. 38

<sup>33</sup> Silva Silva, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*, Edt. Harla Mexico, 1991, p. 229

" el arraigo, es una especie de medida cautelar personal que puede tener lugar en la averiguación previa, para que el Procurador de Justicia o el agente del Ministerio Público realice alguna de sus funciones con la amplitud que ameriten, sin hacer objeto al indiciado de detenciones ilegales; y, además, con la seguridad de que éste no evadirá la acción de la justicia..."<sup>24</sup>

Antes que nada, se dice que el arraigo constituye una excepción a lo prescrito por el artículo 11 constitucional, que ordena:

"Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país "

El arraigo penal, a la luz de este artículo, es una excepción a la libertad de tránsito, libertad que se restringe por determinación del juez correspondiente, en base a fundado temor de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia, y no encare la responsabilidad criminal que adeuda a la sociedad

---

<sup>24</sup> *Cofin Sanchez, Guillermo, op cit p. 236*

El arraigo penal responde a la siguiente necesidad:

"El peligro de no conseguir jamás, o al menos oportunamente, el bien garantizado por la ley, o el temor de que se aplaze su obtención, mientras el proceso se tramite, con daño de quien lo reclama, conducen a la disposición o medida cautelar o de seguridad, disposición que tiene una acepción bien diversa de la que posee en Derecho Penal Sustantivo."<sup>35</sup>

El arraigo penal, no puede ser considerado como una garantía de la libertad provisional, sino más bien el efecto de las diferentes garantías que se otorgan para obtener la libertad provisional

El arraigo se produce, con la orden que el juez da al beneficiado con la garantía para que no se ausente del lugar donde se lleva a cabo el juicio. El arraigo se produce, con la obligación que tiene el beneficiado con la garantía de informar al juez sobre los cambios de domicilio que haga, o sobre los desplazamientos físicos de alguna entidad a otra que él efectúe. El arraigo debe ser una determinación bien justificada, con pruebas y elementos bastantes para ordenarla, so pena de que el arraigado puede impugnar el arraigo, y exigir daños y perjuicios, si procede el caso

A diferencia de las garantías, el arraigo es pedido por el Ministerio Público, o bien, el juez lo decreta de oficio. Podemos decir, que existen dos formas de arraigo: el que se da durante la averiguación previa y el que se da en el proceso. El arraigo de testigos, consiste en la determinación que tome el juez a petición de cualquiera de las partes, de

---

<sup>35</sup> García Ramírez, Sergio. *op. cit.* p. 377

arraigar a cierto testigo en el lugar donde se lleva a cabo el juicio, cuando pueda declarar acerca del delito, de sus circunstancias o de que la persona del acusado y su declaración sea imprescindible. El testigo también tiene derecho a demandar por daños y perjuicios, si fue arraigado indebidamente.

El supuesto de este arraigo, es que el testigo pueda ausentarse del lugar del juicio, no proporcionando su valioso testimonio y faltando a su ineludible deber de colaborar con las autoridades en la averiguación, persecución y castigo de los delitos, además de que tiene como testigo, de manifestar a la autoridad judicial los hechos que de alguna manera le constan.

El arraigo también está inspirado en otro hecho elemental: el evitar la venganza privada contra el estado de hechos, que no son conforme a derecho. No es conveniente para el desenvolvimiento del juicio que se cometan manifestaciones contra la posesión o se generen connatos de defensa privada.

Estos hechos, se reputan socialmente nocivos para el Estado, y éste presta los medios para combatirlos, con las medidas cautelares como el arraigo, porque éste evita, situaciones de hecho, que puedan aumentar el daño causado por el presunto delito, o que mengüen la información indispensable para la tramitación del juicio, como en el caso de los delitos, o intentos de los ofendidos por el delito, de hacerse justicia por su propia mano.

El arraigo en conclusión, impide que el arraigado no encare sus obligaciones en el proceso, sea respondiendo ante la autoridad por el quebranto que presuntamente causó al orden jurídico, sea respondiendo ante la autoridad, en vista de su deber de colaborar con la administración de justicia, o sea, respondiendo ante la autoridad administrativa por su culpa en delitos menores, como se verá más adelante

En la averiguación previa, el arraigo es la mayor seguridad que tiene el arraigado de que no sufrirá la privación de su libertad corporal en los lugares ordinarios de detención, máxima seguridad que incluso, llega a superar a la fianza que se otorga en este período de indagaciones policiacas-administrativas

*Esta posibilidad de quedar arraigado sin sufrir detención, y la posibilidad de poder otorgar fianza, que ya se estudio, son producto de consideraciones sociojurídicas, que vinieron a innovar nuestro Código de Penal del Distrito Federal, consideraciones por demás atinadas, que quedan espléndidamente ilustradas en la siguiente cita:*

" El tránsito de vehículos, que presenta un alarmante desarrollo en la gran capital de la República Mexicana, origina múltiples y delicados problemas. El solo hecho de conducir un automóvil, produce una inusitada reacción del conductor; su sistema nervioso y sus reflejos se alteran

Nuestra ley penal, apenas se asoma a tal clase de problemas, porque es un hecho que la personalidad se afecta, se desvirtúa, cuando el hombre o la mujer toman el volante entre sus manos (en una ciudad congestionada e histérica) y comienza una aventura, que lo mismo puede terminar tranquilamente en el lugar de arribo, que en la Delegación más próxima o en el enfrentamiento más desagradable con otros seres humanos".<sup>36</sup>

Esa necesidad de la ley, de asomarse a éstos problemas, motivó que el Código de Procedimientos otorgará el máximo de condiciones y facilidades al involucrado en éste tipo de delitos imprudenciales, que hemos estado mencionando, y los requisitos que el Código de Procedimientos marca para arraigarle, y librarle de paso, del rigor de la prisión preventiva, son los que a continuación enlistamos:

A) Que proteste presentarse ante el Ministerio Público que tramite la averiguación, cuando esto lo disponga

B) Que no existan datos de que pretenda sustraerse de la acción de la justicia.

