

350



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN**

**INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO
340, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS
PENALES DEL ESTADO DE MEXICO, POR
RESTRINGIR LA GARANTÍA DE LIBERTAD
CAUCIONAL**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A:

ALFREDO ORTEGA CERON

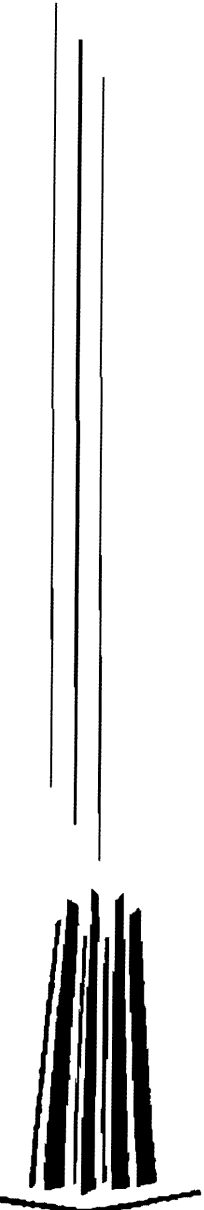
[Handwritten signature]

ASESOR:

LIC. JUAN JESUS JUAREZ ROJAS

MÉXICO

2000





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.

**CON GRATITUD, CARINO Y AMOR A
JESUS-CRISTO, QUIEN NOS ENSEÑO QUE:**

La libertad es el bien más deseado por todos los hombres. Pero, ¿Como conseguirla?. ¿Como puede un hombre ser libre? **Jesús de Nazaret** es el espejo del hombre libre y la guía por excelencia para alcanzar la libertad: Su comportamiento fue según sus propias convicciones; siempre hizo el bien nunca se ató a nada ni a nadie que no fuera el bien para él y para los demás; él fue dueño de sí mismo y de su vida; libre en sus palabras para decir siempre la verdad; libre para hacer siempre el bien que su conciencia le dictaba, así tubiera que correr riesgos; libre frente al tener, al poder y al éxito.

Tenemos que mirar a ese Jesús para descubrir la verdadera libertad.

DEDICATORIA

A MIS PADRES

Sr. Guillermo Silvano Ortega Sandoval y
Sra. Cristina Cerón Mendoza;

Con profundo respeto, como ínfimo tributo a su gran amor, entereza y nobleza; y como pobre reconocimiento al invaluable incentivo que siempre significan para mí, para mis hermanos y para mis hijos.

A MIS HERMANOS:

Silvia, Evangelina, Ma. Laura, Luis Antonio y Margarita, con cariño y gratitud por ese gran apoyo moral y comprensión que siempre me han brindado.

A MIS MAS GRANDES TESOROS

Alfredo Misael, Alfredo Juan de Jesús y Jorge Alfredo.

A MIS TRES LINDAS PRINCESAS.

Sandy Vanessa, María Cristina y Laura Gabriela

Con la firme ilusión y esperanza de que este trabajo de investigación profesional, constituya para ellos una motivación muy especial, para la realización de sus metas y anhelos, con la firme promesa de que mientras Dios me lo permita, siempre estaré a su lado para apoyarlos en sus decisiones, cualesquiera que estas sean.

AGRADECIMIENTO

PARA ALGUIEN MUY ESPECIAL:

Con la firmeza de mis sentimientos y con la sinceridad que brota de mi corazón, dedico este trabajo de investigación profesional a un ser especial, que llena de ternura y alegría mi existencia, me refiero sin duda alguna a: Ma Florentina Gutiérrez López, gracias por tu amor y comprensión, pero sobre todo por permitirme compartir la vida a tu lado y por mis hermosos angelitos.

D E D I C A T O R I A

A LOS INTEGRANTES DEL JURADO:

C. LIC. ROBERTO VILLALOBOS GALLARDO.

C. LIC. JUAN JESUS JUAREZ ROJAS,
con respeto y agradecimiento por la
sabiduria con que dirigiò esta tèsis.

C. LIC. ALEJANDRO PEREZ NUNEZ.

C. LIC. MARISELA VILLEGAS PACHECO.

C. LIC. LEOPOLDO RANGEL CANCINO.

A MI ACTUAL JEFE Y AMIGO:
LIC. ARMANDO ECHEVERRIA VAZQUEZ.

A UN GRAN AMIGO Y A SU FAMILIA:
LIC. HORACIO GOMEZ MORALES.

CON CARINO Y GRATITUD A MI ACTUAL INSTITUCION:
PRECEPTORIA JUVENIL DE TEXCOCO, Y A LA
DIRECCION GENERAL DE PREVENSION Y READAPTACION
SOCIAL DEL ESTADO DE MEXICO.

DEDICATORIA

Con profundo respeto y admiración dedico este trabajo de investigación profesional, a quienes sin proponerselo, me motivaron y moralmente me apoyaron para convertirlo en realidad, me refiero sin duda y en general a todos mis ex-compañeros del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, y muy en especial a los Licenciados RODOLFO ANTONIO BECERRA MENDOZA Y SANTIAGO RODRIGUEZ ROJO, ejemplos de dedicación, responsabilidad, lealtad, eficiencia y compañerismo; ustedes maestros son un ejemplo a seguir, Gracias por su amistad y por las enseñanzas transmitidas. Y muy particularmente al Ciudadano Magistrado Lic. ABEL VILLICANA ESTRADA, a quien le doy las gracias por ser un hombre de gran calidad moral, un ser humano maravilloso, cuyos consejos sobre los valores para muchos olvidados no han sido solo palabras, sino ejemplos vivos y palpables. Por que ha demostrado que la responsabilidad, la eficiencia, la solidaridad y la lealtad no son tan solo palabras escritas, sino lazos reales de unidad entre compañeros de una misma institución, y aunque a la fecha no formo parte activa de la misma, aún en lo profundo de mi formación profesional, me siento parte integrante de esa honorable familia de verdad y de justicia.

Sinceramente el autor.
Otoño/99.

INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 340, DEL CODIGO
DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MEXICO,
POR RESTRINGIR LA GARANTIA DE LIBERTAD CAUCIONAL.

I N D I C E

Págs.

INTRODUCCION

I

C A P I T U L O P R I M E R O

LOS DERECHOS HUMANOS Y EL ANTECEDENTE LEGISLATIVO
INMEDIATO DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

A) Generalidades.....	1
B) Naturaleza y Carácter de los Derechos del Hombre.....	16
C) Teorias que explican los Derechos Humanos.....	18
a) Naturista.....	19
b) Socialista.....	20
c) Legalista.....	21
D) La Libertad y los Derechos Humanos.....	23
E) Fundamento de los Derechos del Hombre.....	28
F) Los Derechos Humanos y las Garantias Individuales.....	30
a) Análisis del Concepto.....	33
b) Definición de Garantía.....	40
c) Características y Extensión de las Garantías Individuales.....	44
G) La Constitución de 1857, antecedente Legislativo	

Inmediato de las Actuales Garantías Individuales.....	49
H) Las Garantías Individuales en la Constitución de 1917.	59
I) Clasificación de las Garantías Individuales en la Constitución Política de 1917.....	69

C A P I T U L O B E G U N D O .

LA PRISION PREVENTIVA Y LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD CAUCIONAL.

A) Generalidades.....	73
B) La Prisión Preventiva y la Presunción de Inocencia....	78
a) Nociones Generales de la Prisión Preventiva en México.....	90
b) Naturaleza Jurídica de la Prisión Preventiva.....	95
c) Modalidades Jurídicas para que Procada la Prisión Preventiva.....	101
d) Diferencia de la Prisión Preventiva y otras Figuras Jurídicas Afines.....	111
e) Efectos y Consecuencias de la Prisión Preventiva...	123
C) La Garantía Constitucional de Libertad Provisional Bajo Caución.....	127
a) Concepto.....	132
b) Naturaleza Jurídica.....	135
D) La Libertad Provisional Bajo Caución en la Constitución de 1857.....	138

E) La Libertad Provisional Bajo Caución en la Constitución de 1917.....	139
F) Su Evolución.....	143
a) Primera Reforma en el año de 1948.....	145
b) Segunda Reforma en el año de 1985.....	147
c) Tercera Reforma en el año de 1993.....	149
G) La Libertad provisional Bajo Caución en el Código de Procedimientos Penales del Estado de México, de 1960..	153

C A P I T U L O T E R C E R O

RESTRICCIÓN DE LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD CAUCIONAL.

A) Contenido Actual del Artículo 20 Constitucional Fracción I.....	157
B) Contenido Actual del Artículo 340 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México.....	163
C) La Garantía Constitucional de Libertad Provisional Bajo Caución.....	165
a) Autoridad y Momento para solicitarla.....	169
b) Sus Excepciones.....	171
c) Su restricción Constitucional.....	175
d) Asequibilidad de la Caución.....	179
e) Modificación del Monto Inicial.....	183
f) Exigencias Constitucionales para su Otorgamiento...	189

g) Su revocación.....	200
D) Restricción de esta Garantía por el Artículo 340 In Fine.....	207
E) Significado Gramatical del Término Caución.....	218
F) Sentido de la Expresión Caución en la Exposición de Motivos.....	221
G) Regulación de la Caución en otras Legislaciones Secundarias.....	227
a) En los Artículos 399 y 403 del Código Federal de Procedimientos Penales.....	230
b) En los Artículos 556 y 561 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal....	231
H) Supremacía de la Constitución.....	232
a) Contenido del Artículo 1o. Constitucional.....	235
b) Contenido del Artículo 133 Constitucional.....	236
c) Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	238
CONCLUSIONES.....	242
BIBLIOGRAFIA.....	249

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

La presente tesis profesional es la resultante de una inquietud personal por un tema que ha conjugado ideales y esfuerzos tanto en lo individual como en lo colectivo, a lo largo de la historia de la humanidad; la libertad.

Pensar, estudiar o hablar de los Derechos Humanos, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados, de ahí la lucha por su consecución plena en todos los ámbitos de la vida social.

La libertad al igual que los demás derechos humanos constituyen el objeto de estudio del quehacer intelectual, y al mismo tiempo son compromiso de acción, su referente directo: el hombre concreto, el de carne y hueso, aquél que goza pero que también sufre injusticias, conduce la reflexión al fértil terreno de la vida diaria, a la cual todos los individuos de la sociedad se encuentran obligados y comprometidos ha mejorar desde sus particulares esferas de acción.

Después del derecho a la vida, la libertad se ha convertido en la prerrogativa más importante para los individuos de cualquier sociedad, pues de cualquier forma que

sería la vida si no se cuenta con la capacidad de decidir como se quiere llevar a cabo la misma. En consecuencia el derecho a la vida y el derecho a la libertad son derechos del individuo que cada día se ven más inseparables uno del otro, pues entrañan un vínculo indisoluble.

Es por ello que a través de la historia de la humanidad se ha conocido el gran antagonismo, a veces individual pero en su gran mayoría masivo por defender el derecho a la libertad entre quienes desean se les reconozca y quienes han pretendido por cualquier medio violarlo, ignorarlo o limitarlo.

Como resultado de las constantes luchas y esfuerzos en los que la humanidad ha derramado su propia sangre, se tiene el reconocimiento del derecho a la libertad en sus diversas manifestaciones (libertad personal, de pensamiento, de crédito religioso, de trabajo, etc.) a nivel constitucional, lo que garantiza que todos podrán ejercer su libertad, la cual no podrá ser restringida ni suspendida, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece en su artículo 29. Y es en esta área jurídica donde se encuentra el antecedente directo del presente trabajo de tesis profesional, ya que a través del mismo, se pretende formular algunas reflexiones a cerca de un caso concreto en el que la garantía individual de libertad provisional bajo caución, se vé restringida inconstitucionalmente, en el Estado de México, por un ordenamiento de carácter secundario, como lo es el artículo 340 in fine, del Código de Procedimientos Penales vigente en dicha entidad federativa.

Es de explorado derecho que cuando a un individuo se le imputa la comisión de hechos considerados como delito, es privado de su derecho a la libertad personal, por encontrarse sujeto a un procedimiento penal. es entonces que al darse dicha privación de la libertad ya sea por orden de aprehensión, detención o prisión preventiva, cuando surge una posibilidad para que el inculpado pueda ser reintegrado a su libertad personal (siempre y cuando no se trate de un delito grave) a través de la institución denominada libertad provisional bajo caución. Por lo que esta figura jurídica constituye un medio que auxilia a la impartición de justicia, procurando reconocer el máximo respeto a los derechos de quién esté sujeto a un procedimiento penal, quién en todo momento goza y se beneficia del principio universalmente reconocido en la gran mayoría de las legislaciones del mundo, denominado: presunción de inocencia. Es decir, la libertad caucional se convierte en un conciliador entre los intereses de la sociedad que exige justicia y los derechos del individuo a quién se le imputa la comisión de un delito.

Dada la importancia que para el hombre representa su libertad personal, es que la figura jurídica de la libertad provisional bajo caución, ha ido evolucionando a lo largo de la historia jurídica mexicana, en la fracción I del artículo 20 constitucional, citando como ejemplo de esta afirmación, el que en la exposición de motivos de la iniciativa a la tercera reforma se establece, como propósito de la misma, el que ésta otorga de manera más amplia el derecho a gozar de la libertad

provisional bajo caución; y por su parte el dictamen correspondiente señala: Que en caso que exista un conflicto grave entre el derecho del inculpado (libertad caucional), con el interés de la víctima o del ofendido (reparación del daño), se deberá preferir el de la libertad de quien no ha sido declarado culpable sobre aquél interés que protege a la víctima, en razón del principio de presunción de inocencia, y de preponderancia de la libertad frente a los bienes tutelados por los delitos que alcanzan genéricamente éste beneficio.

Sin embargo y no obstante los señalamientos anteriores, en la parte final del artículo 340 del Código de Procedimientos Penales, vigente en el Estado de México, se exige que la garantía a que se refiere la fracción I (reparación del daño) de dicho artículo, **deberá ser siempre mediante depósito en efectivo**, excluyendo de esta manera en perjuicio del inculpado, cualquier otra forma de caución, como la fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso, e ignorando con esta medida el legislador secundario, que el propósito político-penal de las reformas ha sido: El que a través de las mismas, se otorga de manera más amplia el derecho a gozar de la libertad provisional bajo caución.

Esta limitante en la legislación penal del Estado de México, restringe y hace nugatoria la garantía de libertad caucional en perjuicio del inculpado, resultando su redacción contraria: En primer término, al mandato supremo que ordena que el monto y la forma de caución que se fije, debiera ser asequible para el inculpado. Aunque con la restricción antes

señalada, no se entiende como es que la ley secundaria pueda hacer acccesible dicha caución al inculpado, si tratándose de reparación del daño, no le dá alternativas de caución.

En segundo lugar, su redacción también es contraria al contenido del artículo 10., de la Constitución Polftica, el cual establece: Que las garantías que otorga no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

La observación de esta problemática es lo que ha motivado y despertado el ánimo e interés para la realización de esta investigación, con la finalidad de que al término de la misma se arribe a las conclusiones que deberán establecer la inconstitucionalidad en que incurre, el artículo 340 in fine, del Código de Procedimientos Penales del Estado de México y consecuentemente, en su caso, se pretende hacer reflexionar al legislador secundario sobre la necesidad y urgencia de reformarlo para ajustarlo y adecuarlo a los actuales lineamientos constitucionales que tienden a hacer eficaz y accesible la garantía de la libertad caucional, todo ello en beneficio de la sociedad en su conjunto, pero de manera muy especial en beneficio de la población que habita en el Estado de México, que al igual que en la gran parte de la república mexicana, viven en condiciones de miseria y pobreza, lo que les reduce muy notoriamente sus ya de por si escasas posibilidades de poder acceder al beneficio de esta garantía constitucional, ocasionando con ello que sea ésta gente la que historicamente ha sobre poblado las carceles de México.

Es por lo anterior el interés de contribuir de esta manera a través del presente trabajo de investigación, que de ninguna forma pretende dar origen a un tratado de derecho, ha que no se agravie más a los inculpados sujetos a un proceso penal, en la esfera de sus garantías individuales.

En tal virtud y dado el planteamiento del problema, ha esta tesis se ha denominado **INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 340 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MEXICO, POR RESTRINGIR LA GARANTIA DE LIBERTAD CAUCIONAL.**

La presente investigación se ha planeado detallando tres capítulos que concentran y limitan su estudio de manera muy especial en torno a la figura jurídica denominada: La garantía constitucional de libertad provisional bajo caución, y toda vez que no es objetivo de este trabajo efectuar un estudio histórico de la misma, ni ampliar su estudio a sus tipos o modalidades en legislaciones secundarias, es por ello que únicamente en el capítulo primero con la sola intención de ubicar a la materia a estudio en el amplio contexto del universo jurídico, se habla en términos muy generales de los derechos humanos y de la constitución política de 1857, como antecedente legislativo inmediato de las actuales garantías individuales.

En el Capítulo Segundo a manera de introducción al estudio de la figura central de esta tesis, se hace una serie de reflexiones a través del análisis de la prisión preventiva, y de la presunción de inocencia, concluyendo el capítulo con el estudio de la libertad caucional, su concepto, naturaleza

Jurídica, su antecedente inmediato, su redacción original en la constitución de 1917 y su evolución a través de sus reformas, así como su regulación anterior a la tercera reforma en la Ley Penal adjetiva del Estado de México.

En el capítulo tercero la investigación tiene como finalidad demostrar la restricción de la cual es objeto la garantía de libertad provisional bajo caución, en el artículo 340 in fine del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, y para ello se parte del estudio del contenido actual de la fracción I del artículo 20 constitucional, analizando todas y cada una de sus modalidades, excepciones, principios y exigencias para su procedencia y otorgamiento. A su vez se efectúa el análisis de la parte final del citado artículo 340, para determinar si efectivamente éste restringe la garantía constitucional de libertad provisional bajo caución, y para lo cual resulta necesario analizar el significado gramatical del término caución, así como su sentido en la exposición de motivos y su regulación en otras legislaciones secundarias. Todo esto con la sola intención de que el resultado de ésta investigación debidamente razonado y fundado en el principio de supremacía constitucional, permita formular las conclusiones o resultados científicos que propongan las soluciones al problema formulado.

Finalmente se debe decir, que si las cuestiones planteadas encuentran respuesta en este trabajo de investigación y si, a la vez, cualquier limitante del mismo motiva a futuros estudios sobre el tema y si a estos se suma, además, la reafirmación y

la obtención de nuevas reflexiones jurídicas, entonces se podría afirmar que las razones más suficientes para la elaboración de una tesis profesional han dado fruto.

CAPITULO PRIMERO

LOS DERECHOS HUMANOS Y EL ANTECEDENTE LEGISLATIVO INMEDIATO DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

A) GENERALIDADES .

La idea de los Derechos Humanos es resultado del desarrollo histórico en la búsqueda por arribar a niveles y formas de convivencia comunitaria basadas en el imprescindible principio del respeto a la dignidad humana.

A lo largo de la historia han sido muy pocas las ideas que solidaricen e identifiquen tan firmemente las convicciones de la humanidad como la lucha por sus derechos fundamentales.

Los Derechos del Hombre como también se les denomina, constituyen en su origen una idea política expresada en la exigencia del respeto necesario e ineludible del Estado a la libertad e igualdad de la persona, estas prerrogativas o privilegios constituyen el escudo o protección del individuo contra el arbitrio de las autoridades, a efecto de dar sentido y destino a su relación, no solo frente al Estado, sino también frente a sus semejantes.

Los Derechos del Hombre, son aquellos que pertenecen a éste en su calidad de tal, sin relación a su modo de ser en la

sociedad, le corresponden simplemente como hombre y los ha recibido de la naturaleza misma, son preexistentes à toda ley, à toda constitución, à todo orden social, la Constitución no los crea ni establece, sino que simplemente los reconoce y establece las garantías propias para su libre ejercicio.