C) Que realice convenio con el ofendido o sus causahabientes, ante el Ministerio Público, de la forma en que se reparará el daño causado, pero cuando en su caso no se convenga sobre el Ministerio Público, éste, en base de los daños causados, en la

---

<sup>36</sup> Carranca y Trujillo, Raul El Código Penal Anotado. Edit Porrúa, 8a ed. México, 1980, p 172

inspección ministerial que practique, en las versiones de los sujetos relacionados con los hechos y en los demás elementos de prueba de que disponga, determinará dicho monto.

D) Que tratándose de delitos por imprudencia, ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, el presunto responsable no hubiese abandonado al lesionado, ni participado en los hechos en estado de ebriedad o bajo influjo de sustancias enervantes o psicotrópicas.

Cabe anotar también, que el Ministerio Público, en el arraigo, debe ser comunicado y a todos los complicados en el caso, en diligencia por separado. El arraigo no puede prolongarse por más de tres días, y al llegar el término del tercer día, la excepción que constituía el artículo 11 esta disposición administrativa, se disipa. El arraigado recobra su libertad de tránsito, pero sin perjuicio de que el Ministerio Público considere pertinente ejercer la acción penal, y el juez le obsequia orden de aprehensión.

El arraigado en el proceso se da cuando el inculpado obtiene el beneficio de la libertad provisional bajo protesta, que se le concede siempre "que tenga domicilio fijo y conocido en el lugar del juicio". El arraigo en este caso, se produce en razón de la mínima temeridad que muestra el inculpado. Este tiene antecedentes personales, y por eso se le arraiga en el lugar del juicio, en la inteligencia de que enfrentará con máxima responsabilidad, su cuenta frente a la justicia, y no escogerá el camino que le presentaría más problemas: el camino de su evasión.

El arraigo también se da en el proceso, cuando al inculpado se le concede el beneficio de la libertad caucional, como lo vimos ya, y en tal sentido, beneficiado queda explícitamente obligado a presentarse ante el órgano jurisdiccional, cuando éste lo requiera y en los días preestablecidos, e implícitamente obligado a no ausentarse del lugar del juicio.

Su arraigo en el lugar del juicio, lo constriñe a informar a la autoridad sobre los cambios de su domicilio

### **3.4. COMENTARIOS Y APORTACIONES AL RESPECTO.**

De lo anteriormente expuesto se vierten los siguientes comentarios:

Notoria es la falta de concepto entre los tratadistas, sobre la fianza penal. Quien quiere tener un concepto de ésta, debe necesariamente remitirse a las nociones civiles y a los requisitos que consagra el Código de Procedimientos Penales para su otorgamiento y revocación. El aspecto más positivo de optar por la fianza, es la poca onerosidad que representa, comparada con la hipoteca y el depósito, que comprometen sensiblemente parte del patrimonio del que solicita su libertad bajo caución, además de que la fianza involucra, la actividad de un tercero solvente, que auxilia (al menos es lo que se supone en teoría) en forma plausible, a soportar la carga económica de su libertad bajo

caución. La fianza ofrece el punto positivo, de que está obligado a ese tercero, a cumplir con su deber de colaborar en la persecución, búsqueda y justa sanción de los delitos; convierte a este tercero, en el más interesado promotor de la vigilancia del cumplimiento de los deberes del inculcado. Empero, lado negativo de la fianza, es el control poco efectivo que se tiene de la solvencia del fiador.

Independientemente de las afianzadoras, ninguna otra persona física o moral ofrece absoluta seguridad de que cumplirá con sus obligaciones, a pesar de satisfacer, en apariencia, los requisitos formales que se le plantean, para que pueda otorgar fianza, y ésta se le conceda. Se necesita que estos sean más rígidos, que impliquen exigencias que no sean de naturaleza meramente administrativa, en la intención de evitar que a capricho, los fiadores puedan colocar un terrible estado de indefensión a su fiado, que confiaba en la solvencia de ellos, cuando les venga en gana declarar que "ya no pueden seguir sosteniendo su compromiso". Esta causa de revocación, la de que el fiador pida que se le releve de la obligación y presente al reo, debería desaparecer. Contraría francamente la regla que establece en las fianzas judiciales, de privar del beneficio de exclusión al fiador.

El arraigo no puede ser considerado como una forma de garantizar la libertad caucional, sino más bien un efecto de las garantías que se otorgan para obtener ésta. La máxima consideración que motiva la práctica del arraigo es el afán de hacer efectivo la administración de justicia, evitando el frustramiento de la pretensión punitiva del Estado por una lamentable sustracción del acusado, presunto a la acción de la justicia, y

evitando la comisión de venganzas privadas pro el ofendido del delito, que tratare de obtener satisfacción de su justicia por su propia mano.

El arraigo en la averiguación previa, es una acertada medida que muestra la sensibilización de la justicia, para atender de la mejor manera posible, los frecuentes accidentes menores que se dan en la gran urbe y que producen ilícitos penales. La prisión preventiva, cada vez más esta contemplada, con estas innovaciones y derechos constitucionales, como una medida en antaño venial, pero que ahora es altamente justificada e inoperante, para lograr el anhelo constitucional del artículo 17: el desenvolvimiento de una administración pronta y expedita a impartir justicia

## **CAPITULO CUARTO GENERALIDADES DE LA TENTATIVA EN EL DELITO**

### **4.1. MARCO HISTORICO SOBRE LA TENTATIVA.**

El Derecho romano, siguiendo el principio de que no hay delito sin actividad manifestada en la acusación de un daño, no llegó a precisar criterios distintivos entre consumación y tentativa, ni creo termino alguno para diferenciar tales grados del delito

En el Derecho Penal privado romano se atendió únicamente al daño causado, sancionándose únicamente los delitos consumados. En el Derecho Penal publico, sin embargo, no tuvo validez absoluta la regla anterior, pues a pesar de la exigencia de que el animus entrase en el campo de la exteriorización material, no se exigió siempre un resultado caracterizado por un daño

Por otra parte, en Derecho alemán fue desconocida en un principio la tentativa. Posteriormente, aun cuando no llegó a precisarse una fórmula diferenciadora, se equiparó al delito consumado, principalmente en el delito flagrante. Finalmente, en los siglos XIV y XV parece reconocerse el concepto de la tentativa en el moderno sentido, sin que ciertamente puedan señalarse desde allí líneas de enlace inmediatas con la época presente

Por otra parte, en el Derecho italiano de la Edad Media se encuentra ya un concepto de conato, el cual es descrito como un cogitare. Ya para el siglo XVII, este Derecho considero la tentativa como de menor importancia a la consumación, castigándola con pena atenuada, reglamentando la tentativa inidonea y el desistimiento espontáneo.

Las Partidas distinguieron entre delitos graves y "yerros menores", equiparándose respecto de los primeros la tentativa y la consumación, salvo que en aquella dierase el desistimiento o el arrepentimiento.

En la Constitución Criminal, dictada en 1765 por Carlos V, se conceptualiza formalmente por primera a la tentativa, con elementos configurativos de este instituto penal, tales como actos externos de voluntad criminal y ausencia de consumación del resultado contra la voluntad del agente, la cual influyo notablemente en los diversos códigos penales alemanes.

Gran influencia ejerció también el Código Josefino, dictado en 1787, al exigir para la punición de la tentativa la realización de actos dirigidos a la consumación de un delito, aspecto en el cual fue secundado por el Código Francés de 1804.

En México, el Código de Martínez Castro, pretendiendo la creación de un verdadero sistema, distinguió tres grados de delito intencional:

a) El conato - Era la ejecución de uno o mas hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye.

b) El delito intentado - Es el que llega hasta el ultimo acto en que debía realizarse la consumación, si esta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable por ser imposible, o por ser evidentemente inadecuados los medios empleados

c) El delito frustrado - Es el que llega hasta el ultimo acto en que debía verificarse la consumación si esta no se realiza por causas extrañas a la voluntad del agente

Sin embargo, fue el Código de Almaraz el que distinguió, en los delitos intencionales, a la tentativa, declarando en su artículo 22 que cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente por actos idóneos y no practica todos los esenciales de ejecución que deberían producir el delito, por causa o condición que no sea propto y espontáneo desistimiento

Por otra parte el Código Penal de 1931 represento en materia de tentativa, un evidente retroceso con relación a sus antecesores. Al prescribir en su artículo 12 que la tentativa es punible "cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

ante ello, estaba sancionando, de acuerdo con una interpretación literal de su texto, los actos puramente preparatorios y no los ejecutivos del delito

El Anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, elaborado en 1958, estructuró la noción de la tentativa argumentado que: "la tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir el resultado, si este no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente"

La reforma del artículo 12 realizada en 1984, consagró un concepto sobre la tentativa que fue perfeccionándose a través de diversos proyectos, adoptando los principios de ejecución o de todo el proceso ejecutivo (es decir, ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo) y de la inoculación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente, recogiendo el desistimiento espontáneo y el arrepentimiento eficaz, con lo que indudablemente mejoró la vieja fórmula del precepto que tantas críticas justificadamente recibió

#### **4.2. LA TENTATIVA Y EL DELITO.**

Para comprender la naturaleza y los alcances jurídicos que tienen las figuras de la tentativa y el delito, consideramos de suma trascendencia partir de la realización de un marco conceptual que detalle la importancia que tienen estas en el campo del Derecho

Ante ello, diversos tratadistas señalan que por tentativa debemos entender lo siguiente, a saber:

Gramaticalmente, el vocablo tentativa proviene del latín "temptatus", que significa " el principio de ejecución de un delito por actos externos que no llegan a ser los suficientes para que se realice el hecho, sin que haya mediado desistimiento voluntario del culpable".<sup>37</sup>

Por otra parte, el jurista mexicano Fernando Castellanos considera que la tentativa estriba " en iniciar la acción principal en la cual el delito consiste; ( . ) es la ejecución frustrada de una determinación criminosa".<sup>38</sup>

Por lo anteriormente expuesto cabe advertir que, la tentativa difiere de los actos preparatorios; toda vez que en estos no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito; tales actos materiales lo mismo pueden ser lícitos que ilícitos; en cambio, en la tentativa existe ya un principio de ejecución y por ende, la penetración en el núcleo del tipo Penetrar en el núcleo del tipo consiste en ejecutar algo en relación con el verbo principal del tipo del delito de que se trate

Ante ello, entendemos, pues, por tentativa, los actos ejecutivos encaminados a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto

---

<sup>37</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo, *op cit.* p 379

<sup>38</sup> Castellanos Iena, Fernando, *Elementos Elementales de Derecho Penal*, Edit Porrúa, S.A México, 27a ed P. 287

El Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal, establece en su artículo 12 los siguiente:

"Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

"Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito

"Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a este se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por si mismos delitos."