José María Lozano al referirse a los derechos del hombre dentro de la Constitución de 1857, lo expresa de la siguiente forma: "La Constitución no los designa ni los enumera, anuncia simplemente que ellos son la base y objeto de las instituciones sociales, y en consecuencia, que las leyes y las autoridades deben respetar y sostener las garantías que otorga la Constitución. De esto, inferimos que los Art. 2 à 29 de la sección 1a., no designan los derechos del hombre, sino las garantías, que la misma Constitución acuerda para hacer efectivos aquellos. Los Derechos del Hombre son preexistentes à toda ley, à toda constitución, à todo orden social, la Constitución no los crea, sino simplemente los supone; no los enumera, sino que consideràndolos con relación al orden social, en el variado desarrollo que tiene, ejercidos por los hombres en el seno de la sociedad, establece las garantías propias para su libre ejercicio". (1)

La mera existencia humana, conduce a reconocer que los hombres tienen de por sí de acuerdo a su propia naturaleza y de la dignidad que de ella deriva, derecho a la vida, a la libertad en sus multiples aspectos, a la igualdad, a la

(1) LOZANO, José María; Estudio del Derecho Constitucional Patrio; 2a. Ed.; México; Edit. Porrúa, S.A.; 1972; pp. 124 y 125

propiedad, al trabajo, etc., mediante cuyo ejercicio alcanza su progreso y su destino; y para el debido logro de esas finalidades, particularmente tiene especial derecho a que su dignidad personal, o sea, su existencia, su integridad mental y corporal, así como su libertad de acción, les sean respetados por el Estado.

No obstante que los Derechos Humanos, han existido desde siempre, es decir desde la aparición del hombre en la tierra, sin embargo estos derechos a lo largo de la historia de la humanidad, no le han sido siempre reconocidos por las diferentes formas de organización social que en su momento se han conformado.

En relación a lo anterior Ignacio Burgoa expone lo siguiente: "Es inconcuso que en los tiempos primitivos no es posible hablar no solo de la existencia de los derechos del hombre considerados éstos como un conjunto de prerrogativas del gobernado de observancia jurídicamente obligatoria e imperativa para los gobernantes, sino ni siquiera de potestades o facultades de hecho de que pudiera gozar el individuo dentro de la comunidad a que pertenecía y que constituyesen una esfera de acción o actividad propia frente al poder público".. (2).

Sin embargo, se debe reconocer que si la ley constitutiva de cualquier forma de organización social no garantiza ningún derecho del hombre, tales derechos resultan meras concepciones

(2) BURGOA, Ignacio; Las Garantías Individuales; 2^a ed.; México; Edit. Porrúa, S.A.; 1993; p. 58

teóricas sin aplicación práctica, pero antes que la realidad positiva de los derechos del hombre, hay que considerar su naturaleza intrínseca, independientemente de si son o no efectivos, con la advertencia de que, si la Ley Constitutiva de determinada sociedad o Estado, no menciona ni garantiza ningún derecho del hombre, tal omisión o arbitrariedad no significa que los humanos afectados no los tengan, sino que simplemente les son desconocidos, por este Estado, aunque parece claro que si los tienen deben serles reconocidos bajo la forma de otorgamiento, de declaración o de cualquier otra, pues tal desconocimiento necesariamente indica la falta de evolución y superación espiritual de las diferentes formas de organización social que se han conformado a lo largo de la historia de la humanidad.

Esto lo expone claramente Luis Bazdresch, cuando señala: "Por su naturaleza, el hombre es un ser consciente, autónomo y racional, dotado de voluntad, de criterio y de libre albedrío, que vive y actúa en un clima social y político, animado de la constante tendencia de lograr su subsistencia y la de quienes dependen de él, así como de la de procurar el mejoramiento de su situación personal y familiar. La misma naturaleza le ha dotado de las aptitudes corporales y mentales adecuadas para la realización de esas finalidades, tales como las manos para trabajar, las piernas para trasladarse de un lugar a otro, el habla, la inteligencia en sus distintas manifestaciones, la decisión, el esfuerzo, etc., y como sería absurdo que tales aptitudes, permanecieran ociosas, debemos entender que también

por su propia naturaleza el hombre está facultado para ejercerlas con el objeto de utilizar los medios que naturalmente tiene a su alcance para su desenvolvimiento y progreso; en términos generales, esos medios consisten en su propia vida, la libertad, la igualdad, la propiedad, la posesión, la educación, la habitación o domicilio, el trabajo en sus diversos aspectos, como el comercio la industria y el arte, la expresión de sus ideas y su publicación, la asociación y la reunión, la trasiación y los viajes, las creencias religiosas, pues sin el disfrute de esos medios el hombre quedaría equiparado a los demás animales que subsisten a merced de los elementos naturales y sin más actividad que procurar claramente su alimentación". (3)

De lo anterior se deduce que los derechos humanos han existido desde la aparición del hombre en la tierra, es decir, que son concomitantes a la naturaleza del hombre, puesto que no provienen de Ley alguna, sino directamente de la calidad y de los atributos naturales del ser humano, y por lo tanto, hay que distinguir entre derechos humanos, que en términos generales son facultades de actuar o disfrutar, y garantías, que son los compromisos del Estado de respetar la existencia y el ejercicio de esos Derechos. Al efecto Antonio Truyol señala: "Decir que hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico espiritual que es el nuestro equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho

(3) BAZDRESCH, Luis; Garantías Constitucionales; 2a. ed.; México; 1983; Edit. Trillas; pp. 12 y 13

de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados" (4).

El respeto a los derechos humanos, bien puede ser el indicador para medir en que grado las formas de organización social han evolucionado y están a la altura del espíritu del hombre.

Cualquier reflexión sobre el origen de los derechos humanos esta ligada y necesariamente relacionada en la idea de la naturaleza propia del hombre y de la dignidad que de ella deriva, el ser humano reviste ciertas características y valores, que requieren ser resaltados, enmarcados y reconocidos por las normas jurídicas, con la idea de protegerlos y permitir su pleno desarrollo, para la realización del hombre como tal. Esta forma de pensar y de considerar al hombre se ha denominado iusnaturalista o de derecho natural, puesto que se basa en consideraciones acerca de la naturaleza del hombre y de su relación con una determinada idea de la justicia, independientemente de criterios subjetivos e históricos.

El derecho natural ha estado presente a lo largo de toda la historia del pensamiento de la humanidad, y de manera especial en el político y jurídico, como una característica permanente y constante de la preocupación del hombre respecto a la justicia en sí.

(4) Cit. Por LARA PONTE, Rodolfo; Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano; 2a. Ed.; México; Edit. Porrúa, S. A.; 1997; p. 16

Para el iusnaturalismo existe un orden propio de la naturaleza, que otorga a cada uno de sus elementos un nivel distinto, del que emanan principios de convivencia y relación que se funden en la naturaleza racional del hombre: En consecuencia toda norma jurídica ha de definirse en completa armonía y concordancia con el papel de ser superior, que de manera natural le fué dado al hombre

Respecto al iusnaturalismo en la historia del pensamiento de occidente, Rodolfo Lara Ponte, expone lo siguiente: "Los primeros escritores cristianos plantearon la existencia de una ley natural (de ese orden natural antes dicho), que exigía un trato común para los hombres. San Ambrosio valida en el siglo IV el concepto de *lex naturalis*, tomado directamente de Cicerón, afirmando que la naturaleza es criatura de Dios. Antes lo había hecho Tertuliano (siglo II), quien afirmaba que la naturaleza es maestra del alma, pero que Dios es maestro de la misma maestra. Para San Agustín la ley natural es la participación de la ley eterna en el hombre. Santo Tomás de Aquino -con un fuerte fondo agustiniano- reitera a la ley natural como expresión de la ley eterna, poniendo como finalidad de aquella la vida eterna. Para el tomismo, la ley natural es la razón de Dios en el hombre". (5).

En relación al origen del iusnaturalismo moderno, este fue fuertemente influenciado por el tomismo, quien a su vez recibió la influencia del estoicismo, el ciceronismo y sus

(5) *Ibidem.*, p. 17

ideas de convergencia o coexistencia de la Ley natural y la razón.

En el siglo XVI, fue el pensamiento de Francisco Suárez, el que sirvió como puente de unión o enlace entre el pensamiento medieval de corte o característica tomista y el principio de modernidad, representado por la doctrina de Hugo Grocio, quien en el siglo XVII, afirmaba que el derecho natural había sido dictado por la razón, y que era independientemente de cualquier participación divina, quitándole todo resquicio de sobrenaturalidad y humanizándolo.

Fue John Locke, quien en el año de 1690, en su obra Ensayos sobre el Gobierno Civil, sentó en definitiva los fundamentos teóricos del iusnaturalismo moderno y consecuentemente con ello, de su núcleo fundamental; los derechos humanos. En su obra Locke argumenta que el poder civil nace para garantizar la libertad de los individuos que se agrupan de común acuerdo para dar origen a la sociedad organizada políticamente, a su vez considera que el hombre tiene por naturaleza derechos fundamentales, enumerando entre otros, el correspondiente a la vida, la libertad, la seguridad, y la propiedad, en esencia en su doctrina expone que el estado debe garantizar que los derechos naturales del hombre, no sean conculcados por sus actos ni por los de otros individuos, esta importante premisa fue más tarde desarrollada doctrinalmente por Kant y Rousseau, y ella es el común denominador de toda idea de liberalismo, en tanto la filosofía de la libertad.

En el iusnaturalismo moderno, los derechos humanos son el

elemento por el que el liberalismo plantea las limitantes al poder a través de la suma de asentamientos individuales que convienen en fincar las relaciones necesarias para una convivencia civilizada y estable. De todo esto se desprende que el objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales imprescriptibles del hombre, como ha quedado asentado en el artículo 2o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en Francia, en el año de 1789, y de manera particular por lo que hace al derecho patrio en el artículo 1o. de la Constitución Política de 1857.

En el iusnaturalismo moderno, libertad y derechos humanos se fusionan y entrañan un vínculo indisoluble en una relación que va del principio ideal al contenido del mismo, la libertad es el punto central de los derechos humanos, en razón de que por ella se explica la posibilidad de autonomía del ser humano en la sociedad, así como de los límites de los poderes externos a él, de manera singular y especial los del Estado. Desde una perspectiva estrictamente política este tipo de pensamientos de vinculación entre libertad y derechos humanos, desemboca y da origen de manera directa en las formas democráticas modernas, en las que la sociedad elige sus órganos o cuerpos representativos para la tarea gubernativa, es decir los derechos humanos conforman los principios medulares de los sistemas políticos de corte democrático, independientemente de las particulares características que revisten las formulaciones hechas en las diversas circunstancias de espacio y tiempo que

identifican a los ordenes juridicos contemporaneos.

Los grandes postulados del iusnaturalismo, como la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la justicia son como tales, principios generales del conocimiento filosofico y en su vertiente de conocimiento ideológico politico de la democracia, resulta también necesario abordarlos desde el ámbito juridico, es decir, en el campo en donde tiene lugar la concreción de dichas reflexiones, lo anterior conlleva al campo del orden juridico positivo, el cual ineludiblemente ha resultado condicionado o moldeado en la época moderna y contemporánea por el iusnaturalismo, al incluir ordenamientos tales como los derechos humanos, la separación de los poderes estatales y la supremacia de la Ley en el ejercicio del poder politico.

Por lo antes expuesto resulta claro y evidente que hay plena identidad entre el iusnaturalismo y la idea de los derechos humanos y de las libertades del hombre por las cuales la humanidad ha derramado su propia sangre, esto lo ratifica la historia al recordar que toda lucha y argumentación por dichos derechos se ha hecho bajo el ideal de la libertad que asiste al hombre por su propia naturaleza, esta lucha histórica ha planteado el problema de su puesta en práctica, de su traducción a un orden juridico positivo, es decir de la posibilidad real de hacerlos efectivos en su espacio natural que es la sociedad.

Ahora bien, los derechos humanos y su positivización juridica han suscitado toda una polémica entre filosofos y teóricos centrada precisamente en el fundamento mismo del

derecho, que para los que comparten las posturas iusnaturalistas se encuentra en los principios racionales inherentes a la dignidad de la persona humana; en tanto que para los seguidores del positivismo, dicho orden se origina en el Estado, que reconoce y se autolimita en su accionar respecto al hombre, de esta polémica han surgido tres importantes teorías cuyo objetivo es explicar los derechos humanos y de las cuales más adelante se ocupa el presente capítulo.

En relación a esta polémica, resulta ilustrativo el señalamiento que hace Jorge Carpizo, cuando indica: "Encima del derecho positivo si existe una serie de principios inviolables. Estos principios son la idea de libertad, dignidad e igualdad principios que históricamente se han conquistado y son parte preciosa del acervo cultural humano. Principios Universales, porque la historia de los pueblos coincide en su lucha por hacerlos objetivos. Libertad, dignidad e igualdad de los hombres como principios superiores contra los cuales no puede ir ningún ordenamiento jurídico y ellas conforman y determinan una serie de derechos que según la nación y la época, se manifiestan en derechos humanos". (6)

Los derechos del hombre constituyen una de las más importantes y trascendentales ideas por las que se ha formado el mundo y la historia moderna y contemporánea, pues

(6) *Ibidem*, pp. 19 y 20

constituyen el espacio por el que la persona humana hace valer su dignidad ante el poder del Estado, y a su vez son el dique o caparazón por el que se resguarda ante cualquier tentativa autoritaria de alguna de las instancias del Estado.

Por lo que respecta a la definición de los Derechos Humanos, es necesario indicar que, en la actualidad aún no se cuenta con una definición uniforme, que satisfaga a la mayoría de los tratadistas, en virtud de que agrupan hechos y facultades disímolos, con distintas características y efectos, además de que los autores hacen exposiciones, a veces muy extensas y eruditas, sobre el origen y la naturaleza de esos derechos, pero casi ninguno concluye con una definición propiamente dicha, siendo por esta razón difícil su conceptualización.

Sin embargo se considera pertinente citar la definición proporcionada en el diccionario jurídico mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en el que Jesús Rodríguez y Rodríguez, conceptualiza la noción de derechos humanos como el: "Conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente". (7)

Al mismo Luis Bazdresch, después de reconocer que es difícil dar una definición exacta y precisa de los derechos

(7) *Ibidem*, p. 22

humanos, propone una noción de conjunto, en términos muy generales y no con criterio y lenguaje filosófico ni sociológico, sino desde un punto de vista práctico, por lo que termina por definirlos de la siguiente manera: "Los derechos Humanos son las facultades que los hombres tienen, por razón de su propia naturaleza, de la naturaleza de las cosas y del ambiente en que viven, para conservar, aprovechar y utilizar libre, pero lícitamente, sus propias aptitudes, su actividad, y los elementos de que honestamente pueden disponer, a fin de lograr su bienestar y su progreso personal, familiar y social". (8)

En México desde 1857 al menos, los derechos humanos se encuentran sustantivamente reconocidos y protegidos por el orden constitucional frente a todos los actos de autoridad en que se ejerce el poder público del Estado, esta afirmación encuentra su fundamento en el texto y espíritu del artículo primero de la Constitución Política de 1857 que es el antecedente legislativo inmediato de la actual Constitución Política de 1917. Así, según este precepto, "los derechos humanos o derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, por lo que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente constitución". (9)

De lo anterior se desprende claramente, que el objeto de

(8) BAZDRESCH, Luis; Op. Cit.; p. 34

(9) Cit. Por LOZANO, José María; Op. Cit.; p. 118

preservación de estas garantías estriba en los consabidos derechos humanos ya convertidos en derechos subjetivos públicos de todo gobernado como elementos inherentes a las propias garantías.

El artículo primero de la Constitución Política de 1857, siguió al pie de la letra la doctrina del liberalismo y el sendero marcado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al reconocer la existencia de derechos del individuo anteriores al propio estado, garantizarlos y señalar que son la base y el objeto de las instituciones sociales. Es en base a esta redacción que se ha considerado a la Constitución de 1857, un texto fielmente iusnaturalista.

En 1917 cambió la redacción del texto para señalar únicamente que la constitución otorga las respectivas garantías, más ya no se reconoce la existencia de los derechos, ni se declara que son la base y objeto de las instituciones sociales. Así según el texto vigente, establece:

"Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".

Algunos autores, consideran que el artículo primero de la constitución vigente, no hizo más que refrescar la apasionante polémica que en el último tercio del siglo pasado ocupó a varios de los más distinguidos publicistas, como Vallarta, Justo Sierra y Rabasa, en torno del sentido del artículo 1o. de la Constitución de 1857, así mismo consideran que esos cambios

se debieron a que el constituyente de 1917 abandonó la tesis iusnaturalista para asumir la positivista.

Otros distinguidos, constitucionalistas como Jorge Carpizo y Noriega Cantú, consideran que No existe ningún cambio de tesis, es la misma, solo que la actual constitución ya no expreso la fuente de las garantías que otorgan, omitiendo este aspecto, pero que es indudable que la fuente de las garantías individuales es la idea de los derechos del hombre, incluso el maestro Noriega Cantú, no solo sostiene que la tesis de 1917, es la misma que la de 1857, sino que llega a identificar conceptualmente las garantías individuales con los derechos del hombre. Señalando incluso, que los autores de la Constitución Política vigente, carecían de los elementos doctrinarios suficientes para que cualquiera otra tesis pudiera modificar la expresada en 1857. (10)

Finalmente cabe señalar, que la protección de los derechos del hombre en México, se reitero mediante la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, establecida por decreto presidencial el 6 de junio de 1990, y fue elevada a rango constitucional, mediante una adición que se práctico al artículo 102 de la Ley Suprema como apartado B del mismo, la cual fue publicada el 26 de enero de 1992.

(10) Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas (Colectivo de autores); Estudios Jurídicos en Torno a la Constitución Mexicana de 1917, en su Septuagésimo Quinto Aniversario; 1a. ed.; México; Edit. UNAM; 1992; p. 11.

B) NATURALEZA Y CARACTER DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE.

Al ser humano corresponden toda una variedad de múltiples derechos, es decir, se le atribuyen o reconocen determinados derechos según su condición, ya sea natural o extranjero, menor o mayor de edad, mujer u hombre, soltero o casado, empleado o servidor público, empresario u obrero, militar o civil, etc., pues a cada una de esas maneras de ser y de actuar del hombre en la sociedad, corresponden ciertos y determinados derechos que se clasifican y ubican en grupos bien determinados a los cuales se les llama: Derechos Políticos, Civiles, de Familia, Profesionales, Agrarios, Militares, etc., la Ley garantiza al hombre en el uso y disfrute de esos derechos, algunos de los cuales son creaciones exclusivas de la Ley y en cambio otros reconocen como su primer fundamento los derechos del hombre.

La ley en su desarrollo y evolución gira en torno a una esfera de cierta amplitud por lo que puede modificar estos derechos de diversas maneras para adaptarlos a la índole y exigencias de las instituciones, es decir, a las necesidades y al carácter del pueblo, a los usos consagrados por una larga costumbre, y en general a las circunstancias y necesidades de la sociedad.

De esta manera y sin desconocer que algunos de estos derechos tienen su primer fundamento en la naturaleza misma, como por ejemplo, los derechos que se llaman de patria potestad, a los cuales la ley puede darles más o menos amplitud, con la única condición de que esas modificaciones no

destruyan el derecho. En virtud de lo anterior no se puede desconocer la fuerza obligatoria de las leyes civiles que entre los Mexicanos hacia durar la patria potestad hasta los 25 años y que conforme a la evolución del Código Civil, posteriormente el hijo llegaba a su mayoría de edad a los 21 años y en la actualidad a los 18 años. Esto mismo puede decirse de los demás derechos de familia y en general de los derechos políticos y civiles.

Por lo anterior es evidente la necesidad de diferenciar a los derechos del hombre, de los variados y múltiples derechos que a este corresponden, según su condición, pues ha quedado claro que los derechos del hombre no son de la misma naturaleza de los derechos políticos que corresponden a los ciudadanos, ni los derechos de familia que se relacionan en el estado del hombre, según que es padre o hijo de familia, ni los derechos civiles cuyo variado conjunto regula las relaciones de los hombres, sus actos de la vida civil y las estipulaciones, convenios o contratos que entre sí celebran.