Por otra parte, el vocablo delito proviene del latín "delinquere", que significa "...abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley."<sup>39</sup>

Para el tratadista Fernando Castellanos el delito " es aquella acción o conducta humana antijurídica, típica, culpable y punible".<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Castellanos Tena, *op cit* p. 125

<sup>40</sup> *ibidem* p. 129

En tanto, el Código Penal en su artículo 7º en su primer párrafo establece:  
"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales "

De igual forma, nos parece sumamente importante señalar las diversas fases que tiene la vida del delito, el cual en el campo jurídico se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente, hasta su terminación, recorriendo una ruta desde su iniciativa hasta su total agotamiento

Ante ello, diversos tratadistas coinciden en afirmar que tales fases se deben considerar como el "inter criminis", el cual a su vez se divide en:

a) FASE INTERNA:

- 1 Idea criminosa o ideación
- 2 Deliberación
- 3 Resolución

b) FASE EXTERNA:

- 1 Manifestación
- 2 Preparación
- 3 Ejecución (tentativa o ejecución)

La fase interna abarca tres etapas o periodos, a saber:

1. IDEA CRIMINOSA O IDEACIÓN. En la mente humana aparece la tentación de delinquir, que puede ser acogida o desairada por el sujeto. Si el agente le da albergue, permanece como idea fija en su mente y de ahí puede surgir la deliberación.

2. DELIBERACION. Consiste en la meditación sobre la idea criminosa, en una ponderación entre el pro y el contra. Si la idea resulta rechazada, es anulada en la mente misma, pero puede ocurrir que salga triunfante. En la deliberación hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias.

3. RESOLUCION. A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto, después de pensar lo que va a hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en la mente.

En tanto la fase externa comprende desde el instante en que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación. La fase externa abarca los siguientes pasos:

1. MANIFESTACION. En ella, la idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente solo en la mente del sujeto. La manifestación no es incriminable. Por excepción,

existen figuras de delitos cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica. El artículo 282 del Código Penal sanciona al que amenace a otro con causarle un mal a una persona, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien este ligado con algún vínculo. En este caso y en algunos otros, la manifestación consume o tipifica el ilícito; normalmente, sin embargo, no integra el delito. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 6o como garantía que la manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, a menos que ataque a la moral, los derechos de terceros, perturbe el orden público o provoque algún delito.

2 PREPARACION. Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. "Los actos preparatorios no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren a él en la intención del agente."<sup>41</sup> Los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos; no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir. Por excepción, nuestra legislación penal sanciona algunos que por sí mismos agotan el tipo relativo, mas no significa que al erigirlos la ley en delitos, permanezcan como actos preparatorios, habida cuenta de que los comportamientos colman los tipos correspondientes, pero intrínsecamente poseen la naturaleza de verdaderos actos preparatorios, tal es el caso del artículo 256 del Código Penal del Distrito Federal (actualmente derogado), al establecer sanciones para los mendigos a quienes se aprehenda

---

<sup>41</sup> Pavan Vasconcelos, Francisco, "Breve sobre la Tentativa", Ed. Porrúa S.A. México, 4a Ed., 1989.  
p. 31

con un disfraz, ganzúas, armas o cualquier otro instrumento que de lugar para sospechar su propósito de cometer un delito. Este precepto, sea dicho de paso, además de anacrónico, rompe con el principio de igualdad, porque los potentados portadores de los instrumentos señalados, jamás pueden cometer el delito de referencia.

3. EJECUCION. El momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer dos diversos aspectos: tentativa y consumación. Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo penal.

#### **4.3. LA TENTATIVA Y EL DELITO CONSUMADO.**

La ejecución puede ser subjetivamente completa y objetivamente incompleta o imperfecta, en cuyo caso se habla de delito frustrado, o bien subjetiva y objetivamente incompleta o imperfecta, en el que se habla de delito tentado, tentativa o conato.

En todo delito existen acciones, externas, y estas se componen de diversos momentos físicos, así como las internas se componen también de diversos momentos morales. Los momentos físicos pueden estar incompletos tanto subjetiva como objetivamente, cuando ninguno de ellos haya tenido un curso y por tanto no se haya alcanzado el fin propuesto por el culpable, en ocasiones, tales momentos pueden estar subjetivamente completos pero objetivamente incompletos, pues a pesar de haberse

agotado los momentos físicos de la acción, el Derecho atacado por el agente no ha resultado afectado. En tales casos, el delito presenta "una degradación en la fuerza física, porque no está perfecta siquiera la acción, o si la acción fue perfecta, no está perfecta la ofensa a la ley".<sup>42</sup>

Inicialmente se adoptó la clasificación bipartita, diferenciándose entre delito consumado y tentativa, sin distinguir, en cuanto a esta, si los actos realizados agotaban o no subjetivamente el delito. Más tarde los trapacistas italianos, distinguieron la tentativa del delito frustrado, señalando como carácter de aquella su imperfección respecto a la actividad ejecutiva, al contrario de la frustración, en la cual el sujeto realiza todos los actos subjetivamente necesarios para producir el resultado, sin que este llegue a verificarse por causas ajenas a su voluntad.

Cabe distinguir que, diversos tratadistas al buscar el equilibrio entre el elemento subjetivo (intención) y el objetivo (daño), establecieron las diferencias entre tentativa y consumación, creando la figura del conato y llegando incluso a distinguir entre conato próximo y remoto, como grados de aquel, conceptos que atendieron al momento de interruptor de la acción, con referencia al acto consumativo, para establecer así la cantidad del conato.

---

<sup>42</sup> Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*, Tomo I, Edr. Porrúa, S.A. México, 5a. ed., 1989, p. 143.