José María Lozano, al referirse a este tema lo expresa de la siguiente manera: "para poder determinar la naturaleza y carácter de los derechos del hombre, se debe buscar en ellos, como un rasgo característico, que simplemente competen al hombre en su calidad de tal, sin relación a su modo de ser en la sociedad, puesto que esos derechos le corresponden por la simple y sencilla razón de que es hombre y los ha recibido de la naturaleza misma, con total independencia de la Ley vigente en el lugar de su nacimiento. Son derechos naturales e importan

las facultades necesarias para su conservación, para su desarrollo y perfeccionamiento, por énde no hay que investigar cuando se trate de alguno de esos derechos, si el que los reclama o exige es hombre o mujer, natural o extranjero, civil o militar, mayor o menor de edad, simple ciudadano o alto funcionario, obrero o empresario, campesino o comerciante; pues tan solo basta que sea hombre, es decir, un individuo de la especie humana, por tanto debemos decir que si para juzgar de un derecho es necesario examinar e investigar la condición o manera de ser del que lo tiene, pretende o reclama en tales condiciones se debe concluir que entonces no se esta ante la presencia de un derecho comprendido entre los que la constitución reconoce como derechos del hombre, cuya característica es el uso perfecto que garantiza la constitución política en la forma que expresa en la sección 1a. del título 10.". (11)

C) TEORIAS QUE EXPLICAN LOS DERECHOS HUMANOS.

Los derechos humanos y su positivización jurídica han suscitado toda una polémica entre filosofos y teóricos, centrada precisamente en el fundamento mismo del derecho, que para los partidarios a las posturas iusnaturalistas se encuentra en los principios racionales inherentes a la dignidad de la persona humana, en tanto para los seguidores del

(11) LOZANO, José María; Op. Cit.; pp. 123 y 124

positivismo, dicho orden se origina en el Estado, que reconoce y se autolimita en su accionar respecto al hombre.

En relación a lo anterior el tratadista Rodolfo Lara Ponte, expresa lo siguiente: "El resultado de esta polémica, ha sido totalmente positivo, pues gracias a ella la disciplina del derecho ha logrado sus más notables avances en los últimos dos siglos. Sus diferencias no representan ideas irreconciliables, pues muchos de sus elementos y conceptos forman parte en nuestros días del acervo general de la disciplina jurídica, y como muestra de la posible síntesis conceptual entre ambas posturas la representan precisamente los derechos humanos, los cuales son hoy el espacio de intersección de un fundamento evidentemente iusnaturalista y de la objetivización de un ordenamiento positivo, eficaz para su ejercicio". (12)

Existen tres teorías principales para explicar la vigencia de los derechos humanos conocidas como: a) Naturista; b) Socialista y c) Legalista.

a) NATURISTA. Esta teoría sostiene que los hombres tienen derechos humanos por razón natural, por la sola condición humana o sea que, por efecto necesario de su mera existencia, en su calidad de ente racional, el hombre tiene los derechos subjetivos que requieren el mantenimiento de la propia existencia y la consecución de sus finalidades naturales, por lo que la razón indica que de la misma manera en que los hombres tienen los órganos físicos adecuados para su actividad,

(12) LARA PONTE, Rodolfo; Op. Cit.; p. 19

tienen también los derechos subjetivos necesarios para su desenvolvimiento y su desarrollo.

Antiguamente se decía que los derechos del hombre eran meras instituciones de derecho natural, y muchos juristas filósofos postulaban que precisamente por esa razón debían ser respetados, aún cuando las leyes escritas nada dispusieran sobre el particular, pues dichos derechos los posee el hombre, por su propia naturaleza y dignidad, derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por esta consagrados y garantizados.

b) SOCIALISTA. Para esta teoría es inútil hablar de derechos humanos sin referirlos a la vida de relación, pues el hombre aisladamente no tiene propiamente ningún derecho, puesto que no hay nadie correlativamente obligado a respetar tal derecho, y así sólo tiene existencia el derecho reconocido por los demás, pues todo derecho implica necesariamente una relación entre su titular y el obligado a acatarlo. Si el hombre vive en la cúspide de un volcán o en el fondo de la selva, es decir, aisladamente, no se enfrenta a otro hombre que debe respetarle los derechos correspondientes a su existencia, a su desarrollo y a la consecución de su destino, por lo mismo, tales derechos no están en peligro de ser atacados, destruidos o desconocidos por otro hombre, y mucho menos por su autoridad. De esta manera nadie podría privarlo de la vida, de su propiedad o de su libertad de acción, si vive precisamente aislado de todo contacto humano.

Los seguidores de esta teoría, consideran que en el ámbito social en que el hombre se desenvuelve, los derechos humanos deben ser reconocidos y respetados mutua y reciprocamente por todos y cada uno de los individuos que componen la humanidad, puesto que cada quien debe tratar a los demás del mismo modo que él quiere que los demás lo traten, y la pretensión de cada quien de tener y disfrutar de esas facultades, le obliga a admitir que todos los demás también las tienen y deben disfrutarlas. Por lo anterior los derechos humanos tienen importancia, relevancia y sentido, solo cuando se considera al hombre en su vida de relación, en su vida de agrupamiento por sus semejantes y particularmente con las actividades de los organismos de imperio ha que un grupo o sociedad determinada este sometido.

c) LEGALISTA. Los tratadistas que comparten esta teoría, consideran que los derechos humanos aunque se estimen justificados en teoría, nada valen y nada significan si no hay leyes que los consagren y que impongan su respeto, pues los derechos definidos en la Ley son los únicos que ameritan protección, pues sostienen que aún cuando los ideales que persigue la humanidad en el contexto histórico espiritual sean tan altos, si estos no están tutelados por la Ley no pueden alcanzar respeto y mucho menos protección de la autoridad, y por ello los seguidores del iuspositivismo, afirman que dicho orden se origina en el Estado, que reconoce y se autolimita en su accionar respecto al hombre.

Luis Bazdresch, al externar su opinión respecto a las

teóricas que explican los derechos humanos, expresa: "que todas y cada una de estas teorías tienen su razón de ser; la primera, la naturalista, en cuanto la existencia y las actividades del hombre justifican que cuente con los derechos adecuados a su desarrollo; la segunda, la socialista, en cuanto a la necesidad de la vida de relación, en un ambiente organizado, para que el reconocimiento de los derechos humanos tengan una finalidad práctica, y la tercera, la legalista, en cuanto a que los derechos que no están tutelados por la ley no pueden alcanzar respeto ni menos protección de la autoridad. Efectivamente, como se viene diciendo, los hombres tienen que tener los derechos indispensables para su desenvolvimiento, para la libre realización de sus actividades, pero aunque deben tenerlos no interesan al Jurista como meras aptitudes humanas, sino únicamente en la vida de relación y particularmente cuando la Ley previene que los órganos gubernativos los respeten; concretamente: si la Ley no reconoce los derechos humanos, de nada sirven, pues ninguna autoridad podría hacerlos efectivos; y se debe advertir que en los últimos tiempos se ha instituido la obligación del Estado de reconocer y de respetar los derechos humanos (13).

En consideración de lo anterior es de señalarse, que los derechos humanos fungen de alguna forma, como mediadores entre

(13) BAZDREZCH, Luis.; Op. Cit.; p. 15

los ideales de la justicia y la definición institucional del cuerpo normativo jurídico para alcanzarlos. Son principios y contenidos de justicia que sirven para inspirar y desarrollar los ordenamientos materiales y concretos del plano positivo del derecho. En ese sentido, más allá de las diferencias iusnaturalistas y positivistas en el plano de la filosofía, se advierte la plena posibilidad de encuentro y complementación, precisamente a partir de los derechos del hombre.

Por lo anterior se puede concluir que como quiera que fuere y cualquiera que sea la teoría que se comparta acerca del origen; natural, social o meramente legal de los derechos del hombre, lo positivo es que la constitución no los crea, puesto que los derechos del hombre son preexistentes a toda ley, a toda constitución, a todo orden social, pero si concede u otorga las garantías adecuadas para su efectividad en el terreno de los hechos, y en su conjunto tales garantías son las instituciones del derecho público que forman el cuadro dentro del cual se tiene el derecho positivo de desarrollar las actividades en el medio social en que se viva.

D) LA LIBERTAD Y LOS DERECHOS HUMANOS

Después del Derecho a la vida, la libertad se ha convertido en la prerrogativa más importante de los individuos de cualquier sociedad, pues de cualquier forma; que sería la vida si no se cuenta con la capacidad de decidir como se quiere llevar a cabo la misma. En consecuencia el derecho a la vida y el derecho a la libertad son derechos del hombre que cada día

se ven más inseparables puesto que entrañan un vínculo indisoluble, es por ello que a través de la historia de la humanidad se ha conocido el gran antagonismo a veces individual y en su mayoría masivo, por defender el derecho a la libertad entre quienes desean y reclaman se les reconozca, y quienes han pretendido por cualquier medio ignorarlo o limitarlo.

Como resultado de las constantes luchas y esfuerzos dentro de las diferentes sociedades que conforman la humanidad, se tiene el reconocimiento del derecho a la libertad en sus diversas manifestaciones, mismo que en otros tiempos no le era reconocido y en los actuales de hecho aún frecuentemente le son atropellados.

La libertad personal es uno de los derechos más importantes que consagran y garantizan la mayoría de las leyes constitutivas de los países del mundo, y en virtud de ser uno de los valores más discutidos, consecuentemente es un tema vigente y de actualidad para los estudiosos del derecho.

La palabra libertad encuentra su origen en el latín "libertas", entendido como el poder de acción o no realizar una acción, sin embargo no es posible reconocer una libertad absoluta ya que esta limitada ante la esfera de la libertad de otros hombres, pues no se debe olvidar que el derecho de un hombre termina donde empieza el derecho de los demás.

Existen varias definiciones de lo que se debe entender como libertad por lo que a continuación se citan algunos conceptos fundamentales, iniciando con enfoques generales para concluir con el punto de vista jurídico de la misma.

De acuerdo al Diccionario Enciclopédico Universal:
"Libertad es la ausencia de necesidad o carencia de determinación en el obrar; estado o condición del que es libre del que no esta sujeto a poder extraño a una autoridad arbitraria o no esta constrañido a una obligación, deber, disciplina etc.". (14).

En el Diccionario de la Lengua Española, se define a la libertad como: "facultad que tiene el ser humano de obrar de una manera o de otra y de no obrar. Estado o condición del que no está prisionero, o sujeto a otro". (15)

Para Rafael De Pina Vera, la libertad es: "facultad que debe reconocerse al hombre, dada su conducta racional, para determinar su conducta sin más limitaciones que las señaladas por la moral y por el derecho. El ser humano nace libre y por lo tanto, su derecho de vivir libre no es el regalo de alguna autoridad, sino una consecuencia lógica de su propia naturaleza. La libertad tiene diferentes manifestaciones: La política, la de enseñanza, la de prensa, etc." (16).

Las definiciones citadas tratan a la libertad como simples posibilidades de movimiento o se refieren a aspectos volitivos, en los que lo determinante es la capacidad de decisión del sujeto que goza de dicho atributo, éste es solo un enfoque de la libertad, sin embargo, en el lenguaje cotidiano se podría ver que se entiende por libre a alguien que no tiene ocupación

(14) Diccionario Enciclopédico Universal; Tomo 5; 1a. ed.; España; Edit. Ediciones y Publicaciones Greda; 1972; p. 2350

(15) Diccionario de la Lengua Española; 2a. Ed.; México; Edit. Espasa Calpe Mexicana, S. A.; 1994; p. 461

(16) DE PINA VERA, Rafael; Diccionario de Derecho; 9a. Ed.; México; Edit. Porrúa, S.A.; 1980; p. 331

o alguien que ha cumplido una sentencia. De este modo resulta que la libertad es un concepto tan amplio que en muchas de las veces resulta difícil precisarlo.

Históricamente existen tres sentidos diferentes del término libertad; primero, la libertad psicológica que es un dato de la condición humana; segundo, la libertad de elección, la cual permite escoger entre diversas posibilidades de acción y la libertad moral, la cual es una meta, un fin, un ideal a alcanzar. A la libertad se debe hacer referencia como un concepto histórico, porque en el orden mencionado ha tenido lugar una de otra, en la evolución humana, no obstante en la actualidad resulta ser complementarias, así la libertad de elección es el fundamento de la libertad moral; pues solo podemos hablar de libertad moral porque podemos elegir libremente. Por su parte la libertad de elección, solo tiene sentido, si existe la libertad moral como meta, y por eso solo puede ser una meta histórica que cada hombre pretende alcanzar en su vida situada en el tiempo. La libertad psicológica y de elección se encontraban ya en la edad antigua y media, mientras que la libertad moral es un concepto histórico del propio mundo a partir del renacimiento. A través de su desenvolvimiento en los derechos humanos, el hombre moderno pretende poner la sociedad, el poder y el derecho, al servicio del dinamismo de la dignidad humana. Es la forma moderna de realizar en sociedad la mediación entre la libertad de elección y la libertad moral. Es por consiguiente una idea de libertad instrumental o medial.

Por otra parte en el artículo 4o., de la declaración de

los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, el pueblo Francés proclama: "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otros; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley". (17)

La libertad y los derechos humanos entrañan un vínculo indisoluble, en una relación que vá del principio ideal al contenido del mismo. La libertad es el punto eje de los derechos humanos, toda vez que por ella se explica la posibilidad de autonomía del ser humano en la sociedad, así como de los límites a los poderes externos a él, singularmente los del estado. A su vez y desde un punto de vista estrictamente político esta idea de vinculación entre libertad y derechos humanos desemboca directamente en las formas democráticas modernas, en las que la sociedad erige sus cuerpos representativos para la tarea gubernativa, pues los derechos del hombre constituyen los principios medulares de los sistemas políticos de corte democrático, independientemente de las particulares características que revisten las formulaciones hechas en las diversas circunstancias de espacio y tiempo que identifican a los órdenes jurídicos contemporáneos.

Considerando que los grandes postulados o ideales del iusnaturalismo, como la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la justicia son como tales, principios generales del

(17) Cit. Por LARA PONTE, Rodolfo; p. 44

conocimiento filosófico y, a su vez de conocimiento ideológico político, de la democracia, es preciso abordarlos también desde el punto de vista jurídico, es decir en el plano de concreción o de realización de dichas reflexiones. Lo anterior conduce al plano del orden jurídico positivo, el cual ineludiblemente ha resultado condicionado en la época moderna y contemporánea por el iusnaturalismo, al incluir ordenamientos tales como los derechos humanos, la separación de los poderes estatales y la supremacía de la ley en el ejercicio del poder político.

En conclusión se puede señalar, que por lo antes dicho es evidente la identidad entre el iusnaturalismo y la idea de los derechos humanos y de las libertades del hombre, pues se debe recordar que toda lucha y argumentación por dichos derechos, y por la cual la humanidad ha derramado su propia sangre, se ha hecho bajo el ideal de la libertad que asiste al hombre por su propia naturaleza, de ahí la plena identidad entre la libertad y los derechos humanos.

E) FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE.

El fundamento de los derechos del hombre lo constituye sin lugar a dudas la naturaleza propia del hombre y de la dignidad que de ella deriva.

En efecto la persona humana reviste ciertas características y valores, los cuales han de ser enmarcados y reconocidos por las normas jurídicas, con la idea de protegerlos y permitir su pleno desarrollo.

Los Derechos Humanos son concomitantes a la naturaleza del

hombre y por ello la constitución no los crea, puesto que los derechos del hombre son preexistentes a toda ley, a toda constitución, a todo orden social y solo han sido objeto de reconocimiento por parte del derecho positivo, a través de su consagración en diferentes instrumentos jurídicos a lo largo de la historia. Dichos derechos se enfocan al género humano a la persona humana, entendida por tal el ser social con capacidad de raciocinio, precisamente por que dentro de esta generalidad es posible fundamentar la idea básica de igualdad entre el conjunto de seres humanos. Dicha igualdad es lo que permite afeverar que los derechos humanos reconocen como sujeto precisamente al hombre.

Hablar de derechos del hombre, de derechos humanos, es hablar de la dignidad de un ser que, por sus facultades morales y racionales, se ha sobrepuesto a su mero origen animal y puede situarse muy por encima de él. La noción de persona humana encuentra su basamento más firme en los elementos valorativos e intelectivos propios únicamente de éste ser llamado genéricamente hombre, y a ella le va aparejada, como expresión sintética de dichas facultades, el concepto de dignidad.

En consecuencia decir que hay Derechos Humanos, en el contexto histórico espiritual, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, es decir por su propia naturaleza y dignidad.

Por ello es de concluir, en el sentido de que el

fundamento de los derechos humanos lo constituye precisamente la naturaleza propia del hombre y la dignidad que de ella deriva.

Bidart Campos lo expresa de la siguiente manera: "Usar la palabra hombre en singular cuando nos referimos a sus derechos tiene un sentido importante, cual es el de suponer dos cosas: que el hombre es el sujeto de esos derechos en razón o por causa de ser un individuo de la especie humana, y que por ello mismo todo hombre y cada hombre los titulariza". (18)

F) LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

De lo que se lleva expuesto en el desarrollo del presente capítulo se colige la inmediata y estrecha relación que existe entre el concepto derechos humanos y el de garantías individuales; relación tan estrecha al grado que en ocasiones en la práctica llegan incluso a confundirse, ya que en el medio Jurídico existe gran imprecisión y confusión en cuanto al concepto de garantías, las cuales en ocasiones son incluso asimiladas sin más al concepto de derechos fundamentales, por esta razón se hace necesario distinguir cada concepto.

Ya se ha dicho que los derechos del hombre son aquellos que pertenecen a este en su calidad de tal, sin relación a su modo de ser en la sociedad, le corresponden simplemente como hombre y los ha recibido de la naturaleza misma; que son

(18) Cit. Por LARA PONTE, Rodolfo; Op. Cit.; p. 16

preexistentes a toda ley, a toda constitución a todo orden social, y que la constitución no los crea ni establece sino que simplemente los reconoce y establece las garantías propias para su libre ejercicio.

En este sentido, Ignacio Burgoa precisa: "Los Derechos del Hombre se traducen sustancialmente en potestades inseparables e inherentes a su personalidad; son elementos propios o consubstanciales de su naturaleza como ser racional, independiente de la posición jurídico positiva en que pudiera estar colocado ante el Estado y sus autoridades; en cambio, las garantías individuales equivalen a la consagración jurídico positiva de esos elementos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo". (19)

En cambio las garantías individuales son aquellas destinadas a asegurar, proteger, defender o salvaguardar los derechos humanos, por ello las garantías individuales son así el primer elemento de tutela Jurídico Constitucional de los derechos individuales. En este sentido el doctor Jorge Carpizo aporta un elemento de distinción precisa entre ambos conceptos: "Mientras que los derechos del hombre son ideas generales y abstractas, las garantías, que son su medida, son ideas individualizadas y concretas". (20).

De lo anterior resulta claro, que mientras las garantías

(19) BURGOA, Ignacio; Op. Cit.; p. 188

(20) Cit. Por Instituto de Investigaciones Jurídicas (Colectivo de Autores). Op. Cit. p. 7

tienen como fin asegurar y proteger, los derechos fundamentales o derechos del hombre, son aquello que la garantía protege y asegura. Y si bien puede señalarse que los derechos humanos no tienen vigencia positiva hasta que no son reconocidos por las normas del derecho vigente, dichas normas, es decir las garantías, no podrían existir sino existiesen previamente las exigencias de la persona humana a las que se ha llamado derechos fundamentales, por más generales y abstractas que puedan ser.

Por último es preciso señalar que algunos autores como Victor M. Martínez Bullé-Goyri, consideran que las garantías individuales solo tutelan o protegen en exclusiva a los derechos contenidos en ellas, e incluso llegan a considerar que ni siquiera a todos ellos, ya que por sucesivas reformas se han venido introduciendo en dicho capítulo derechos de carácter económico, social y cultural a los que la doctrina ha denominado como garantías sociales, y a las cuales el sistema de tutela previsto para las garantías individuales, con el juicio de amparo como eje, resulta inoperante o al menos de muy difícil aplicación. En cambio para otros como Ignacio Burgoa, quien siguiendo a Vallarta, sostiene que el concepto de garantías individuales no es restrictivo, sino extensivo, y por tanto señala: "Por garantías individuales no deben entenderse únicamente los veintinueve primeros artículos de la constitución, sino que ellas podrían hacerse extensivas a otros preceptos de la ley fundamental que signifiquen una explicación, ampliación o reglamentación de las normas que

expresamente preveen". (21).

a) ANALISIS DEL CONCEPTO

En opinión de algunos doctrinarios la palabra garantía, proviene del término anglosajón "Warranty", o "Warantie", que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar; comprendiéndose que su significado es tan amplio que puede abarcar ámbitos jurídico, político, económico y social. Teniendo sólo efectos para este estudio el ámbito jurídico.

Los antecedentes más remotos del uso de la palabra garantía se encuentran dentro de las instituciones creadas por el Derecho Romano, como es la figura del sponsio, que tiempo después evolucionó en otras instituciones del Derecho Privado, constituidas con el objeto de asegurar el cumplimiento de una obligación.

Dentro de la amplitud del término garantía, los doctrinarios enfocan la definición de éste concepto desde diferentes puntos de vista, surgiendo ideas confusas o demasiado generales. Por estos motivos la doctrina no se ha podido poner de acuerdo en la acepción estricta y específica que debe tener el concepto de garantía en el Derecho Público y especialmente en el Derecho Constitucional, pues la diversidad de definiciones o de opiniones sobre lo que debe entenderse por garantía obedece a que sus autores toman la idea de dicho

(21) *Ibidem.* p. 8

concepto en su sentido amplio o lato, es decir, sin contraerla al campo donde específicamente debe ser estudiada y proyectada, o sea el de las relaciones entre gobernantes y gobernados.

En el medio jurídico existe gran imprecisión y confusión en cuanto al concepto de garantías, las cuales, en ocasiones son incluso asimiladas sin más al concepto de derechos fundamentales. Se trata de una imprecisión que viene gestándose desde muchos años atrás, ya que no ha existido un criterio constante y uniforme en los textos constitucionales en la construcción y uso del concepto, sobre este particular, Jesús Rodríguez y Rodríguez, con rápido repaso a la parte relativa de los principales textos, señala: "En efecto, en el plano normativo, la parte relativa a los derechos humanos en algunos de los textos fundamentales más representativos, que han regido en México, va desde la enumeración pura y simple, bajo el título De la igualdad, seguridad, propiedad y libertad de los ciudadanos (capítulo V, artículos 24-20, del Decreto Constitucional de Apatzingán de 1814), hasta su denominación como derechos del mexicano (artículo 2 de la primera de las Siete Leyes Constitucionales de 1836), derechos del hombre (artículo 5 del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847), garantías individuales (Sección Quinta, artículo 30-79, del Estatuto Orgánico Provisional de 1856) nuevamente derechos del hombre (Capítulo I, título primero, artículos 1-29 de la Constitución Federal de 1857), y una vez más garantías individuales (mismo capítulo, título y artículos de nuestra

constitución en vigor)". (22).is 1

Esta imprecisión y confusión de términos que se encuentra en la historia constitucional mexicana, se ve reflejada en buena parte en la doctrina sobre la materia. Imprecisión y confusión que en muy variadas ocasiones se extiende del campo meramente terminológico, para caer incluso en lo conceptual, pues se puede citar como ejemplo, el caso del maestro Noriega Cantú, quién asimila las garantías individuales con los derechos del hombre.

De forma similar, Don Juventino V. Castro, cita a las garantías individuales con el término garantías Constitucionales, de las que señala que son también mencionadas como garantías individuales, derechos del hombre, derechos fundamentales, derechos públicos subjetivos o derechos del gobernado. Por lo anterior, resulta necesario precisar y distinguir entre los conceptos de "garantías individuales" y "garantías constitucionales". En tales condiciones y sin entrar por ahora en mayor detalle, se debe señalar que por garantías individuales se debe entender, que son aquellas destinadas a proteger los derechos humanos, que por supuesto tienen carácter constitucional en tanto que son parte integrante del texto de la misma constitución.

Por otro lado, las garantías constitucionales están constituidas por los distintos mecanismos de defensa, no ya de los derechos humanos, sino de la propia constitución, y que,

(22) *Ibidem.* p. 3

como lo señala el maestro Héctor Fix Zamudio, se pueden conceptualizar como los medios jurídicos predominantemente de carácter procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder, lo anterior no obstante que al proteger a toda la constitución las garantías constitucionales vengán a tutelar también a las garantías individuales y finalmente a los derechos fundamentales, pues se trata de conceptos técnicamente distintos y con distinto fin. Para este autor pueden existir garantías fundamentales y garantías constitucionales, y señala que las primeras son las consignadas en los artículos 10. al 29 de la constitución, mientras que las segundas son aquellas que prevé el propio cuerpo jurídico para que los órganos estatales no se extralimiten y rebasen sus atribuciones, además estos mecanismos son de carácter predominantemente procesal para que pueda ser restablecido el orden jurídico violado.

Así en un sentido contemporáneo, como mecanismos dirigidos a resolver conflictos y no en su sentido tradicional de derechos fundamentales, deben ser entendidas las garantías constitucionales, pues como lo indica el maestro Víctor M. Martínez Bulle-Goyri, se trata de conceptos técnicamente distintos y con distinto fin. (23)

A su vez suele hablarse también, de garantías institucionales como medios de protección de ciertas

(23) Cfr. *Ibidem.*, pp. 3 y 4

instituciones establecidas por la regulación constitucional para hacer imposible su supresión en la vía legislativa ordinaria, pero esta idea identifica a la garantía con la constitución misma, o, al menos, con los preceptos constitucionales protectores de ciertas instituciones, lo que es inadmisibile, puesto que no se trata de desentrañar lo que es garantía en general, sino de definir específicamente lo que denota el concepto de Garantía Individual o del Gobernado. Al respecto el maestro Elisiur Arteaga Nava expone: "El término de la garantía en la actualidad, es un término equivoco ya que para el común de la gente se trata de un sinónimo de derechos del hombre, mientras que para los concedores del derecho se trata del juicio de amparo que es el medio de defender y hacer efectivos los derechos del hombre consignados en la constitución". (24)

En tales condiciones y ante la diversidad de acepciones del vocablo y de la idea (garantía) dentro del ámbito jurídico, se deben desechar los múltiples significados que tiene, y enfocar al concepto respectivo al campo donde debe ser proyectada y estudiada, o sea, al de las relaciones entre gobernante y gobernados. Al respecto Ignacio Burgoa expone: "En otras palabras, desde el punto de vista de nuestra Ley Fundamental vigente, las garantías individuales implican, no todo el variado sistema jurídico para la seguridad y eficacia del Estado de Derecho, sino lo que se ha entendido por derechos

(24) ARTEAGA NAVA, Elisiur; Derecho Constitucional Estatal; México; Edit. Porrúa, S.A.; 1988; p. 113

del gobernado frente al poder público". (25)

Es en virtud de lo anterior que algunos tratadistas coinciden en señalar que el empleo del término garantía individual no es el apropiado para denotar su ser jurídico, pues desde la vigencia de la constitución de 1857, surgió el conflicto jurídico de determinar si las personas morales podían ser titulares de las garantías individuales, puesto que según se dijo estas, se implantaron en el ordenamiento constitucional para asegurar y garantizar los derechos del hombre, en consecuencia, el problema surgió en torno a la cuestión de si las personas morales o corporaciones, que evidentemente no son individuos y consecuentemente tampoco tienen derechos del hombre, podrían invocar, frente a cualquier acto de autoridad, la violación que en su perjuicio se cometiera a los preceptos en que las garantías individuales se consignaban. Sobre este particular el ilustre Don Ignacio L. Vallarta resolvió el problema con el siguiente razonamiento: "A pesar de que las personas morales no eran seres humanos, sino ficciones legales, y de que, por énde, no gozaban de derechos del hombre, como entidades sujetas al imperio del estado, si podrían invocar en su beneficio las garantías individuales, cuando éstas se violasen por algún acto de autoridad, lesionando su esfera jurídica". (26)

Es en base a este pensamiento jurídico de Vallarta, que estudiosos en la materia como el maestro Ignacio Burgoa,

(25) BURGOA, Ignacio; Op. Cit.; p. 165

(26) *Ibidem.*, pp. 168 y 169

fundamentan el surgimiento del principio de extensión de las garantías individuales desde el punto de vista subjetivo, es decir, en cuanto al sujeto titular de las mismas, pues dejan de considerar a las multicitadas garantías como exclusivamente individuales, para reputarlas susceptibles de disfrutarse por entes que no eran individuos, como las personas morales o jurídicas.

Por tanto los sujetos, como centros de imputación de las normas jurídicas, bajo la constitución de 1917 y hasta la actualidad, no solo son los individuos o las personas físicas, sino también las personas morales del derecho privado; las personas morales del derecho social, tales como los sindicatos obreros y patronales o las comunidades agrarias, las empresas de participación estatal y los organismos descentralizados.

En tales condiciones se puede concluir, que resulta claro y evidente que dentro de la condición de gobernado, entendiéndose éste como centro de imputación de las normas jurídicas que regulan las relaciones de supra a subordinación, se encuentran las personas físicas o individuos, las personas morales de derecho privado, las entidades de derecho social, así como las empresas de participación estatal y los organismos descentralizados, puesto que todos estos sujetos son susceptibles de ser afectados en su esfera jurídica por actos de autoridad. En consecuencia el término garantía individual bien puede substituirse por el término garantías del gobernado, pues solo así se comprende en su totalidad a los sujetos titulares de las mismas. Al respecto Luis Bazdresch apunta:

"Como las garantías no están ya restringidas a los individuos, sino que ahora comprenden también a las personas morales de derecho privado y aún en ciertos casos a las de derecho público, que propiamente no son individuos, ya no deben ser designadas como garantías individuales, sino más bien como garantías constitucionales o de derecho público". (27)..ls 1

b) DEFINICION DE GARANTIA.

La palabra garantía de acuerdo al maestro Ignacio Burgoa, proviene del término anglosajón "Waranty" o "Warantie", que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (to warrant) por lo que tiene una connotación muy amplia. Garantía equivale, pues, en su sentido lato, a aseguramiento o afianzamiento, pudiendo denotar también protección, respaldo, defensa, salvaguardia o apoyo. Así mismo indica, que jurídicamente, el vocablo y el concepto garantía se originaron en el derecho privado, teniendo en él las acepciones apuntadas.

En su concepto la denominación que se hace de garantías individuales, es impropia, ya que en la legislación Mexicana no se consignan únicamente para el hombre como persona física, sino que se extiende a todo ente jurídico que se encuentra en situación de gobernado, y agrega, que el equivoco de la expresión individuales, se explica por el resabio del individualismo clásico que no tiene razón de subsistencia

(27) BAZDRESCH, Luis; Op. Cit.; p. 19

en la actualidad. Por tanto, explica que para evitar críticas, que solo se basan en un error puramente terminológico consistente en haber denominado a las multicitadas garantías con un adjetivo que únicamente traduce a uno de los sujetos activos de la relación jurídica que implica (individuo o persona física), es del todo indispensable que el nombre de garantías individuales se sustituya por el de garantías del gobernado, el cual se adecúa con justeza a su verdadera titularidad subjetiva. Para este autor el concepto de garantía individual se forma, mediante la concurrencia de los siguientes elementos: 1. Relación Jurídica de supra o subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujetos pasivos).- 2. Derecho Público Subjetivo que emana de dicha relación en favor del gobernado (objeto).- 3. Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objeto).- 4. Previsión y regulación de la citada relación por la Ley fundamental (fuente). (28)

Por su parte Isidro Montiel Duarte asevera: "Todo medio consignado en la Constitución para asegurar el goce de un derecho se llama garantía, aún cuando no sea de las

(28) Cfr. BURGOS, Ignacio.; Op. Cit.; pp. 161 a 187

individuales". (29)

Es pertinente señalar que mientras para el Derecho Privado, la garantía puede ser considerada como un pacto accesorio mediante el cual se asigna determinada cosa al cumplimiento de una obligación como la prenda, la hipoteca, el fideicomiso, etc., en Derecho Público, la noción de garantía es totalmente diferente pues comprende básicamente una relación subjetiva pero directa entre la autoridad y la persona. Esa relación es originada por un lado, en la facultad soberana de imponer el orden y regir la actividad social, y por el otro la necesidad de que los gobernados no sean atropellados en sus derechos humanos por la actuación de la autoridad.

El constitucionalista Tena Ramírez, considera: "Los Derechos Públicos de la persona son derechos empíricamente seleccionados, a los que se les dá el rango de constitucionales, por considerárseles susceptibles de ser menoscabados con más frecuencia por la autoridad y merecedores, por lo tanto, de una protección especial". (30)

Por su parte la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación al referirse a las garantías individuales las interpreta de la siguiente forma: "GARANTIAS INDIVIDUALES". Los Derechos que bajo el nombre de garantías individuales consagra la constitución, constituyen limitaciones jurídicas que en aras de la libertad individual y en respeto a ella, se oponen al poder o soberanía del Estado, quien, por su misma naturaleza política

(29) MONTIEL DUARTE, Isidro.; Estudios Sobre las Garantías Individuales; 6a. ed.; México.; Edit. Porrúa, S.A.; 1998.; p. 26

(30) TENA RAMÍREZ, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano.; 32 ed.; Edit. Porrúa, S.A.; 1998; p. 513.

Y social, pueden limitar la libertad a cada individuo, en la medida necesaria para asegurar la libertad de todos y la limitación de que se habla, debe ser en la forma misma en la que se precisan o definen en la constitución las citadas garantías individuales siendo las leyes generales y particulares el conjunto orgánico de las limitaciones normales que el poder público impone a la libertad del individuo, para la convivencia social, dentro de las mismas garantías individuales, so pena de ineficacia absoluta, en caso de rebasarlas, porque entonces, dado el régimen de supremacía judicial que la constitución adopta, se consigue la protección de las mismas garantías, por medio del juicio de amparo". (31)

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en su Diccionario Jurídico Mexicano define el término garantías de la siguiente manera: "En un estricto sentido técnico-jurídico, se entiende por garantía constitucional el conjunto de instrumentos procesales, establecidos por la norma fundamental, con objeto de restablecer el orden constitucional cuando el mismo sea transgredido por un órgano de autoridad política". (32)

Para finalizar y de acuerdo al criterio doctrinal de Adalberto G. Andrade y Victor M. Martínez Bullé-Goyri, se puede señalar que por garantía, debe entenderse todo medio

(31) Suprema Corte de Justicia de la Nación, Seminario Judicial de la Federación, Órgano de Publicación del Poder Judicial de la Federación; Quinta Época; TII.; p. 3630

(32) Diccionario Jurídico Mexicano; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.; Tomo II; 6a. ed.; México; Edit. Porrúa, S.A.; 1995.; p. 1512.

consignado en la constitución para asegurar el goce de un derecho; y por garantías individuales, se debe entender, que son aquellas destinadas a proteger los derechos fundamentales, que por supuesto tienen carácter constitucional en tanto que son parte integrante del texto de la misma constitución. (33).

En conclusión, el término garantía encierra el significado de protección contra algún riesgo, por lo que las garantías de los gobernados, se traducen en exigencias ineludibles que debe observar todo tipo de acto jurídico de autoridad, para ser constitucionalmente válido frente a los gobernados.

c) CARACTERISTICAS Y EXTENSION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

1.- En consideración de algunos doctrinarios como Luis Bazdresch, las garantías individuales comparten principalmente las siguientes características:

UNILATERALIDAD, por cuanto están exclusivamente a cargo del poder público a través de sus distintos órganos y dependencias que desarrollan las funciones gubernativas; pues es el poder público que las instituyó, el único que debe responder de su afectividad y por tanto es el único obligado, como sujeto pasivo de la garantía, a hacerla respetar para que los derechos del hombre, queden a salvo de la inobservancia total o parcial de la Ley; en tanto los gobernados no tienen

(33) Cfr. Cit. por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (Colectivo de Autores). Op. Cit.; pp. 3 y 4

que hacer absolutamente nada para que sus derechos les sean respetados por las autoridades; como se ve, no hay obligación más que de parte de la autoridad.

IRRENUNCIABILIDAD.- Dicha característica consiste en que no puede renunciarse al derecho de disfrutarlas, y aún en ciertos casos el artículo 50., de la Constitución prohíbe expresamente el pacto en que se expresa tal renuncia. Sin embargo, es prudente señalar, que es lícito que el afectado por alguna violación actual de sus derechos, en un caso concreto se abstenga de hecho de invocar y reclamar la garantía violada y de pedir el consiguiente amparo y protección de la justicia federal, y aún cabe la posibilidad de que expresamente manifieste su conformidad o consentimiento con el acto violatorio, por supuesto, siempre que ese consentimiento no esté viciado por alguna causa de derecho; el sistema instituido en la constitución requiere la acción directa, manifiesta y expresa del individuo afectado por una violación determinada, para que la garantía relativa pueda ser efectiva, pues el control de la violación de las garantías no es oficioso, sino a petición de parte.

PERMANENCIA.- Las garantías son permanentes, como atributo implícito del derecho protegido, pues mientras ese derecho existe, cuenta con la garantía como un derecho latente o en potencia, listo para accionar en caso de resultar afectado dicho derecho, es decir, que la garantía se actualiza o cobra vida cuando ocurre un acto de autoridad que prescinde de las limitaciones impuestas por la soberanía al ejercicio de

las funciones publicas, como un valladar originario e imperioso de la actuaci3n de las autoridades en sus relaciones con los particulares.

GENERALIDAD.- Esta caracteristica quiere decir, que las garantias individuales protegen absolutamente a todo ser humanos sin distincion alguna.

SUPREMACIA.- La caracteristica en comento establece, que siendo la constitucion la fuente de las garantias individuales, es decir, el ordenamiento en el cual estas se consagran, formando en consecuencia parte de la ley fundamental, es evidente que est3n investidas de los principios esenciales que caracterizan al cuerpo normativo supremo respecto de la legislacion secundaria. Por consiguiente, las garantias participan del principio de supremacia constitucional, consignado en el articulo 133 de la ley suprema, en cuanto que tienen prevalencia sobre cualquier norma o ley de caracter secundario que se les contraponga y primacia de aplicacion sobre la misma, por lo que todas las autoridades deben observarlas y respetarlas preferentemente a cualquier disposicion ordinaria.

INMUTABILIDAD.- Dicha caracteristica quiere decir, que tal y como est3n instituidas en la constitucion, asi deben observarse las garantias individuales, las cuales no pueden ser variadas ni alteradas, en m3s ni en menos, por una ley secundaria, ni federal ni estatal, pues seria necesaria una reforma constitucional con los requisitos previstos por el articulo 135 de la ley suprema, para alterar su

contenido o su alcance, pues al formar parte integrante de la constitución, están, como ésta, investidas del principio de rigidez constitucional, en el sentido de que no pueden ser modificadas o reformadas por el poder legislativo ordinario, sino por un poder extraordinario. (34).is 1

2.- EXTENSION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES DESDE EL PUNTO DE VISTA SUBJETIVO.- En base al pensamiento jurídico de Vallarta estudiosos de la materia como el maestro Burgoa y Luis Bazdresch, consideran el surgimiento del principio de extensión de las garantías individuales desde el punto de vista subjetivo, es decir, en cuanto al sujeto titular de las mismas, pues dejan de considerar a las multicitadas garantías como exclusivamente individuales, para reputarlas susceptibles de disfrutarse por entes que no eran individuos, como las personas morales o jurídicas, por tanto los sujetos, como centros de imputación de las normas jurídicas, bajo la constitución de 1917 y hasta la actualidad, por una evolución del derecho su titularidad se extiende, no únicamente a los individuos humanos, ni comprende tan solo a los mexicanos, pues las garantías protegen también a las personas morales del derecho privado; las personas morales del derecho social, tales como los sindicatos obrero y patronales o las comunidades agrarias, las empresas de participación estatal y los organismos descentralizados, así como a todo aquel que esta dentro del

(34) Cfr. BAZDRESCH, Luis.; Op.;Cit.; pp. 31 y 32

territorio de la república mexicana, aunque sea transitoriamente, y aún más, se extienden a las personas que están fuera del territorio, pero recienten alguna lesión de su interés jurídico por la actuación de una autoridad mexicana.