Posteriormente, otros juristas establecieron la distinción entre tentativa y frustración, fundándose en la diferencia existente entre ejecución subjetiva y objetiva. En la tentativa, la ejecución resulta incompleta tanto subjetiva como objetivamente, mientras en el delito frustrado la acción es completa en el ámbito subjetivo pero incompleta en el objetivo, en virtud de la no verificación del evento por causas ajenas a la voluntad del actor. A este respecto, el jurista mexicano Raúl Carranca y Rivas hace la siguiente acotación: ". tanto en la tentativa como en la frustración se requieren actos de ejecución del delito, pero mientras en la tentativa sólo se practica una parte de los necesarios para llegar a la consumación del hecho querido, en la frustración se llevan a cabo todos los que lógicamente podrían haberla producido, a pesar de lo cual el delito no se consuma."<sup>43</sup>

La mayoría de los autores y códigos modernos han abandonado esta concepción tripartita (tentativa-delito frustrado-delito consumado), para volver a la antigua clasificación bipartita (tentativa-delito consumado), distinguiéndose ahora entre tentativa inacabada y tentativa acabada. Debemos reconocer, que en la actualidad la distinción entre tentativa y delito frustrado carece de importancia, toda vez que los códigos la hacen innecesaria al comprender, en un solo concepto (tentativa), lo antiguamente conocido como instituciones diversas de un mismo proceso ejecutivo.

El tratadista Fernando Castellanos, al referirse a la distinción entre tentativa acabada e inacabada, aclara que la misma " no se refiere al resultado del acto sino al

---

<sup>43</sup> Carranca y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, Edit Porrúa, S.A. México, 16a ed 1988, p 456

termino de la actividad desplegada. En la tentativa inacabada el sujeto no ha realizado todos los actos requeridos de su parte para la consumación del delito, en tanto en la acabada si se han verificado todos los actos, sin que en ambas el resultado se haya producido a virtud de causas ajenas a su voluntad <sup>14</sup>

Por su parte, Francisco González de la Vega añade que, "la consumación del delito supone, en el hecho realizado por el autor, todos los requisitos señalados en la tipicidad abstracta, lo que precisa una coincidencia perfecta entre esta y la tipicidad concreta, a lo cual se suma la lesión del bien jurídico <sup>15</sup> En síntesis, se puede llamar consumado el delito cuando en concreto se han realizado todos los elementos constitutivos y se ha verificado la lesión efectiva o potencial del interés protegido, agregando además la correspondencia del hecho con la tipicidad legal como el criterio substancial de la lesión del bien jurídico, en armonía con la noción de la teleología de la infracción

#### **4.4. FIGURAS ESPECIALES EN EL ANALISIS DE LA TENTATIVA DE DELITO.**

Analíticamente considerado, el delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable o punible. El delito queda caracterizado por ser un hecho típico sobre el cual habrá de recaer la calificación de antijurídica y de culpabilidad. Por ello, en este apartado capitular nos referiremos a la tentativa y sus caracteres generales, que a continuación se describen

---

<sup>14</sup> Castellanos Tena, *op. cit.* P. 289

<sup>15</sup> González de la Vega, Francisco, *Derecho Penal Mexicano, Los delitos*. Edt. Porrúa, S.A., México, 22a. ed., 1988, p. 241

a) TIPICIDAD Y TENTATIVA - El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. El jurista mexicano Fernando Castellanos señala que el tipo penal " es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha por la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa

La tipicidad tiene una función descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijurídica por concretarla en el ámbito penal

Ahora bien, si toda conducta o hecho, pasa ser relevante, requiere ser típico, carácter adquirido en cuanto se establece una relación formal con el tipo, la conducta o el hecho incompleto acuñado en la norma especial de la tentativa, únicamente será punto de partida para su valoración, objetiva y subjetiva, en tanto vive en ella la tipicidad, ya que como previsión legal o como adecuación típica al modelo de la norma o tipo específico del delito tentado

Mientras en el delito consumado, la adecuación del hecho real al tipo legal verificase en forma integral, por cuanto requiere la presencia de todos los elementos descriptivos del tipo, en la tentativa dicho fenómeno capta solamente en forma parcial la conducta o el hecho descritos en el tipo principal

Si la tipicidad del delito se subordina a la conducta del tipo principal, lo cual se encuentra fuera de toda discusión, entonces "la conducta principal de un delito se adecua al tipo, de manera indirecta o incompleta cuando el proceso de subsunción se efectúa a través del dispositivo amplificador que contiene el artículo 12 del Código Penal, debido a que dicha conducta, aunque psicológica y finalísticamente orientada a la ejecución de la descripción contenida en un tipo, no logra realizar en su ejecutiva progresión, todos los elementos descriptivos del tipo penal."<sup>46</sup>

b) ANTJURICIDAD Y TENTATIVA - Siendo lo antijurídico un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del Derecho, funciona como carácter esencial en el delito. Por ello su ausencia, por la concurrencia en el caso concreto de una causa justificante, impide su formación y produce la inexistencia del delito

Ahora bien, como el delito tentado, al igual que el consumado, tiene un contenido material antijurídico, este no podrá consistir jamás en el daño efectivo al bien jurídico, sino en algo de menor entidad, si se tiene presente la ausencia del resultado y a cuya consumación se orienta la actividad ejecutiva: dicho contenido material, a nuestro parecer, no puede ser otro que el peligro de la consumación del delito, equivalente al peligro de daño al bien jurídico

---

<sup>46</sup> Rivera Silva, Manuel 'El Procedimiento Penal,' Edit. Porrúa, S.A. México, 18a ed., 1988, p.86