3.- EXTENSION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN CUANTO A SU CONSAGRACION CONSTITUCIONAL.- La extensión de las garantías individuales en relación a su consagración constitucional, consiste en la idea de que el concepto de garantías individuales no es restrictivo, sino extensivo, y por tanto dichas garantías no solo están comprendidas por la constitución en sus 29 primeros artículos que integran el capítulo respectivo, sino por el contrario, abarcan otros preceptos constitucionales distintos, es decir, no se debe identificar a las garantías individuales con los 29 primeros artículos de la constitución, ya que estos solamente las enuncian en forma más o menos sistemática, sino por el contrario se deben referir a todos aquellos preceptos constitucionales que por su espíritu mismo vengán a complementar en diversa manera los primeros 29 artículos, toda vez que la declaración contenida en el artículo 1o., es lo suficientemente amplia y clara para inferir que es a través de toda la constitución como se consagran las garantías individuales o del gobernado, como ejemplo se puede citar el caso del artículo 123, que no se encuentra dentro de los 29 primeros artículos constitucionales, pero esta indiscutiblemente vinculado al artículo 5o. de la Ley Suprema y su violación por alguna autoridad en perjuicio de alguna

persona, puede ser reclamada a través del juicio de amparo, lo anterior no obstante que la supuesta violación se cometa contra un precepto constitucional no comprendido dentro de los 29 primeros artículos.

En este sentido el maestro Ignacio Burgoa, siguiendo a Vallarta, sostiene que el concepto de garantías individuales no es restrictivo, sino extensivo, y por tanto considera que: "por garantías individuales no deben entenderse únicamente los 29 primeros artículos de la constitución, sino que aquéllas podían hacerse extensivas a otros preceptos de la Ley Fundamental que signifiquen una explicación, ampliación o reglamentación de las normas que expresamente las prevén" (35)

G) LA CONSTITUCION DE 1857, ANTECEDENTE LEGISLATIVO INMEDIATO DE LAS ACTUALES GARANTIAS INDIVIDUALES.

Toda vez que este trabajo no tiene como finalidad abundar sobre antecedentes históricos, el presente apartado y el que le precede se desarrollan única y exclusivamente para efectuar una breve reseña histórica de la constitución de 1857 y la de 1917, así como un estudio comparativo al rededor del artículo 10., de la Constitución liberal de 1857 y su correlativo de la constitución vigente, con la finalidad de poder ubicar la diferente ideología política que en materia de garantías individuales se contiene en ambos ordenamientos fundamentales.

Lo anterior no obstante, se debe reconocer que la constitución del '57, no es el único ordenamiento legislativo

(35) BURGOA, Ignacio; Op.; Cit.: p. 188

que constituye el antecedente de la actual constitución (pero si el inmediato), y de que además en ambos ordenamientos jurídicos se contiene abundante material para abordar estudios muy exhaustivos y prolijos desde diversos puntos de vista, los cuales rebasarían con mucho las expectativas de este trabajo.

La proclamación del Plan de Ayutla se revela en la historia del país como un acontecimiento iniciador de una auténtica revolución que culminó con la expedición de la constitución federal de 1857, rectora jurídica de los destinos patrios hasta los trágicos hechos acaecidos el 22 de febrero de 1913, fecha en que tuvo lugar el asesinato del Presidente de la República, Francisco Indalesio Madero y del Vicepresidente José María Pino Suárez, merced a los cuales la usurpación gubernativa de Victoriano Huerta desencadenó el movimiento revolucionario de restitución del orden constitucional emanado del famoso Plan de Guadalupe, formulado principalmente por Don Venustiano Carranza.

El primero de marzo de 1854, un grupo de militares, encabezados por el Coronel Don Florencio Villarreal, quien invitó a otro grupo de militares de diversas jerarquías de entre los cuales se encontraban el Coronel Don Ignacio Comonfort, el General Juan Alvarez y Eligio Romero, lanzaron por todos los ámbitos de la República y desde la pequeña población de Ayutla, una estruendosa proclama de libertad, formulando un plan reivindicador cuyo objetivo fundamental consistió en reorganizar jurídicamente al país bajo la forma republicana, representativa y popular y sobre la base del

respeto a las garantías individuales. La Revolución de Ayutla, además de su matiz político, tuvo propósitos sociales: fue la protesta de un pueblo que ansiaba ver respetados los derechos humanos y llevar una vida digna, que le negaban las fuerzas sociales minoritarias, pero poderosas.

La motivación del Plan de Ayutla tuvo por objetivo suprimir la dictadura de Santana y estructurar a México de una manera estable desde el punto de vista jurídico y político, pues no se pretendió, a través de él, simplemente substituir un gobierno por otro mediante un mero cambio de los detentadores del poder, sino establecer un orden constitucional que garantizara la permanencia de la vida institucional de la República. El Plan de Ayutla tuvo éxito por que concurrieron a su favor dos circunstancias fundamentales: el triunfo del partido liberal-republicano, que se logró en definitiva hasta la liquidación del imperio de Maximiliano que era sostenido por las fuerzas francesas de intervención, y por los conservadores; y la legitimación de la Constitución Política de 1857 en la conciencia de los gobernantes y gobernados, ya que de no haber mediado, esas dos circunstancias primordiales, el Plan de Ayutla sólo hubiera significado un mero documento de interés histórico.

El partido liberal era el que sostenía los principios, instituciones y leyes que del Plan de Ayutla se derivaron, pues los objetivos inmediatos del mencionado plan, una vez satisfechos los propósitos de derrocamiento de la dictadura Santanista, consistieron en la designación de un Presidente

interino, investido con amplias facultades para reformar todos los ramos de la administración pública, para atender a la seguridad e independencia de la nación y para promover cuanto conduzca a su prosperidad, engrandecimiento y progreso. Todas estas facultades no tenían otra restricción que la de respetar invariablemente las garantías individuales, debiendo su titular convocar a un congreso extraordinario conforme a las bases de una Ley que había sido expedida con igual objeto en fecha diez de diciembre de 1841.

La revolución reformista originada en el Plan de Ayutla y continuada por el partido liberal, estalla contra una dictadura asfixiante, proclama el régimen republicano, combate por el establecimiento de una igualdad legal e individualista frente a los privilegios clasistas de una pseudo-aristocracia, intenta despojar al clero de la preeminencia política y económica que siempre tuvo en la vida pública de México, obligándolo a replegarse dentro del ámbito funcional que le demarca su cometido espiritual. Estas finalidades se basan en los siguientes principios de la ideología liberal: el republicanismo, el federalismo, la igualdad individual ante la ley, el respeto a los derechos de la persona humana, la limitación del poder público frente a los gobernados, la formación democrática del gobierno y la separación de la iglesia y del estado; principios que se consagran en la constitución liberal de 1857, y en las Leyes de Reforma.

Respecto a la IDEOLOGIA POLITICA, la Constitución de 1857 implanta el liberalismo e individualismo como regimenes de

relaciones entre el Estado y sus miembros. Pues dicha constitución fué fiel reflejo de las doctrinas imperantes en la época de su promulgación, principalmente en Francia, para las que el individuo y sus derechos eran lo primordial y único objeto de las instituciones sociales, que siempre debían respetarlos como elementos superestatales.

El Individualismo y el Liberalismo como Ideología Política, implicaron las posturas que el Estado, como entidad superior, debía adoptar frente a sus miembros en las constantes relaciones entre ambos.

Si bien, en un orden jurídico estatal determinado el individualismo y el liberalismo coexisten, complementándose el uno con el otro, ambos presentan, no obstante profundas diferencias en su concepción política y filosófica, pues, el individualismo constituye un contenido posible de los fines del estado, o sea que éste opta por la realización de un objetivo, que estriva precisamente en la protección y conservación de la personalidad individual, en aras de la cual precisará sacrificar cualquier otro interés, naturalmente con las consiguientes salvedades. Por el contrario el liberalismo implica la actitud que el estado adopta o asume por conducto de sus órganos frente a la actividad particular, en el sentido de garantizar a ésta un amplio desarrollo mientras no provoque el desorden dentro del medio social. por eso el régimen liberal puro, tal como surgió de los postulados fundamentales de la revolución francesa, conceptúa al Gobierno del Estado, como un mero vigilante de las relaciones entre los particulares, en las

cuales solamente tiene intervenci3n cuando pueden provocar manifiestos des3rdenes en la vida social.

Ambas posturas estatales, individualista y liberal se derivan del articulado de la Declaraci3n de los Derechos del Hombre y del ciudadano, de mil setecientos ochenta y nueve, y se encuentran plasmadas en la constituci3n federal de 1857, esto seg3n se desprende de la simple lectura del articulo 10., que a la letra dice: "el pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del pa3s deben respetar y sostener las garant3as que otorga la presente Constituci3n". (36)

Como se advierte del precepto antes transcrito la constituci3n liberal de 1857, consider3, fiel a la t3sis individualista, que los derechos del hombre no solo son el objeto de las instituciones sociales, sino su base misma, pues los autores de dicha constituci3n, implícitamente se declararon partidarios del jus-naturalismo, en materia de derechos humanos, como se puede apreciar de la exposici3n de motivos, que en su parte conducente establece: "persuadido el congreso de que la sociedad para ser justa, sin lo que no puede ser duradera, debe respetar los derechos concedidos al hombre por su creador, convencido de que las m3s brillantes y deslumbradoras teor3as pol3ticas son torpe enga3o, amarga

(36) Cit. Por BURGUA, Ignacio; Op. Cit.; p. 146

irrición, cuando no se aseguran aquellos derechos, cuando no se goza de libertad civil, ha definido clara y precisamente las garantías individuales, poniéndolas a cubierto de todo ataque arbitrario. El acta de derechos que va al frente de la constitución, es un homenaje tributado en vuestro nombre, por vuestros legisladores, a los derechos imprescriptibles de la humanidad. Os quedan pues libres, expeditas, todas las facultades que del supremo recibisteis, para el desarrollo de vuestra inteligencia, para el logro de vuestro bienestar". (37)

De lo expuesto se advierte que la constitución liberal de 1857, no solo adopta una posición francamente individualista en los términos ya apuntados, sino que dentro de su ideología implanta también el liberalismo como régimen de relaciones entre el estado y los gobernados, como puede verse y advertirse de la segunda parte del artículo 10., cuando establece, que toda autoridad debe respetar y sostener las garantías individuales; y en la exposición de motivos relativa se expresa: "El congreso estimó como base de toda prosperidad de todo engrandecimiento, la unidad nacional; y, por tanto, se ha empeñado en que las instituciones sean un vínculo de fraternidad, un medio seguro de llegar a establecer armonías, y ha procurado alejar cuanto producir pudiera choques y resistencias, colisiones y conflictos". (38)

Todo esto indica que al estado se reputó como un mero vigilante de las relaciones entre particulares, teniendo

(37) *Ibidem*, P. 146

(38) *Ibidem*, p.p. 146 y 147

únicamente ingerencia cuando el desenfrenado desarrollo de la libertad individual acarrea disturbios en la convivencia social.

Del artículo 10., de la Ley fundamental de 1857, se infiere que este contiene una declaración de carácter dogmático, en el sentido de que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, fijando así el fin del estado. Esa declaración dogmática es consecuencia del jus-naturalismo, es el antecedente lógico, ineludible de la segunda parte del precepto en comento, en la que se indica que es la constitución la que otorga garantías que deben respetar y sostener todas las autoridades del país, incluyendo al poder legislativo. Advirtiéndose además que el artículo 10., de la Constitución del 57 no declaró cuales eran los derechos del hombre específicamente considerados, sino que dándolos por supuestos como una verdad incontrovertible, se contrajo a enunciar las garantías, concedidas al individuo para asegurarlos. Al respecto José María Lozano al referirse a los derechos del hombre, dentro de la Constitución de 1857, lo expresa de la siguiente manera: "La constitución no los designa ni los enumera, anuncia simplemente que ellos son la base y objeto de las instituciones sociales, y en consecuencia, que las leyes y las autoridades deben respetar y sostener las garantías que otorga la constitución. De esto inferimos que los Art. 2 à 29 de la Sección 1a., no designan los derechos del hombre, sino las garantías, que la misma constitución acuerda para hacer

efectivos aquellos". (39)

No obstante el criterio de José María Lozano, es importante advertir que varias de las garantías consignadas en los artículos 10., à 29 de la Sección 1a., de la constitución liberal de 1857, no corresponden a un autentico derecho del hombre, según la idea respectiva del jus-naturalismo, es decir, un derecho anterior y superior a la sociedad, sino realmente a un derecho del ciudadano, a un derecho que el hombre tiene, no por el hecho de ser hombre, sino como parte integrante de una colectividad y dentro de cuyo concepto se comprenden, por lo general las garantías de seguridad jurídica. También resulta importante resaltar que esta distinción la hacia en el fondo la declaración Francesa de 1789, cuando se refiere a los derechos del hombre y del ciudadano, como conceptos juridico-politicos diferentes.

Del análisis que se ha efectuado alrededor del artículo 10. de la Constitución Liberal de 1857, para compararlo más adelante en el apartado siguiente, con su relativo de la constitución vigente, se puede concluir en el sentido de que el referido análisis dá las bases y fundamentos suficientes para constatar la diferente ideología política, que en materia de garantías individuales se contiene en ambos ordenamientos fundamentales, pues en cuanto a los derechos individuales públicos subjetivos, la constitución de 1917, proclama los mismos que la constitución de 1857, con la única salvedad de

(39) LOZANO, José María; Op. Cit.; p. 124

que la ley suprema vigente, se aparta de la doctrina individualista, pues a diferencia de la de 57, ya no considera los derechos del hombre como la base y objeto de las instituciones sociales, sino que los reputa como un conjunto de garantías individuales que el estado concede u otorga a los gobernados.

En cuanto a la clasificación de las garantías individuales en la Constitución Liberal de 1857, debe decirse que ni esta, ni la de 1917 consignan expresamente alguna clasificación o criterio de agrupamiento de las garantías individuales, y al respecto, la mayoría de los autores que se ocupan de este tema presentan las garantías bajo su propio criterio de clasificación, criterios muy similares entre sí; y señalan que dichas clasificaciones carecen de interés más allá del meramente didáctico o teórico, esto según lo señala, el tratadista Victor M. Martínez Bulla-Goyre (40).

Sin embargo en este punto y en relación a la constitución del 57 y sólo para fines didácticos, sin profundizar sobre el tema ya que se hará lo suficiente al abordarlo nuevamente en el apartado siguiente, se adopta y únicamente se enuncia el criterio de clasificación de las garantías individuales, que hacen entre otros tratadistas el maestro Ignacio Burgoa, quien las clasifica en: "Garantías de Igualdad, de Libertad, de Propiedad y de Seguridad Jurídica. (41).

(40) Cit. por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (Colectivo de Autores); Op. Cit.; p. 13

(41) BURGOA, Ignacio.; Op. Cit.; p. 195

H).- LAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN LA CONSTITUCION DE 1917.

Como ha sido anunciado en el apartado que antecede, en este punto de la tesis, solo se abordara de manera muy suscita y general los aspectos basicos que han quedado señalados sobre la constitución de 1917, lo que se hace con la unica finalidad de ubicar al tema central de estudio, dentro del basto y amplio contexto del Derecho, y como antecedentes necesarios para una mejor comprensión del tema de tesis.

La situación social, económica y política de fines del siglo XIX y la primera década del XX, originó la Revolución mexicana. Los campesinos no eran dueños de las tierras que trabajaban y sufrían una vida llena de injusticias, pues los propietarios, en lugar de explotar la tierra, explotaban al hombre. Los obreros carecían de derechos e intolerables condiciones de trabajo pesaban sobre ellos. Las desigualdades entre las clases sociales, eran cada vez más profundas. La Constitución de 1857 había cedido su vigencia a la dictadura de un hombre, y el pueblo de México, por alcanzar la democracia y la justicia, empuño las armas en lo que puede llamarse la primera Revolución Social del Siglo XX. El resultado de esa lucha fue la constitución promulgada el 5 de febrero de 1917, la cual entro en vigor el 10. de Mayo de ese mismo año, misma que recogió lo mejor de la tradición nacional y convino el individualismo con nuevas ideas sociales, consignando en su texto la primera declaración de derechos sociales de la historia de la humanidad.

Como la constitución liberal de 1857, no agradó al grupo

conservador, ni al clero, que tanta influencia tenia en la vida social y política de la República, los descontentos iniciaron la guerra de tres años. Los liberales, bajo la presidencia y la dirección de Benito Juárez, lucharon casi sin periodos de paz de 1858 hasta 1867. Durante la guerra de tres años, (1858-1860), el Presidente Benito Juárez, expidió la mayor parte de las Leyes de Reforma, más tarde incorporadas a la constitución. Reinstaurada la República, a la caída de Maximiliano, en 1867, los liberales triunfantes asumieron las labores de Gobierno, y Benito Juárez ocupó la Presidencia de la República hasta su muerte ocurrida en el año de 1872.

Pero el partido conservador se iba a adueñar poco a poco de la Dirección Política y Económica del País, durante el largo gobierno del general Porfirio Díaz, quien como tantos otros hombres de la historia, luchó por perpetuarse en el poder y olvidando su pasado liberal se entregó cada vez más a los conservadores.

El 5 de octubre de 1910, Francisco Indalecio Madero suscribió el Plan de San Luis Potosí, que señalaba el 20 de noviembre como la fecha en que debía iniciarse el movimiento revolucionario. El día 18 Aquilés Serdán en Puebla, daba, junto con su vida comienzo al movimiento que a poco había de cundir por todo el país. El 25 de mayo de 1911, el Presidente Díaz presentó su renuncia, y abandonó para siempre el territorio nacional. Madero y con él la primera etapa de la revolución singularmente política, habían triunfado. El lema Sufragio Efectivo. No Reelección resumió los ideales Maderistas. La

dictadura pertenecía al pasado, y libremente, el pueblo podría elegir a sus gobernantes.

Traicionado por la ambición del usurpador, el 22 de febrero de 1913, Francisco Indalesio Madero murió asesinado junto con el Vicepresidente José María Pino Suárez. Duró quince meses el único gobierno plenamente democrático y respetuoso de todas las libertades en la historia contemporánea de México. La paz no podía lograrse por los cauces de armonía anhelada por el presidente Mártir, y la Revolución iba a abrir las nuevas rutas del México futuro.

El 19 de febrero de 1913, la legislatura de Coahuila y el gobernador de ese Estado, Venustiano Carranza, desconocieron al Gobierno del general Huerta, y el pueblo indignado por los crímenes cometidos, hubo de lanzarse de nuevo a la lucha.

El 26 de marzo de 1913 Carranza proclama el Plan de Guadalupe, en el que resumió los principales propósitos del nuevo movimiento armado. Forma el ejército constitucionalista y se proclama primer Jefe. La Revolución, bajo el mando de Carranza, tomó el nombre de constitucionalista, porque pretendía implantar en el país la vigencia de la carta de 1857, que la dictadura de Huerta estaba violando.

La violencia, la lucha, la anormalidad, (obligadas consecuencias de las guerras), aceleran el ritmo de la historia. Las revoluciones, cuando en verdad lo son, hacen que la vida apresure su curso, y los primitivos propósitos van dejando su lugar a otros nuevos, que antes no se veían o se contemplaban lejanos. Así, la idea inicial de reimplantar la

Constitución de 1857, una vez llegada la paz, fue perdiendo vigencia. Los hombres combatían en aras del ideal de una vida distinta: El obrero para no volver a las tristes condiciones a que lo condenaba un trabajo inhumano; el campesino en pro de labrar tierras que fueran suyas. Ambos amaban la libertad y la justicia, y aunque no supieran expresar sus ideales, su sentido común les decía que tenían que luchar y de ser necesario morir por ellas.

La Constitución de 1857, no se ajustaba a las nuevas reformas porque la vida había superado algunos de sus principios básicos y el derecho debe normar la existencia real de los hombres. Así, con sagaz visión del presente y del futuro, fue surgiendo entre los principales jefes carrancistas, la idea de convocar a un congreso constituyente que reformara la Ley Suprema, y la pusiera acorde con el nuevo México, que de la Revolución estaba surgiendo.

Venustiano Carranza tuvo el ineludible acierto de comprender esa necesidad nacional, y el 14 de septiembre de 1916, expidió un decreto en el que convocaba a elecciones para un congreso constituyente, y exponía los motivos de tal decisión.

La nueva asamblea, que había de conocer y discutir el proyecto de reformas presentado por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, inició las juntas preparatorias, el 21 de noviembre de 1916. En las primeras sesiones se aprobaron las credenciales de los diputados, el 10. de diciembre del propio año, quedó instalado en Querétaro el Congreso y en esa fecha

inició las labores que había de concluir dos meses después, el 31 de enero de 1917. en ese breve tiempo se celebraron 67 sesiones; la última, declarada permanente, duró los días 29, 30 y 31 de enero de 1917. En la asamblea estuvieron representadas las tendencias políticas de la nación, ya que junto a los llamados progresistas o radicales, como Jara, Mújica, Monzón, Baca Calderon, Cándido Aguilar, Martínez de Escobar, (a los que se debe en gran medida las grandes inovaciones constitucionales), estaban los moderados.

El proyecto de Carranza sufrió importantísimas modificaciones, de tal modo que la constitución que promulgo el 5 de febrero de 1917, es, no una reforma a la de 1857 aunque de ella herede principios básicos, como son: forma de gobierno, soberanía popular, división de poderes y derechos individuales (a los que se les adicionaron varios párrafos y artículos de tinte socialista como lo son el 3o., 27 y 123), sino una nueva ley, que olvidando los límites del Derecho Constitucional Clásico, y vigente entonces en el mundo, recogió en sus preceptos los ideales revolucionarios del pueblo mexicano, les dió forma y creó instituciones que los realizaran en la vida futura del país. Los diputados constituyentes fueron hombres que sentían como propia la angustiosa vida de un pueblo que había luchado por alcanzar un existir más digno y más justo para todos. En general, los constituyentes eran jóvenes, algunos sin gran experiencia política, pero todas sus limitaciones las suplieron con una profunda visión de la realidad mexicana. Conocían por haberlos vivido, los enormes

problemas nacionales; contemplaban cómo el pueblo había sacrificado generosamente la paz, con la ilusión de crear un México mejor, con honradez y valentía interpretaron esa voluntad otorgando a la nación la ley suprema que establecía, al margen de la doctrina constitucional clásica, los derechos del trabajador y las bases de la reforma agraria. Y como claro ejemplo de esto, se puede señalar el reparto de utilidades a los trabajadores como una garantía social. En el México de 1917, todos sabían que durante algunos años iba a ser muy difícil lograr su positividad, pero la norma ahí estaba (los diputados habían cumplido), era y es parte del artículo 123 constitucional y con ello era una invitación al movimiento obrero organizado para que luchara por su actualización, tal y como aconteció, ya que hasta la fecha se logra su aplicación.

La Constitución Mexicana de 1917, es la primera en el mundo en declarar y proteger lo que después se han llamado garantías sociales, o sea, el derecho que tienen todos los hombres para llevar una existencia digna y el deber del Estado de asegurar que así sea. Mientras las garantías individuales exigen al Estado una actitud de respeto para las libertades humanas, pues estas forman un campo donde el poder estatal no puede ni debe penetrar, las garantías sociales, por el contrario, imponen a los gobernantes la obligación de asegurar el bienestar de todas las clases integrantes de la comunidad.

El Doctor Jorge Carpizo, respecto a la constitución vigente expresa: "La Constitución de 1917 ha asegurado décadas de paz social, ha permitido la creación de una importante clase

media, ha asegurado a millones de trabajadores, un mínimo de existencia digna, ha presidido el espectacular crecimiento demográfico, sin que este destruya al país, aunque si lo ha entorpecido grandemente, y ha impulsado el mejoramiento de la población en educación, salud, habitación y oportunidades de superación personal". (42).

Una de las razones por la cual la constitución de 1917 es tan longeva (82 años de vigencia), ha sido su capacidad para reformarse, pues México es un país esencialmente diferente y diverso a aquel de 1917, en consecuencia, lógico y natural ha sido que la Constitución Mexicana a la fecha haya tenido varias reformas, para irse adecuando a una realidad que vertiginosamente se ha ido modificando. Las ideas constitucionales universales, se han mexicanizado para impulsar una democracia política y social, cuyo principal desafío se encuentra en alcanzar precisamente la tesis fundamental de la constitución: **La Justicia Social**.

Respecto a la **Ideología Política**, en materia de garantías individuales, llamadas con sobrada razón por tratadistas en el tema, como la puerta de entrada al texto constitucional, materia y nombre del capítulo I, de su título primero, y sustancia fundamental de la parte dogmática de la constitución política de 1917, es evidente que el texto constitucional vigente se aparta de la doctrina individualista, pues a diferencia de la de 57, ya no considera a los derechos del

(42) Cit. por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (Colectivo de Autores); Op. Cit.; p. XIV

hombre como la base y objeto de las instituciones sociales, sino que los reputa como un conjunto de garantías individuales que el Estado concede u otorga a los gobernados, pues contrariamente a la tesis individualista, la constitución de 1917, ya no hace figurar a los derechos del hombre como el exclusivo contenido de los fines del Estado, sino que, considerando que el pueblo constituido políticamente en Estado es el único depositario del poder soberano, y por lo tanto considera que las garantías individuales son instituidas o creadas por el orden jurídico constitucional.

Todo lo anterior se infiere de la redacción del artículo 10. de la Constitución vigente, que textualmente dice: "En los Estados Unidos Mexicanos, todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos, y con las condiciones que ella misma establece".

A su vez la actual constitución resuelve la manifiesta contradicción que teóricamente surge entre la concepción super-estatal e irreductible de los derechos del hombre y la soberanía, como poder máximo, sobre el cual nada existe humanamente.

Lejos de sustentar la actual ley fundamental la tesis individualista, se inclina más bien hacia la teoría rousseauiana, que asevera que las garantías de que pueden gozar los individuos frente al poder público son otorgadas a éstos por la propia sociedad, única titular de la soberanía, en virtud de la renuncia de sus prerrogativas, hecha por sus

miembros.

En resumen debe decirse que la constitución de 1857 reputa los derechos del hombre como elementos super-estatales, y en cambio la constitución vigente los considera como una concesión por parte del orden jurídico del Estado. Además, en ambos ordenamientos constitucionales el Estado adopta distinta postura frente a los gobernados, ya que en la constitución del 57 son los principios liberales los que regulan las relaciones respectivas y en la vigente, son los postulados pertenecientes a diversas tendencias político-jurídicas, las que regulan las relaciones respectivas entre el estado y los gobernados, pues el Bien Común o Justicia Social es un concepto que se integra con dos ideas fundamentales conjugadas armónicamente, a saber: el respeto a la persona humana del gobernado y la protección y mejoramiento de los sectores mayoritarios de la población. Proyectar un orden jurídico exclusivamente hacia una u otra de tales ideas o extremos implicaría incidir en la injusticia social. Por tanto la constitución de 1917, al recoger en sus preceptos y espíritu los ideales de la revolución de 1910, y al convertirlos en garantías sociales, consecuentemente reiteró el respeto a la persona humana y con ello la tutela a sus atributos naturales o esenciales, que eran los objetivos Ideológico-Políticos fundamentales de la carta de 57. Al proceder en esta forma, la constitución actual ha realizado normativamente como Ideología Política el Bien Común o la Justicia Social, estableciendo una verdadera síntesis entre el individualismo y el colectivismo, mediante una clara y definida

demarcación entre las fronteras de ambos, asegurada por el intervencionismo del Estado.

Uno de los primordiales aspectos teleológicos que configuran al espíritu de la ley suprema vigente, lo constituye sin duda alguna la tesis de que el hombre, como ente social, sólo, es susceptible de ser preservado por el orden jurídico en la medida en que su conducta se adapte a los siguientes criterios limitativos de la conducta individual: 1.- No dañe a otro, 2.- No perjudique a los intereses de la sociedad y 3.- No se oponga al mejoramiento colectivo. El otro aspecto, de igual importancia que el anterior, se traduce en la tendencia a elevar constantemente el nivel de vida de la sociedad, en mejorar las condiciones de existencia de los grandes grupos humanos que la componen; y este objetivo lo señala y lo hace posible la Constitución de 17 a través de los 3 criterios limitativos de la conducta individual que han quedado señalados.

Para el maestro Ignacio Burgoa la Justicia Social se resume en la siguiente máxima: "Suprimir la explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado". (43).

Los dos objetivos que concurren en ésta aspiración ideal los realiza de manera magistral y en conjunción armoniosa, la ley fundamental vigente. Separarlos, conceptuándolos como finalidades excluyentes de un orden constitucional, implicarían regresión, o bien al individualismo

(43) BURGOA, Ignacio; Op. Cit.; p. 153

egoísta que significa la explotación del hombre por el hombre, o a la dictadura estatal totalitaria que significa la explotación del hombre por el Estado. Ambas son situaciones extremas indeseables de las que afortunadamente previene a México su Constitución Política de 1917.

CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN LA CONSTITUCION POLITICA DE 1917

Por lo que hace a la clasificación de las garantías individuales debe decirse que ni en la de 1857 ni en la de 1917, se consigna expresamente alguna clasificación o criterio de agrupamiento de las garantías individuales, y que al respecto, la mayoría de los autores que se ocupan de este tema presentan las garantías bajo su propio criterio de clasificación, criterios por cierto muy similares entre sí; y señalan que dichas clasificaciones carecen de interés más allá del meramente didáctico o teórico, sin embargo y como había sido anunciado con antelación, sin dejar de reconocer, la gran variedad de clasificaciones existentes según el punto de vista de cada autor, en este punto se adopta el criterio de clasificación de las garantías individuales, que la generalidad de los autores acepta, de entre los que se incluye al doctor Ignacio Burgoa, y quienes las dividen en cuatro grupos: **Garantías de Igualdad, de Libertad, de Propiedad y de Seguridad Jurídica.**

Esta clasificación se presenta sin dejar de reconocer que al lado de las Garantías Individuales, existen las llamadas

Garantías Sociales, que se contienen en los artículos 30., 27 y 123 constitucionales.

La pretensión buscada con la clasificación adoptada, es únicamente hacer un breve estudio de las garantías individuales, y ubicar a los artículos correspondientes en cada uno de los grupos de dicha clasificación, por lo que a continuación se cita un breve concepto de cada grupo, a fin de comprender mejor la redacción del texto constitucional que contiene cada garantía individual en lo particular.

1.- **GARANTÍAS DE IGUALDAD:** Es aquella consistente en que varias personas cuya situación coincida, puedan ser sujetos de los mismos derechos y obligaciones, pues no debe haber distinción ni diferencias entre los hombres como tales, por lo que a las personas se les debe dar trato igual en circunstancias iguales, es decir, la igualdad jurídica implica el trato igual a todas las personas que se encuentren en una misma situación jurídico-social, verbigracia: La titularidad de las garantías por todo gobernado, la proscripción de la esclavitud y por ende el trato idéntico a todos los gobernados, la igualdad jurídica entre el varón y la mujer y la aplicación general de las leyes por tribunales generales previamente establecidos, aboliéndose los fueros y prerrogativas. A este grupo de garantías pertenecen los artículos 10., 20., 30., 40., 12, 13 y 25.

2.- **GARANTÍAS DE LIBERTAD:** Entendiendo por libertad la facultad que tiene el individuo para fijarse los fines que ha de perseguir en la vida, y para seleccionar los medios lícitos

que ha de utilizar para conseguir esos fines; o sea que es una facultad que debe reconocerse al hombre para ejercer o no ejercer alguna actividad, pues cada persona es libre para realizar los fines que siendo lícitos más le agraden. Así se tiene que hay libertad de trabajo, de expresión, de petición, de reunión y asociación, de portar y poseer armas, de tránsito y religiosa, a este grupo pertenecen los artículos 2o., 5o., 6o., 7o., 8o., 9o., 10, 11 y 24

3.- **GARANTIAS DE PROPIEDAD:** Esta garantía se encuentra plasmada en el artículo 27 constitucional, que establece en su primer párrafo que la propiedad de las tierras y aguas comprendidas, dentro de los límites del territorio nacional corresponde originalmente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada, y a su vez establece que las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. Esta garantía es la que asegura el disfrute y disposición de lo que le es propio al individuo. Por tanto a este grupo solo pertenece el artículo 27.

4.- **GARANTIAS DE SEGURIDAD JURIDICA:** A este grupo de garantías el maestro Ignacio Burgoa, las explica de la siguiente manera: "Las Garantías de Seguridad Jurídica implican el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado,

integrada por el summum de sus derechos subjetivos. Por ende, un acto de autoridad que afecte el ámbito jurídico particular de un individuo como gobernado sin observar dichos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias previos, no será válido a la luz del derecho". (44).

A este grupo de garantías pertenecen los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 28 y 29.

(44) *ibidem*; p. 504

CAPITULO SEGUNDO

LA PRISION PREVENTIVA Y LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD CAUCIONAL

A) GENERALIDADES

Sin lugar a dudas, el derecho a la vida, es la prerrogativa más importante para los individuos de cualquier sociedad, pero después de está, es indudable que la libertad se ha convertido en la prerrogativa de mayor importancia y relevancia para el ser humano, pues de cualquier forma, que sería la vida si no se cuenta con el derecho de decidir como se quiere llevar a cabo la misma. Por lo tanto el derecho a la vida y el derecho a la libertad son derechos del hombre que cada día se ven más inseparables puesto que entrañan un vínculo indisoluble. y es por esta razón que a lo largo de la historia de la humanidad se ha conocido el gran antagonismo algunas veces de manera individual y en su mayoría masivo por defender el derecho a la libertad entre quienes exigen y reclaman se les reconozca y quienes han pretendido por cualquier medio violarlo, ignorarlo o restringirlo.

Como resultado de las constantes luchas y esfuerzos dentro de las diferentes sociedades que conforman la humanidad, se tiene el reconocimiento del derecho a la libertad en sus muy variadas y diversas manifestaciones (personal, de trabajo, de

expresión. de petición. de reunión y asociación. de portar y poseer armas. de tránsito y religiosa). mismo que en otros tiempos no le era reconocido y mucho menos garantizado, y en los actuales de hecho aún muy frecuentemente le son violados.

La libertad es una cualidad inseparable de la persona humana, consiste en la potestad que tiene de concebir los fines y escoger los medios respectivos que más le acomoden para el logro de su felicidad particular. Cada hombre es libre para proponer los fines que más le convengan para el desarrollo de su propia personalidad, así como para seleccionar los medios que estime más apropiados para su consecución. El hombre por esencia es libre y es esta su verdadera naturaleza desde sus orígenes en los tiempos primitivos. Libertad que con el tiempo se ha visto afectada, con normas y leyes que rigen el orden de una sociedad. haciéndose esto patente cuando el hombre empieza a vivir en sociedad, cediendo parte de sus derechos en favor de la misma, restringiéndose asimismo su libertad individual en favor del interés colectivo, pues cuando están en pugna los derechos individuales y los derechos sociales, se tiende a garantizar a los segundos en perjuicio de los primeros.

Y así se tiene, que en el artículo 4o., de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, el pueblo francés proclamaba: "La libertad, consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otros; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por

la Ley". (45).

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la declaración universal de los Derechos Humanos, y en su artículo 11.1. estableció y reconoció la presunción de inocencia a favor de toda persona acusada de un delito, en los siguientes términos: "Artículo 11.1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". (46).

Por lo anterior y sin perder de vista el tema central de esta tesis (que gira en torno a la restricción de la libertad caucional), interesa el derecho a la libertad, pero no en sus muy diversas y variadas manifestaciones (libertad personal, ocupacional, de expresión, de petición, de reunión y asociación, de portar y poseer armas, de tránsito y religiosa), sino en particular la Libertad Personal, que es uno de los derechos más importantes que consagran y garantizan la mayoría de las leyes constitutivas de los países del mundo, y en virtud de ser uno de los valores más discutidos en el presente, consecuentemente es un tema vigente y de actualidad para los estudiosos del derecho.

El estudio de la libertad bajo caución exige la previa mención de la prisión preventiva, por cuanto que la primera es

(45) Cit. Por LARA PONTE, Rodolfo; Op. Cit.; p. 44

(46) Cit. Por ZANDRA - PIERCE, Jesus; Garantías y Proceso Penal; 3a. Ed.; México; Edit. Porrúa, S.A.; 1988; pp. 457

tan solo una garantía que se otorga para substituir a la segunda. La mayoría de las legislaciones establecen la prisión preventiva, para quienes se encuentran procesados por delito que merezcan pena corporal, y al respecto, se abre un debate, que se encuentra lejos de cerrarse, entre quienes afirman que, mediante la prisión preventiva, se priva de la libertad al procesado sin que medie juicio, es decir, se le sanciona para determinar si se le debe sancionar, y por lo cual se considera que es violatoria de la garantía de previo juicio, además, como una pena anticipada de corta duración y que generalmente tiene graves consecuencias como son: pérdida del empleo; el sacrificio de los derechos del individuo en favor de la sociedad; desalienta al honrado, quien termina por despreciar las leyes, odiar a la sociedad, familiarizarse con la prisión y arruinarse moralmente por la vida promiscua que deteriora y corrompe en la cárcel; el interno, se convierte en un número más dentro de la prisión o en un individuo automatizado en todas sus actividades aún las sexuales que deben realizarse en un determinado día y hora, y con castigos que consisten en un mayor aislamiento dentro de la prisión (segregados); al individuo se le arranca de un medio bruscamente y se le introduce en otro que es absolutamente diferente, por lo que es dudoso que un individuo conserve la normalidad en el caso de que saliera absuelto.

Y por otra parte existen aquellos otros, que la justifican por la necesidad social de preservar el proceso penal y de asegurar la ejecución de la pena.

Por lo anterior, y sin pretender ser prolijos en el tema, lo cual rebasaria con mucho las expectativas de este trabajo, en el presente capítulo se efectúa tan solo una breve exposición a efecto de explicar en que consiste la institución denominada: la Prisión Preventiva y la Presunción de Inocencia; las nociones generales de la prisión preventiva en México, su naturaleza jurídica, sus modalidades así como su diferencia con otras figuras jurídicas afines; sus efectos y consecuencias y finalmente una vez comprendida esta institución, se pasará al estudio de la garantía constitucional de libertad provisional bajo caución.

Todo esto, en primer término, con la finalidad de ubicar de una manera comprensible el tema central de estudio, el cual es abordado en el capítulo siguiente; y en segundo término, completamente al margen de las razones sociales, políticas, económicas, jurídicas o filosóficas que puedan justificar o no a la prisión preventiva, con la intención de señalar los razonamientos jurídicos, del por que, se debe estar a lo más favorable a la libertad caucional de las personas involucradas en un proceso penal, y de que las leyes secundarias lejos de obstaculizar la obtención de dicho beneficio constitucional, limitándolo o restringiéndolo al fijar cauciones en dinero en efectivo; por el contrario posibiliten su obtención. Pues al fin y al cabo, tan solo son presuntos responsables que en todo caso gozan y se benefician del principio universalmente aceptado en todas las legislaciones del mundo, y que es, la presunción de inocencia,

pues de lo contrario y como lo señalara el tratadista García Cordero, se estaría castigando a la pobreza y no al delito.

B) LA PRISION PREVENTIVA Y LA PRESUNCION DE INOCENCIA.

Para la mayoría de los tratadistas que justifican la existencia de la Institución denominada prisión preventiva, ubican a esta como una de las medidas cautelares que privan a un individuo de la libertad personal, y la cual constituye una seguridad para el estado y la sociedad; para el estado, por que evita que el agente del delito prosiga la alteración del orden jurídico que el estado está obligado a mantener, y para la sociedad, por cuanto asegura la defensa de la misma impidiendo nuevos atentados contra los derechos públicos e individuales y ratifican la confianza de los individuos y de la comunidad en el ordenamiento jurídico que los protege.

No se puede negar que la prisión preventiva ha sido objeto de muy severas críticas por parte de quienes principalmente han analizado el problema desde el punto de vista humano y partiendo de la base de que esta medida cautelar por si constituye un abuso, que hace cesar el principio de presunción de inocencia e impone a través de la prisión preventiva la verdadera pena.

A continuación se efectúa un breve análisis de las principales objeciones a la Institución denominada Prisión Preventiva, para luego concluir con la definición de dicha institución.