Es conclusión obligada, por ello, destacar que la antijuricidad objetiva del delito tentado radica, precisamente, en el peligro en el cual se coloca el bien jurídico como consecuencia del acto agresivo tendiente a su lesión. Si falta en el acto y en la intención que lo acompaña, la agresión total, completa, no puede surgir el estado objetivo de peligro no solo da su contenido a la antijurídica objetiva, sino además establece la línea divisoria entre la tentativa punible y la no punible

c) CULPABILIDAD Y TENTATIVA. La culpabilidad es "...el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto".<sup>47</sup> Constituye en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos

Por otra parte, tenemos que la culpabilidad reviste dos formas:

1 DOLO - Según Eugenio Cuello Calón, el dolo consiste "en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso."<sup>48</sup> Además, conviene señalar que, el dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto, en la voluntad del hecho típico

---

<sup>47</sup> Castellanos Tena, *op cit* p. 234

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 236

2. CULPA - Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley

Ahora bien, en el delito tentado surge en toda plenitud y con carácter de general la culpabilidad. El sujeto, al realizar actos de ejecución de un delito, dirige su voluntad a la producción de un resultado antijurídico, siendo dicha voluntad la relación psicológica que habrá de fundamentar la reprochabilidad.

En manera alguna puede concebirse una tentativa en la cual la acción no vaya dirigida a la consumación de un delito de manera que todo acto ejecutivo lleva impreso el dolo de la consumación, resultando característica en la tentativa la proyección de la voluntad a un resultado no alcanzado por el sujeto.

d) PUNIBILIDAD EN EL LA TENTATIVA - El fundamento de la punición en la tentativa es el principio de efectiva violación de la norma penal, al poner en peligro intereses jurídicamente tutelados. Es de equidad sancionar la tentativa en forma menos enérgica que el delito consumado, pues mientras en la consumación, además de la violación de la norma penal se lesionan bienes protegidos por el Derecho, en la tentativa, si bien igualmente se infringe la norma, sólo se ponen en peligro esos bienes. Si el sujeto desiste espontáneamente de su acción criminosa, no es punible la tentativa.

#### 4.4.1. DELITO PERFECTO Y DELITO IMPERFECTO.

A este respecto, el jurista mexicano Francisco Pavón Vasconcelos señala que en " el delito perfecto la violación al derecho tutelado se consuma, mientras que en el delito imperfecto no llega a realizarse a pesar de la voluntad proyectada a ese fin a través de actos apropiados."<sup>49</sup>

El delito queda imperfecto, cuando imperfecta ha quedado la acción al interrumpir el curso de sus momentos físicos, o porque esté ha sido insuficientemente promovido, o cuando aun siendo perfecta la acción, en todo lo necesario a alcanzar el fin propuesto y por ello suficientes los momentos precisos para la finalidad, el efecto no ha sido logrado debido a un impedimento imprevisto; en el primer caso surge el conato, en tanto en segundo puede tenerse, en ciertas condiciones, el delito frustrado

Por otra parte, cualquier concepto que pretenda darse sobre la tentativa, debe hacerse en función del delito perfecto o consumado. Eso ha llevado a ciertos autores doctrinarios a denominar a la tentativa un delito secundario o imperfecto, pues faltando en ella la consumación solo es posible su existencia en razón de un determinado tipo legal al cual se le relaciona. Ya Celestino Porte Petit Caudandap, al exponer su teoría de la tentativa, la consideró "un delito degradado en su fuerza física y, en consecuencia, de acción imperfecta."<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> Pavón Vasconcelos, *op cit*, p 22

<sup>50</sup> Porte Petit Caudandap, Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Edit. Porrúa, S.A. México, 12a. ed., 1989 p 371

Por su parte, Raúl Carranca y Rivas expone que existe una imposibilidad de sancionar los actos dirigidos a la consumación del delito, cuando no se llega al fin propuesto, de no existir la norma secundaria de la tentativa, cuya función es extender la incriminación de la norma principal. En consecuencia, la tentativa sólo puede aplicarse en virtud de la necesaria relación existente entre ella y la norma incriminadora principal, es decir, únicamente a través de la norma de la tentativa se puede sancionar conductas que de otra manera carecerían del signo de la ilicitud.

A idéntica conclusión arriba el jurista Luis Jiménez de Asúa, para quien la imperfección de la tentativa surge de su contraste con el delito consumado. Por cuanto concierne a su estructura, la tentativa es perfecta en sí, dice, "por presentar todos los elementos indispensables para configurar un delito: el hecho típico, la antijuricidad y la culpabilidad, distinguiéndose únicamente el delito consumado en razón de su objetividad jurídica, en la cual no existe lesión efectiva al bien jurídico sino solo el peligro de lesión."<sup>51</sup>

#### **4.4.2. DELITO DOLOSO Y DELITO CULPOSO.**

Con anterioridad se expuso que el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico

---

<sup>51</sup> Jiménez de Asúa, Luis, 'Apuntamientos de Derecho Penal,' Edit. Austral, S.A. Barcelona, España, 3a. ed., 1991, p. 84.

De igual manera, es preciso indicar que la doctrina establece una clasificación sobre esta figura jurídica, a saber:

1 DOLO DIRECTO.- Es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere

2 DOLO INDIRECTO - Conocido también como dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causara otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

3 DOLO EVENTUAL - Existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias. Hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado; este no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer, se menosprecia, que en última instancia equivale a aceptarlo

En el sistema legal mexicano, el dolo queda determinado en el artículo 8o del Código Penal, el cual divide los delitos de la siguiente manera:

a) DELITOS INTENCIONALES - Obra de esta manera quien conociendo las circunstancias del hecho típico, quiere o acepta el resultado prohibido por la ley

b) DELITOS NO INTENCIONALES O IMPRUDENCIALES - Son aquellos en los cuales se realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones penales le imponen

c) DELITOS PRETERINTENCIONALES - Son aquellos cuyo resultado típico es mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia.

Por lo que respecta a los delitos culposos tenemos que son aquellos en los cuales el agente activo, aun obrando sin malicia o dolo, produce un resultado ilícito que lesiona la persona, los bienes o los derechos de otro

Para el jurista mexicano Fernando Castellanos, los delitos culposos se dividen en dos clases, a saber

a) DELITOS DOLOSOS CONSCIENTES - También conocidos como delitos dolosos con previsión o con representación Son aquellos en los cuales el agente activo prevé el posible resultado penalmente tipificado, pero no lo quiere; abriga la esperanza de que no se producirá

Como en el dolo eventual, hay voluntad de efectuar la conducta y existe representación del resultado típico, pero mientras en el dolo eventual se asume indiferencia ante ese probable resultado, en la culpa consciente se espera que no producirá

b) DELITOS DOLOSOS INCONSCIENTES - También conocidos como delitos dolosos sin previsión o sin representación. En ellos, el agente activo no prevé la posibilidad de que emerja el resultado típico, a pesar de ser previsible. Tampoco prevé lo que debió haber previsto. Según la mayor o menor facilidad de prever, se le clasifica en lata (se determina cuando el resultado hubiera sido previsto por cualquier persona), leve (si tan sólo se hubiera previsto por alguien cuidadoso) y levisima (cuando se hubiese previsto por alguien muy diligente)

Ahora bien, la distinción entre culpa consciente y dolo eventual, es que aun cuando en una como en otra hay la voluntariedad de la conducta causal y representación del resultado típico; en el dolo eventual se asume indiferencia ante el resultado, se menosprecia, en la culpa con previsión no se quiere, antes bien, se abriga la esperanza de que no se producirá

Por otra parte, también resulta menester señalar que en los delitos culposos (no intencionales o de imprudencia) también existe menosprecio por el orden jurídico; hay una actuación voluntaria que omite las cautelas o precauciones necesarias para hacer llevadera la vida en común

La necesidad de mantener incólumes la seguridad y el bienestar sociales mediante el Derecho, requiere que este no únicamente imponga el deber de someterse a sus exigencias, sino también la obligación de obrar con todas las cautelas y precauciones

indispensables para la conservación del propio orden jurídico, impidiendo su alteración; por ello al lado de los delitos dolosos se sancionan también los culposos. Por medio de la culpa se ataca igualmente, aunque en menor grado, ese orden jurídico imprescindible para la existencia y conservación de la vida misma de la colectividad.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** La libertad es la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos, dicha facultad se realizará sin más limitaciones que las señaladas por la moral y por el Derecho. En tanto, la tentativa es la ejecución incompleta de actos encaminados, directa e inmediatamente, a *cometer un delito que no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente*

**SEGUNDA.-** La libertad provisional del procesado reviste dos formas: libertad provisional bajo protesta y libertad provisional bajo caución. La primera también es conocida como libertad potestatoria, y es aquella que se concede al procesado bajo palabra de honor, siempre que se llenen o cubran determinados requisitos preestablecidos al efecto. Mientras que la libertad provisional bajo caución es aquella a que tiene derecho todo acusado siempre que el máximo de la sanción corporal correspondiente al delito imputado no exceda de cinco años de prisión teniéndose en cuenta, en caso de acumulación de delitos, el máximo de la pena del delito más grave.

**TERCERA.-** La libertad bajo caución, data, como gran parte de las instituciones jurídicas, del antiguo Derecho Romano; desde la Ley de las XII Tablas, se estableció que, en determinados casos, las personas con posibilidad económica otorgarán una caución en favor de los pobres para obtener su libertad provisional. En nuestro país, esta figura que regula en los Códigos de Procedimientos Penales de 1880 y de 1884. El primero indicaba

que procedía cuando la pena correspondiente al delito no excediese de cinco años; en el segundo ordenamiento, se amplió el término señalado hasta siete años. En 1996, se realizaron diversas reformas en las cuales se exigía que el procesado otorgará tres diversas garantías para poder gozar de libertad caucional: a) Por el monto estimado de la reparación del daño; b) Por las sanciones pecuniarias, que en su caso, puedan imponérsele, y c) Una tercera para caucionar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

**CUARTA.-** En contraposición a la libertad bajo caución, la libertad provisional bajo protesta, no es una garantía instituida en la Constitución Política Federal; es un derecho establecido en las normas legales del procedimiento, para cuya obtención no se requiere satisfacer ningún requisito de tipo económico, como aquélla, sino de orden moral. Siendo así, Es un derecho potestativo para el beneficiario, en cambio, para el juez es un deber concederla, siempre y cuando estén satisfechas las exigencias legales del caso.

**QUINTA.-** La por desvanecimiento de datos, es considerada en la legislación procesal penal como un incidente, y consiste en una resolución judicial, a través de la cual el juez instructor basado en prueba indubitable, considera que se han desvirtuado los elementos fundamentales en que sustentó el auto de formal prisión o de sujeción a proceso y ordena la libertad del procesado. Es importante advertir que este incidente fue regulado en los Códigos de Procedimientos Penales, anteriores al vigente. En el de 1880 se señalaba que, en cualquier estado del proceso, cuando se hubieren desvanecido los fundamentos en que se apoyó la detención o la privación preventiva, previa audiencia del agente del

Ministerio Público procedía a decretar la libertad del procesado. Mientras tanto, el ordenamiento procesal de 1894 conservó el mismo término, agregando que en los supuestos anotados procedía la libertad bajo protesta, confundiendo esta última con la libertad por desvanecimiento de datos. Por último, la legislación vigente, enmendó este error y por ello, las considera en forma separada