Eugenio Raul Zaffaroni manifiesta: "que la prisión preventiva o provisional, que debiera ser la excepción en el

sistema procesal, es casi la regla en los Códigos Latinoamericanos, y por énde, la libertad bajo caución se erige en una institución cuya regulación es de fundamental importancia. A éste respecto los datos fácticos latinoamericanos son sumamente alarmantes, pues la investigación que sobre el tema ha realizado la ONU en el área demuestra que el 68.47% de los presos son presos sin condena, es decir, personas sometidas a proceso. Sólo el 31.53% de los presos latinoamericanos son reos que cumplen pena. Esto rebela la penosa inversión del proceso penal latinoamericano, que hace incidir el eje principal de la actividad juzgadora en la instrucción, lo que en la práctica distorciona totalmente el proceso penal, haciéndo que el juicio provisorio del organismo instructor, dependiente o cercado por el poder ejecutivo, haga cesar el principio de inocencia e imponga la verdadera pena. La frecuencia con la que el procesado agota en prisión preventiva la pena solicitada por la acusación, o la impuesta en primera instancia nos obligan a concluir que ésta tiene por objeto normal un anticipado cumplimiento de la pena, y no un mero aseguramiento de la presencia del procesado. De lo expuesto resulta fundado recomendar que el procesamiento de una persona solo por excepción, fundada en la finalidad del proceso, pueda acarrear la prisión preventiva de la misma, y que ésta no pueda prolongarse más allá de los límites temporales que la constitución fija para que se juzgue al procesado" (47).

(47) Cit. Por ZAVORA-PIERCE, Jesús; Op. Cit.; pp. 91 y 92

CARRARA se pronuncia por la necesidad de que la custodia preventiva, como la llama, se le limite a lo estrictamente indispensable con el fin de interrogar al inculcado y para que el juez obtenga de él todo lo que sea necesario para proseguir la investigación. Sin embargo reconoce que desgraciadamente, como una necesidad política, debe prolongarse con custodia para las siguientes necesidades: a).- De justicia para impedir la fuga del reo; b).- De verdad, para impedir que estorbe las investigaciones de la autoridad, que destruya las huellas del delito y que intimide a los testigos; c).- De defensa pública, para impedirles a ciertos fascinosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno. Más adelante en otras de sus obras, plantea razonamientos en contra de las necesidades antes mencionadas, afirmando que la necesidad para formar el proceso escrito cesa cuando ha cesado el interrogatorio; que la necesidad para alcanzar la verdad, concluye cuando concluye el proceso; que la necesidad para la seguridad social no procede cuando se trata de delitos ocasionales o pasionales; y que la necesidad para lograr la pena no tiene validez cuando la ley señala una pena inferior en gravedad que la que significa estar en destierro perpetuo de la patria. De lo anterior se advierte que el sentimiento que inspira a Carrara para escribir las apasionadas páginas que tienden a suprimir la prisión preventiva, se debe a un profundo amor a la humanidad y a la contemplación de los abusos de su época con respecto a la prisión preventiva, y de los lugares a donde eran llevados los que sufrían la privación de

su libertad.

Así mismo y en relación a la prisión preventiva el Marqués de Beccaria en su obra, tratados de los delitos y de las penas, expresa, que la prisión es una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito; pero este carácter distintivo suyo no le quita el otro esencial, esto es, que solo la Ley determina los casos en que el hombre es digno de esta pena. La Ley, pues, señalará los indicios de un delito que merezca la prisión de un reo, que lo sujetan al examen y a la pena. Beccaria consideraba a la prisión preventiva como una verdadera pena que precedía a la sentencia condenatoria, habiéndolo criticado anteriormente que la ley permitiera o facultara a los jueces para privar de la libertad a un enemigo con pretextos frívolos y dejar a un amigo gozando de esa libertad, con desprecios de los indicios más fuertes que lo descubren el reo.

El abuso de la época es lo que inspira a Beccaria a asumir la posición antes señalada, no contra la institución misma, a la que él considera como necesaria, sino contra la facultad concedida por la ley a los jueces para ordenarla a su arbitrio.

Para Carlos Secondat, Barón de la Brede y de Montesquieu, en su obra el Espíritu de las Leyes, al hacer el examen de la libertad, dice, que en los estados en que más se cuida de la libertad hay leyes que la violan contra uno solo para conservar la de todos. El pensamiento antes transcrito de Montesquieu, justifica plenamente la privación preventiva de la libertad, pues con ninguna otra medida cautelar el Estado, viola

legalmente la libertad de uno solo en beneficio de los demás que con la medida precautoria en estudio.

Para el tratadista Alfredo Velez Mariconde, en su obra titulada Derecho Procesal Penal, en relación con el abuso en la privación de la libertad, expone que el abuso consiste en ordenar ciega y automáticamente la detención del imputado cuando bastaría su simple citación; en prolongarla, innecesariamente, cuando no se comprueba que peligra la actuación efectiva de la Ley; en confundir la prisión preventiva, que solo puede ser una medida cautelar, con una pena que se comienza a imponer antes de la sentencia condenatoria; en olvidar que el imputado es inocente mientras no sea declarado culpable por una sentencia firme.

La privación de la libertad en algunos casos, pero en algunos casos expresamente señalados por la ley, es una necesidad, pero en la forma en que se ha practicado durante muchos años, ya no constituye una necesidad, sino un abuso que hace de la medida cautelar de la prisión preventiva, una verdadera pena, que nulifica el principio de presunción de inocencia y a la cual se debe poner fin, pues no se debe olvidar lo que a favor de toda persona acusada de delito, establece la declaración universal de los derechos humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, en su artículo 11.1, que a la letra dice: Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público, en el que se

le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (48)

Por su parte el Doctor Sergio García Ramírez, comenta que la prisión preventiva constituye una paradoja de solución difícil: se sanciona para saber si se debe sancionar, se detiene para saber si se debe detener. La injusticia es manifiesta. Cómo legitimar, entonces, el encarcelamiento precautorio? Beccaria lo intenta, remitiéndose al único argumento persuasivo, o al menos razonable: la necesidad. Por ello previene: Siendo la privación de la libertad una pena, no puede preceder a la sentencia, sino cuando la necesidad lo pide. La cárcel, por tanto es la simple custodia de un ciudadano mientras al reo se juzga; y esta custodia, siendo como es, esencialmente penosa, debe durar el menor tiempo posible y además debe ser lo menos dura que se pueda. Ahí están, pues, la teoría del conflicto entre intereses tutelados, la idea del estado de necesidad que surge cuando entran en colisión dos bienes jurídicos, aplicadas a la prisión preventiva. Estos principios van más lejos, sin duda. Se proyectan hacia el enjuiciamiento penal completo, que tan severas restricciones establece sobre los derechos de quien figura como inculpaado: libertad, propiedad, comunicación, tránsito, entre muchos más. Realmente quedan restringidos, oprimidos, todos los derechos del inculpaado. Así mismo establece, que si aquello se funda en la necesidad, la prisión

(48) Cfr.; ZAVALLA BARRUETO, Jorge; El Proceso Penal; 3a. ed.; Ecuador; Edit. Edino; 1990; pp. 199 a 204

preventiva debe reducirse a lo indispensable para resolver esa necesidad determinante, o a lo estricto para zanjar el conflicto entre el derecho de uno (a la libertad, básicamente), y el derecho de todos (a la seguridad o a la paz, en esencia). Para uno y para todos opera, con distintas implicaciones, el derecho a la justicia. Y más adelante el Doctor García Ramírez, indica, que parece útil recordar aquí la contradicción que existe entre la prisión preventiva (y otros extremos del procedimiento penal) y el principio de que se presume la inocencia de cualquier persona hasta que se demuestre su culpabilidad, y que tal demostración solo podría derivar, se entiende de una sentencia, y que esta resolución (contingente de la verdad legal), determina si hay inocencia o responsabilidad penal. Como se explica, entonces, que a un presuntamente inocente se le prive de libertad? a su vez este tratadista señala, que la constitución no coincide con el signo de esa presunción liberal, tampoco coincide en otros sistemas procesales, en sus propios términos, y que por lo que hace a México, el proceso se funda en una presunción constitucional inversa: probable responsabilidad (artículos 16 y 19 de la constitución política vigente), expresión que los ordenamientos secundarios suelen traducir como presunta o presuntiva responsabilidad, y que por lo tanto es imposible que la constitución dispusiera otra cosa, ya que si así fuera, quedaría suprimida la institución de la cárcel preventiva, por inconsecuente con la presunción de inocencia.

En resumen considera, que es admisible la prisión

preventiva cuando se establezca para atender necesidades reales, y en la medida pertinente, pues de lo contrario, devendrá tiránica. Y respecto al fundamento y justificación de la medida expone, que en conjunto, se pretende asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena, y que esta formulación generica abarca diversos conceptos, insistiendo en uno: el carácter de la medida cautelar como expresión de la justicia desde la doble perspectiva del individuo y de la sociedad, y que si existe una opinión social adversa a las aplicaciones de la prisión preventiva (lo mismo por exceso que por defecto), se verá tocado el sistema penal completo, pues se objeta una de sus piezas fundamentales; por lo anterior reitera la exigencia y el propósito de equilibrio en el campo de las medidas cautelares, lo que influye a fondo sobre una contrapartida de la cárcel preventiva: La Libertad Provisional Bajo Caución, la cual ha ocurrido, que en algunos casos se ha ampliado, y en otros se supedita a mayores y más precisas condiciones. (49)

Como conclusión de esta crítica, se puede decir que la privación de la libertad es una necesidad de política criminal. Pero, a la vez, se debe dejar constancia de que no puede quedar a expensas de los jueces, a la arbitrariedad de las voluntades judiciales, o administrativas, o policiales, su debida aplicación. Precisamente por el abuso de la práctica es que se ha llegado a considerar la posibilidad de su suspensión,

(49) Cfr.: GARCÍA ROMÍREZ, Sergio; Manual de Prisiones; 3a. ed.; México; Edit. Porrúa, S.A.; 1994; pp. 523 à 527

queriendo en esta forma caer en el otro extremo peligroso de por sí, que significaría la exclusión definitiva de esta medida cautelar, lo que permitiría el atropello y la violencia ante la seguridad que tendría el infractor de que hasta que medie una pena legalmente impuesta, es decir, en sentencia, no podría ser reducido a prisión. Por lo anterior es que muchos tratadistas en el tema, consideran que la gran mayoría de los países del mundo, aún no se encuentran debidamente preparados para aprovechar de la libertad provisional sin límite alguno.

Por otro lado y en relación a la definición de la institución en estudio, es de reconocerse que al lado de la Prisión Preventiva, existen, otras medidas cautelares que limitan la libertad personal, por lo dicho es que se debe diferenciar con precisión todas y cada una de las medidas precautorias que limitan la libertad personal, por tal motivo es de vital importancia conocer el concepto de la prisión preventiva, para tener un conocimiento claro y preciso de esta institución, debiendo señalar que la doctrina es variada y discrepante en cuanto a su definición, y así se tiene:

Que Manuel Rivera Silva, al respecto dice: "La Prisión Preventiva se refiere al estado de privación de libertad que guarda una persona, contra la que se ha ejercitado acción penal". (50)

Para Raúl Carranca y Rivas, la prisión Preventiva consiste en: "La privación de la libertad, con propósitos

(50) RIVERA SILVA, Manuel; El Procedimiento Penal; Ed. Porrúa, S.A.; México; 1982; p. 147

exclusivamente asegurativos, aplicable a los procesados por delitos que presuntivamente ameritan la pena de prisión". (51)

Por su parte Jorge Ojeda Velázquez, al referirse a la prisión preventiva habla de custodia preventiva y dice que: "... Se entiende el estado de privación de la libertad en el cual viene a encontrarse el presunto responsable de un delito enseguida de la resolución emitida por el Ministerio Público o del auto de formal prisión emitido por la autoridad jurisdiccional". (52)

A su vez Jesús Rodríguez y Rodríguez, la define como: "una Institución que trata de una medida precautoria privativa de la libertad personal, que debe imponerse solo de manera excepcional al presunto responsable, en virtud de un mandato judicial, y que perdura hasta el momento en que se pronuncia la sentencia definitiva de fondo". (53)

Analizando los diferentes conceptos aportados por los autores antes mencionados se tiene: que Rivera Silva, da una definición escueta e incompleta de lo que es la prisión preventiva, además de ser muy vaga en su contenido. Carranca y Rivas, define en forma más completa a la Institución pero sin llegar a tener una precisión de la misma. Ojeda Velázquez, al igual que Carranca y Rivas, es impreciso en su definición, siendo Jesús Rodríguez y Rodríguez, quien da la mejor definición de la prisión preventiva; haciendo la crítica de que

(51) CARRANCA Y RIVAS; Op. Cit. p. 12

(52) OJEDA VELAZQUEZ, Jorge; Derecho de Ejecución de Penas; Ed. Porrúa, S. A.; México; 1985; p. 60.

(53) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús; La Detención Preventiva y Los Derechos Humanos en Derecho Comparado; Ed. UNAM.; México; 1981; p. 14

también cambia el nombre de prisión preventiva por detención preventiva. Argumentando que la prisión preventiva no es más que la prolongación de la detención.

Tomando en cuenta la doctrina y las leyes nacionales, se elaboró el siguiente concepto de la Prisión Preventiva: Es una Institución del Derecho Público, aplicado por una autoridad judicial, como medida cautelar, consistente en la privación de libertad del presunto responsable de un delito sancionado con pena corporal, con la finalidad de garantizar el proceso penal hasta que recaiga sentencia definitiva".

Tomando en cuenta el concepto antes mencionado a continuación se procede a efectuar el análisis de los elementos que lo componen:

1.- Se considera una institución del Derecho Público, por que sus antecedentes en el país, datan desde el Derecho Pre-hispánico y a través de la historia se ha visto su evolución hasta encontrarla en la actualidad, con una tendencia de mantenerla en beneficio de la sociedad.

2.- Se deja claro que es aplicada por una autoridad judicial por que solo el Juez de la causa esta facultado para hacerlo, además de suspenderla, limitarla y terminarla.

3.- Es una medida cautelar, por que se aplica en forma provisional en tanto se sabe la sentencia definitiva, para evitar que el presunto responsable quiera fugarse, pueda perpetrar otros ilícitos ú obstaculice la secuencia del proceso.

4.- Es también privativa de la libertad del presunto

responsable, siendo éste el acto material al recluirlo en un establecimiento carcelario, segregándolo así de la sociedad y de su libertad deambulatoria.

5.- La prisión preventiva solo se estipula en la constitución para los delitos que tengan una sanción de pena corporal; estableciendo la jurisprudencia que en caso de que se dicte en un delito sancionado con pena alternativa de corporal o pecuniaria, se estarían violando las garantías del individuo.

6.- Por lo que toca a la pena corporal, debe entenderse no en el sentido estricto de aflicción física sobre el cuerpo del individuo, sino como pena equivalente a la privativa de libertad.

7.- Por último, se tiene, que garantiza el proceso, pues con la prisión preventiva se fijan los delitos o delito por el que debe seguirse el proceso, se tiene bajo control al procesado sin que pueda obstaculizar el proceso o las labores, del juzgado, además de que en materia penal no se pueda llevar un proceso en rebeldía como en el Derecho Civil.

Sobre la denominación de la "Prisión Preventiva", se ha visto como los diferentes autores la denominan: detención preventiva; custodia preventiva; retención preliminar, reclusión preliminar, reclusión provisional; arresto judicial, usándose además en algunas ocasiones los calificativos de preliminar y procesal.

La crítica que se hace, es que como es posible que siendo la misma institución de la que se está hablando, se le den tantos nombres que sólo traen confusión y no aportan ningún

beneficio, de ahí que lo deseable, es que se de una unificación de criterios que evite más confusiones, inclusive en las mismas leyes. Por lo que el nombre correcto de esta Institución es el de Prisión Preventiva, tal y como lo establece el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

a).- NOCIONES GENERALES DE LA PRISION PREVENTIVA EN MEXICO

Toda vez que no es el objetivo de este trabajo efectuar un estudio histórico de las instituciones que trata, en consecuencia, en el presente apartado solo se aborda de manera general y concreta la prisión preventiva en México, tal y como actualmente se encuentra establecida y regulada en el artículo 18 de la Constitución Política vigente y para efectos de su estudio, se divide este artículo de la siguiente manera:

1.- El precepto dispone en su primera parte: **Sólo por delito que merezca pena corporal habra lugar a prisión preventiva.**

La disposición transcrita esta en íntima relación con la segunda parte del artículo 16 constitucional, que hace factible la orden judicial de aprehensión o detención solo cuando se trate de un delito que se castigue con pena corporal. La aprehensión o detención de una persona es el acto que origina la privación de su libertad y que la prolonga, bien durante el proceso penal propiamente dicho, o bien hasta la compurgación de la pena corporal impuesta por sentencia ejecutoria. En el primer caso, el estado o situación privativos de la libertad personal se traduce en la **prisión preventiva**, la cual obedece,

en primer término a la orden judicial de aprehensión o al hecho de que el detenido o aprehendido quede a disposición de la autoridad judicial, y en segundo término, al auto de formal prisión que, como condición sine qua non de todo juicio penal prevé el artículo 19 Constitucional.

Aunque el auto de formal prisión es el que estrictamente implica el comienzo de la prisión preventiva, ésta en realidad se inicia desde que la persona detenida o aprehendida queda a disposición del Juez; en consecuencia, puede afirmarse que la prisión preventiva comprende dos periodos a saber: **primero.**- Aquel que empieza en el momento en que el sujeto queda bajo la autoridad judicial, bien sea por efecto de la orden de aprehensión o de su consignación por el Ministerio Público, y que abarca hasta el auto de formal prisión o el de libertad por falta de meritos; **segundo.**- El que comienza a partir del auto de formal prisión y hasta que se pronuncia sentencia ejecutoria, ya sea esta condenatoria o absolutoria, puesto que en ambos casos, la prisión preventiva concluye, ya sea para dar paso a compurgar la pena impuesta o bien para poner al absuelto en libertad.

La prisión preventiva, en sus dos periodos indicados, se manifiesta en la privación de libertad que sufre el sujeto desde que es aprehendido por mandato del juez o puesto a disposición de éste, hasta que recae sentencia ejecutoria en el proceso respectivo, duración que se refiere, naturalmente, al caso en que se haya dictado auto de formal prisión, pues de lo contrario dicha privación únicamente tendría lugar desde la

aprehensión hasta la resolución judicial de libertad por ausencia de meritos.

La procedencia de la prisión preventiva debe constatar previamente la constitucionalidad de la orden de aprehensión y viceversa, es decir, la orden de aprehensión además de reunir los requisitos que marca el artículo 16 Constitucional, debe supeditarse a las condiciones exigidas por el artículo 18 de la Ley suprema, en el sentido de que sólo puede aprehenderse a un sujeto cuando el delito que se le imputa sea sancionado con pena corporal. Así lo ha establecido la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tésis jurisprudencial número 208, que bajo el rubro ORDEN DE APREHENSION, a la letra dice: "para que proceda una orden de aprehensión, no basta que sea dictada por autoridad judicial competente, en virtud de denuncia de un hecho que la ley castiga con pena corporal, sino que requiere además, que el hecho o los hechos denunciados puedan realmente constituir un delito que la ley castigue con pena corporal; y el juez de distrito debe hacer un estudio de las circunstancias en que el acto fue ejecutado, para dilucidar si la orden de captura constituye o no violación de garantías". De acuerdo a la tésis jurisprudencial transcrita, no es suficiente que a un determinado acto se le designe bajo la denominación tecnico-legal de un delito que sea castigado con pena corporal, para procederse a la captura de una persona, sino que es necesario que los hechos materiales realmente encuentren su tipificación delictiva, como infracción penal dotada de dicha sanción, para

lo cual el juez de distrito tiene facultad determinativa.

La pena corporal debe estar consignada expreso por la ley para el delito de que se trate. Dicha consignación debe estar hecha en forma conjuntiva con otra u otras especies de sanciones. Por ende, cuando la ley asigne a un hecho delictivo una pena alternativa, no tiene lugar la prisión preventiva y, en consecuencia, tampoco procede constitucionalmente la orden de aprehensión en los términos del artículo 16 constitucional, pues faltaría el requisito establecido por el artículo 18 de la ley suprema. Por lo que se puede concluir en el sentido de que la prisión preventiva, su acto inicial que es la orden de privación de la libertad en los términos del artículo 16 constitucional, y el auto de formal prisión, deben obedecer, en cuanto a su procedencia constitucional, a las circunstancias de que la ley asigne al delito de que se trate una pena corporal, bien aisladamente o bien en forma conjuntiva con otra u otras sanciones, pero nunca alternativa, ya que esto último acarrearía la violación de garantías.