**SEXTA.-** En la práctica procesal penal, comúnmente a los vocablos caución y fianza se les atribuye el mismo significado, no obstante, la caución denota garantía y fianza una forma de aquélla; por lo tanto, caución es el género y fianza una especie, siendo que la primera significa que la garantía debe ser en dinero en efectivo; y la segunda constituye la póliza expedida por una institución de crédito, capacitada legalmente para otorgarla

**SÉPTIMA.-** Existe una pluralidad de formas para garantizar la libertad provisional, a través de diversos contratos accesorios de garantía, tales como la fianza, el arraigo, entre otras; las cuales aseguran el cumplimiento de una obligación mediante la afectación pecuniaria para que se determine la libertad del procesado

**OCTAVA.-** La tentativa se constituye a través de los actos ejecutivos encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto. Nuestro Código Penal se refiere expresamente a *ejecutar u omitir la conducta en la tentativa*. Ahora bien, para que la tentativa sea sancionable, el numeral antes citado precisa que la resolución de delinquir se exteriorice ejecutando la conducta que debería producir el

resultado delictivo, u omitiendo la adecuada para evitarla, si no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Por lo tanto, si el delito no se consuma por causas dependientes de la voluntad, habrá impunidad

**NOVENA.-** Los delitos graves son aquellos en los cuales la conducta antijurídica vulnera con sumo perjuicio para el agente pasivo, los bienes jurídicamente tutelados, tales como la vida, la seguridad, la moral y los bienes, siendo su transgresión en múltiples ocasiones de difícil o imposible reparación

Ahora bien, es importante advertir que el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, únicamente se hace alusión a que éstos afectan de manera significativa los valores fundamentales de la sociedad, y clasificándolos posteriormente en los siguientes, a saber: homicidio por culpa grave, terrorismo, evasión de presos, ataques a las vías de comunicación, corrupción de menores, trata de personas, explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, violación, homicidio, secuestro, robo calificado, extorsión y despojo

**DÉCIMA.-** Por lo anteriormente expuesto, resulta menester la modificación y adecuación de la normatividad procesal penal conducente, para que se constituya una procedencia legal de la libertad provisional en la tentativa de los delitos graves. Ya que si bien es cierto, que el Estado pretende en forma loable salvaguardar valores de suma trascendencia para la sociedad, no se puede equiparar la comisión material de un delito,

con la pretensión (en múltiples ocasiones frustrada) del agente activo, por lo tanto resultaría idóneo una sanción efectiva, pero menos coercitiva para este tipo de delitos

## BIBLIOGRAFIA.

1. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Derecho Procesal Mexicano", Tomo I, 2ª ed , Edit Porrúa, S.A , México, 1985.
2. Arilla Bas, Fernando, "El Procedimiento Penal en México", Editores Mexicanos Unidos, México, 5a ed , 1993.
- 3 Barrita López, Fernando, A "Averiguación Previa", 2ª ed , Edit Porrúa, S.A , México, 1993
- 4 "Prisión Preventiva y Ciencias Penales" (Enfoque interdisciplinario). Edit Porrúa, S A México, 1990.
- 5 Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas Raúl "Derecho Penal Mexicano, Parte General" 18a. ed. Editorial Porrúa, México, 1995
- 6 "Código Penal Anotado", 18a ed Editorial Porrúa, S A México, 1995
7. Castro Juventino, V "El Ministerio Público en México", 2ª. ed , Edit Porrúa, S A México, 1995.
8. Castellanos Tena, Fernando "Lineamientos Elementales de Derecho Penal" Edit Porrúa, S.A México, 1997
- 9 Colín Sánchez, Guillermo, "Derecho de Procedimientos Penales", Edit Porrúa, S A , México, 16ª ed., 1997.
- 10 García Ramírez, Sergio, "El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano", 1ª, ed , Edit Porrúa, S A México, 1996
- 11 González de la Vega, Francisco "Derecho Penal Mexicano, Los Delitos" 26a Ed Editorial Porrúa, S A México, 1996
- 12 Herrera y Lasso, Eduardo, "Garantías Constitucionales en Derecho Penal", Instituto de Ciencias Penales, México, 1994

13. Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, "El Sistema Penal en la Constitución", Edit. Porrúa, S.A., México 1990
14. Jiménez de Asúa, Luis "Tratado de Derecho Penal. Tomo VII" Edit. Lozada, Buenos Aires, Argentina, 1987
15. Jiménez Huerta, Mariano. "Derecho Penal". Edit. Porrúa, S.A. México, 1993.
16. López Betancourt, Eduardo. "Delitos en Particular" Tomo II, 3a. ed. Edit. Porrúa, S.A. 1997
17. Madrazo, Carlos, A. "La Reforma Penal", 2ª. ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1989
18. Moreno Gonzalez L., Rafael "Ensayos Médicos y Criminalísticos. Edit. Porrúa, S.A. México, 1989
19. Osorio y Nieto, César Augusto, "La Averiguación Previa", 7ª de., Edit. Porrúa, S.A. México, 1996
20. Orellana Wiarco, Octavio "Manual de Criminología" Edit. Porrúa, S.A. México, 1997.
21. Pina Vara, Rafael, "Diccionario De Derecho", 21ª. ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1995

#### OTRAS FUENTES

Diccionario Jurídico Mexicano, Edit. Porrúa, S.A. México 1997

Enciclopedia Jurídica OMBFA, Editorial Driskill, Argentina Buenos Aires, 1990.

#### LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS 1997

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, 1997.

JURISPRUDENCIA EN CD EDITADO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, 1997