2.- Así mismo el artículo 18 de la constitución vigente, establece en la segunda parte de su primer párrafo lo siguiente: El sitio de esta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas, y estarán completamente separados. La razón de esta disposición es evidente, puesto que la prisión preventiva, y aquella en que se traduce la extinción de una pena privativa de libertad, obedecen a causas completamente distintas, es decir, que la prisión preventiva, no es una sanción que se impone al sujeto como consecuencia de

la comprobación de su plena responsabilidad en la comisión de un delito, sino que constituye una medida de seguridad prevista en la constitución que subsiste en tanto que el individuo no sea condenado o absuelto por una sentencia ejecutoria que declare o no su plena responsabilidad penal. Por tal motivo y atendiendo a la diversa naturaleza de ambas privaciones de libertad, estas deben ejecutarse en diferentes sitios, en las que imperen distintas condiciones de reclusión.

En otras palabras se puede decir, que en esta parte del artículo que se analiza, se consagra un principio en favor de los procesados: el de que los sujetos a proceso estén alojados en un lugar distinto al de los ya sentenciados. Se trata de una humana y lógica regla, pues está demostrado que, con frecuencia, la reunión de unos y otros produce graves perjuicios para los procesados, quienes al convivir con verdaderos delincuentes, es posible que reciban depravadas enseñanzas. Por eso esta parte del artículo dispone terminantemente que el sitio señalado para la prisión preventiva sea distinto y esté por completo separado de aquél en que se cumplan condenas de prisión.

Hasta aquí el estudio del artículo 18 constitucional en lo que atañe a la Institución denominada Prisión Preventiva, sin embargo no se omite mencionar, aún cuando sea en términos muy genéricos, que en la parte restante de dicho precepto, se involucran además de las garantías individuales o del gobernado, garantías sociales en materia penal, a saber: Las primeras, por lo que hace a su dignidad y respeto, cuando se

trate de reos del sexo femenino, al disponer que los lugares donde compurgen las penas deben de estar separados de los destinados al mismo efecto para los reos varones; y las segundas, se consignan como potestades y obligaciones de la federación y de los estados para procurar a través de su ejercicio y cumplimiento, la realización de las finalidades del beneficio colectivo que representan las tendencias de readaptar al delincuente a la sociedad de regenerarlo y educarlo dentro de un adecuado régimen penitenciario inspirado en la idea no de segregarlo de la vida social a título de castigo, sino de reincorporarlo a ella como hombre útil; prescribiéndose, además a cargo de las autoridades administrativas federales y locales el deber social de implantar instituciones educativas para los menores infractores, con el objeto de evitar su incidencia en el campo de la delincuencia. (54).

b). NATURALEZA JURIDICA DE LA PRISION PREVENTIVA.

Sobre este punto es importante resaltar a las medidas cautelares. Debido a que en el Derecho Procesal Mexicano, existen diversas medidas cautelares, tanto en materia civil como penal, y que son llevadas a efecto, ante el peligro de no conseguir jamás o al menos oportunamente con ocasión del proceso el bien garantizado por la ley; o el temor de que su obtención se aplaze, mientras el proceso se tramita, con daño de quien lo reclama.

(54) Cfr. BURSDA, Ignacio; Op. Cit.; pp. 638 à 644

Criovenda señala al respecto: "Se dan en atención a una presencia aseguradora autónoma que existe como poder actual, cuando aún no se sabe si hay o no verdaderamente, derecho asegurado, del que por lo mismo no puede ser accesoria". (55)

Carnelutti, por su parte refiere: "A un proceso de tipo cautelar, que en orden a su estructura cae dentro de las normas de los procesos jurisdiccional o ejecutivo, siendo la finalidad del cautelar obtener un arreglo provisional del litigio, previendo los daños por su duración, y según sea la relación entre el proceso cautelar y el proceso básico, aquél puede ser autónomo o dependiente. Existiendo proceso cautelar dependiente, cuando el arreglo provisional del litigio tiene como presupuesto que se pida una composición definitiva mediante, el proceso jurisdiccional o el ejecutivo. Es autónomo en dos supuestos, facultativo, si el proceso cautelar puede o no ser conducido por separado del definitivo" (56).

Por cuanto al ámbito penal Alcalá y Zamora sostiene: "Que no existe forma de proceso cautelar autónomo, este se hallaría siempre supeditado, y por ende, al de conocimiento o de ejecución. Es por ello que en el ámbito penal dominan o poseen valor relativo las medidas de carácter personal, esto es aquellas, que se vuelcan sobre las personas; y en el procesal civil, son más importantes, las providencias asegurativas sobre los bienes. Sin que esto signifique que en

(55) Cit. Por CUELLO CALÓN, Eugenio; Curso de Derecho Procesal Penal; Ed. Bosch, Barcelona; 1958; p. 455

(56) *Ibidem.*, p. 456

el terreno procesal penal se desconozcan las medidas cautelares reales, ni que en el procesal civil lo sean las personales. En el procedimiento civil existen medidas tales como depósitos, fianzas, hipotecas o embargos y en el procesal penal hay medidas tales como el depósito de personas". (57)

En el proceso penal mexicano predominan las medidas personales sobre las reales según se ha visto, involucrando aquellas la libertad personal del hombre y obedecan a la necesidad según González Bustamante de que: "El inculpado no se sustraiga a la acción de la justicia u oculte los instrumentos u objetos del delito (o bien obstruya o impida, en cualquier forma, el normal desarrollo de la averiguación), y al propósito de que el proceso no se siga a espaldas del enjuiciado, sin oportunidad para que éste desarrolle adecuadamente su defensa" (58)

En el Derecho Positivo Mexicano se proscribe la incomunicación en el artículo 20 Constitucional en su Fracción II. Así mismo se establecen como medidas precautorias: la detención; la prisión preventiva, la libertad provisional, las limitaciones a la libertad personal por efecto de orden de comparecencia, citación intimatoria o emplazamiento; arraigos, exámen anticipado de testigos, precauciones para el examen de testigos y en la confrontación, medidas en la orden de aprehensión a funcionarios, embargos, depósitos, hipoteca, fianzas, aseguramiento de objetos, intercepción de

(57) Cit. Por García Ramírez, Sergio; El artículo 18 constitucional; Ed, UNAM; México; 1967; pp. 18-19.

(58) *Idem.*

correspondencia, omisión de cita en caso de cateo, medidas especiales de cateo en residencias diplomáticas, precauciones para que no se interrumpan los servicios públicos, citación directa al testigo militar o empleado público, medidas cautelares civiles relacionadas con la exigencia de responsabilidad civil a personas diversas del inculpado.

Siendo las mas importantes de estas medidas, la detención por la prisión preventiva, por su frecuencia y consecuencias y por su tipico carácter penal.

Por todo lo anterior se puede concluir que la naturaleza jurídica de la prisión preventiva es la de ser una medida cautelar de carácter procesal penal.

Ahora bien, de la naturaleza de la prisión preventiva se obtiene su justificación y los fines de la misma. Siendo que por su carácter personal y por su prolongada duración, sirve a propósitos que no podrian ser alcanzados con las medidas reales, ni ser asegurados con la precaria detención.

En la actualidad la prisión preventiva se justifica por que según Carrara responde a tres necesidades: "Una de defensa publica, porque impide que mientras dure el proceso los imputados continúen delinquiendo; otra de justicia, ya que impide la fuga del acusado; y otra, de verdad, porque evita que aquél dificulte la investigación, intimide a los testigos y destruya los vestigios del delito" (59).

Además de las ya mencionadas, también garantiza la

(59) Cit. Por LEVEDE, Ricardo; Enciclopedia Jurídica Omba; t. XIII; Buenos Aires, Argentina; Edit. Driskill, S. A.; 1984; p.

ejecución de la pena y sirve de coerción procesal al asegurar la presencia personal del imputado en el proceso.

Por cuanto a los fines, estos son diversos en razón a los elementos que la componen. Y de acuerdo a la clasificación que de ellos hace Jesús Rodríguez y Rodríguez, son los siguientes:

"1.- Fines Generales

a) Indirectos

- Garantizar una buena y pronta administración de justicia.
- Garantizar el orden público, restableciendo la tranquilidad social perturbada, por el hecho delictivo.
- Garantizar el interés social en la investigación de los delitos.
- Garantizar la seguridad de terceras personas y de las cosas.

b) Directos.

- Asegurar el fin general inmediato del proceso que tiende a la aplicación de la ley penal en el caso de su violación
- Asegurar el éxito de la declaración preparatoria, así como el desarrollo normal del proceso.
 - Facilitar el descubrimiento de la verdad, mediante las investigaciones, búsquedas y pesquisas que no deben verse entorpecidas por el inculpado.

2.- Fines Especificos.

- a) Asegurar la presencia del imputado durante el desarrollo del juicio, ante la autoridad que debe juzgarlo.
- b) Garantizar la eventual ejecución de la pena.
- c) Posibilitar al inculpado, el ejercicio de sus derechos de defensa.
- d) evitar su fuga u ocultamiento.
- e) Evitar la destrucción o desaparición de pruebas, tales como huellas, instrumentos, cuerpos del delito, etc.
- f) Prevenir la posibilidad de comisión de nuevos delitos por o contra el inculpado.
- g) Impedir al inculpado sobornar, influir o intimidar a los testigos o coludirse con sus cómplices" (60).

Ante las justificaciones y finalidades anotadas, de la prisión preventiva; esta institución ha sido objeto de violentos ataques y motivo de controversia por los juristas. Entre los que están en contra de esta medida cautelar, se tiene a San Agustín, quien en una de sus frases al respecto afirma que: "Los hombres torturan para saber si deben torturar". (61)

Por su parte Carrara dice: "Que la preventiva es la lepra del proceso penal". (62)

(60) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús; Op. Cit.; pp 29 y 30

(61) Cit. Por GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; El artículo 18 Constitucional; Op. Cit.; p. 23

(62) Idem.

Y Concepción Arenal, al referirse a la misma expresa que:
"Imponer a un hombre una pena grande como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable, y con la probabilidad, de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia". (63).

Siendo Manduca el que afirma: "Que la ciencia no ha dicho la última palabra sobre esta institución, y si bien más adelante reconoce que en el estado actual de moralidad y cultura, la prisión preventiva no puede abolirse, por que la exige una suprema necesidad social" (64).

Por todo lo anterior es de concluir, que día a día es uniforme la tendencia doctrinal a reducir los supuestos de la privación procesal de la libertad, debiendo ser esta la excepción y no la regla; debiendo además ser de corta duración y sólo para delitos graves; interpretando las normas que las rigen siempre en favor del procesado quien tiene a su vez de su lado, la presunción de inocencia solo durante todo el tiempo que dure el proceso. Sosteniendosele solo debido a necesidades de carácter social y con el consecuente sacrificio de los derechos del individuo.

c) MODALIDADES JURIDICAS PARA QUE PROCEDA LA PRISION PREVENTIVA.

El hombre, animal gregario por naturaleza, tiende a vivir

(63) Idem.

(64) Idem.

en comunidad; por la palabra de que esta dotado, comunica a sus semejantes sus ideas y pensamientos, y por su inteligencia y necesidad, se agrupa con otros hombres, principalmente para la defensa contra enemigos, contra fieras o contra el ambiente. En esa convivencia surgen discrepancias, enemistades y, en consecuencia, los ataques, los atropellos, los abusos; en las contiendas que así se producen se impone la ley del más fuerte, lo cual obliga a cultivar las relaciones con los demás, a la comprensión y aún a la tolerancia, para no dar cabida a malas voluntades o enemistades.

Así surge la necesidad de regular la conducta individual, para que cada quien respete los derechos de los otros, condición indispensable para la paz. (65)

De esta manera se tiene que así como el individuo debe observar ciertas conductas normadas para vivir en sociedad. También el Estado a través de sus gobernantes y autoridades debe sujetarse a las normas establecidas para su funcionamiento, es por ello que se analiza brevemente cuales deben ser el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas ha que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida en la esfera jurídica del gobernado, y en este caso de manera particular en relación a a procedencia de la prisión preventiva.

Como es sabido entre gobernantes y gobernados se dan

(65) Cfr.; BAZDRESCH, Luis; Op. Cit. p. 23

relaciones en que los primeros afectan a los segundos. Siendo los gobernantes los representantes del Estado, el cual a su vez tiene una actividad de ejercer el poder de Imperio de que es titular como entidad jurídica y política suprema con substantividad propia, que desempeña dicho poder sobre y frente a los gobernados por conducto de sus autoridades. El estado, al desarrollar su actividad de imperio y asumir su conducta autoritaria, imperativa y coercitiva, necesariamente afecta la esfera jurídica que se atribuye a cada sujeto como gobernado, ya sea en su aspecto de persona física o de entidad moral, pues todo acto de autoridad emanado por esencia del estado y ejercido por los diferentes órganos autoritarios estatales, tienen como finalidad inherente, imponerse a alguien (gobernado) de diversas maneras y por distintas causas; es decir, que todo acto de autoridad debe afectar ineludiblemente a alguna persona moral o física en sus múltiples y variados derechos: vida, libertad, expresión, propiedad, tránsito, etc.

Dentro de un sistema en que impere el derecho, ya sea bajo un carácter normativo legal o bajo un aspecto consuetudinario, esa afectación de diferente índole y de múltiples y variadas consecuencias que opera en el estatus de cada gobernado debe obedecer a determinados principios previos, llenar ciertos requisitos.

En síntesis, debe estar sometida a un conjunto de modalidades jurídicas, sin cuya observancia no sería válida desde el punto de vista del derecho.

El conjunto de modalidades jurídicas ha que tiene que

ajustarse todo acto de autoridad para producir validamente, desde un punto de vista jurídico, la afectación en la esfera del gobernado a los diversos derechos de éste, y que se traduce en una serie de requisitos, condiciones o elementos, es lo que constituye las llamadas garantías de seguridad jurídica. En consecuencia estas implican, el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas ha que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado integrada por el sumum de sus derechos subjetivos.

Por lo anterior se debe decir que, un acto de autoridad que afecte el ámbito jurídico particular de un individuo como gobernado (persona física o moral), sin observar dichos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias previos, no será válido a la luz del derecho.

La seguridad jurídica in genere, al conceptuarse como el contenido de varias garantías individuales consagradas por la constitución política, se manifiesta como la sustancia de diversos derechos subjetivos públicos individuales o ponibles y exigibles al estado y a sus autoridades, quienes tienen la obligación de acatarlos y observarlos. Esta obligación estatal y autoritaria es de índole activa en la generalidad de los casos, es decir, que el estado y sus autoridades deben desarrollar, para acatar dicha obligación, actos positivos, consistentes en realizar todos aquellos hechos que impliquen el cumplimiento de todos los requisitos, condiciones, elementos o

Circunstancias exigidas para que la afectación que generen sea jurídicamente válida. Por ello se dice que en las garantías de seguridad jurídica la obligación estatal y autoritaria, es eminentemente positiva en términos generales, ya que se traduzca, no en un mero respeto o en una abstención de vulnerar, sino en el cumplimiento efectivo de todos aquellos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias cuya observancia sea jurídicamente necesaria para que un acto de autoridad produzca válidamente la afectación particular, en la esfera del gobernado, que este destinado a realizar. Así por ejemplo si a una persona se le pretende privar de su libertad por un acto autoritario, se le debe oír en defensa de acuerdo con las formalidades esenciales del procedimiento, requisitos o condiciones para cuya observancia la autoridad debe desarrollar una conducta positiva. (66).

Del análisis que antecede se obtiene como conclusión, que las modalidades jurídicas para la procedencia de la prisión preventiva, se encuentran contenidas en los artículos 16, 18 y 19 de la Constitución Política de 1917. Y por lo tanto son el fundamento jurídico de esta Institución, de acuerdo a lo siguiente:

El artículo 16 constitucional en lo conducente, dispone:

"Artículo. 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesión, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y

(66) Cfr.; BURGA, ignacio; Op. Cit; pp. 504 y 505.

motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de Ley.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá

ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluir una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia...".

Y por su parte el artículo 18 constitucional en lo relativo al tema en estudio, dispone:

"Artículo 18.- Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinará para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los gobiernos de la federación y de los estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base de trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. Los gobernadores de los estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la federación convenios de carácter general, para que los reos

sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del ejecutivo federal..."

Y finalmente el artículo 19 constitucional establece:

"Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: El delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroge la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la Ley Penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prorroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después

pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Todo maltratamiento que en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades".

a).- Conforme al contenido del artículo 16 Constitucional, para que se de la prisión preventiva, debe darse mandamiento por escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento (Autoridad Judicial). Debe haber con anterioridad denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado

b).- El artículo 18 Constitucional, es la base jurídica de la prisión preventiva, pero no se puede dejar de tomar en cuenta el artículo 16 y 19 de este mismo ordenamiento pues se tendría un panorama mutilado de lo que es la prisión preventiva. Hecha esta aclaración se tiene que este artículo señala en su párrafo primero:

"Solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de esta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados".

c).- Por lo que respecta al artículo 19 Constitucional éste señala: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto

de formal prisión en el que se expresarán: El delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la Ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la Ley Penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prorroga, deberá llamar la atención del Juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Todo maltrato que en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos, que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades".

Por lo que se concluye que las modalidades jurídicas para

que se de la prisión preventiva son:

1.- Mandamiento por escrito de la autoridad judicial que funde y motive la causa legal del procedimiento.

2.- Un hecho que la ley señale como delito, que se sancione con pena corporal.

3.- Es presupuesto de la prisión preventiva; la detención la cual tiene una duración o plazo de 72 horas, el cual podrá prorrogarse unicamente a petición del indiciado, en la forma en que señale la ley.

4.- Que dentro del plazo de setenta y dos horas, se justifique la detención, con un auto de formal prisión en el que se expresarán: El delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Por último se hace la observación de que la prisión preventiva, solo se suspende al otorgarse la libertad provisional bajo caución, quedando firme al auto de formal prisión el cual se da con sujeción a proceso, pues en caso de que se revoque la libertad provisional, no se volverá a dictar el auto de formal prisión, sino que se mantendrá el que de origen al proceso con sus efectos.

d).- DIFERENCIA DE LA PRISION PREVENTIVA Y OTRAS FIGURAS JURIDICAS AFINES.

Este es un punto que se ha considerado obligado por cuanto

a la prisión preventiva, los tratadistas y legisladores le han confundido y usado como sinónimo de otras figuras jurídicas, tales como: el arresto; la detención y la aprehensión. Así mismo se hace la diferencia de la prisión preventiva y de la prisión como pena; para no dejar lugar a dudas de que cada institución o figura jurídica es diferente a la de la prisión preventiva.

Otros autores las diferencian a su arbitrio; es por ello que se analiza la opinión de los doctrinarios y de la legislación al respecto, con el fin de obtener una conclusión que ilustre y no lleve a más confusión, y al efecto se tiene en primer término el arresto, que para Marco Antonio Díaz De León, consiste en lo siguientes:

"El arresto: Es una privación de la libertad, de corta duración, decretada por una autoridad judicial o administrativa.

Quando se dicta por una autoridad judicial es una corrección disciplinaria establecida por la Ley y que se impone al que comete una falta en el proceso" (67).

El artículo 21 constitucional, en relación con el arresto en su parte conducente establece: "...Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos, y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por 36 horas; Pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese

(67) DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio; Diccionario de Derecho Procesal Penal; Edit. Porrúa, S. A.; México; 1986; p. 236

impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de 36 horas.

Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor al importe de su jornada o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso".

El citado artículo 21 constitucional en vigor, comprende 3 disposiciones diversas: Primera, la imposición de las penas es exclusiva de la autoridad judicial. Segunda, La persecución de los delitos corresponde al Ministerio público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato; y tercera, otorga competencia a la autoridad administrativa para la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía.

Es prudente señalar que el arresto, debe estar debidamente fundado y motivado de acuerdo a los lineamientos contenidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal.

El arresto y la prisión preventiva se diferencian en que el primero es una sanción administrativa o corrección disciplinaria cuando es aplicada por la autoridad judicial; consiste en la privación de la libertad y es de corta duración (36 horas), siendo opcional pagar la multa para evitar dicho arresto; en la aplicación de esta corrección o sanción se toma en cuenta las posibilidades económicas del infractor. La segunda es una medida cautelar, solo puede ser aplicada por la autoridad judicial competente; consiste en la privación de la

libertad, siendo esta de mayor duración que el arresto (va de meses a un año o más); no es opcional pues la ley señala claramente cuando se debe decretar; en la aplicación de esta medida no se toma en cuenta la posibilidad económica del presunto responsable del ilícito.

La **detención**, el tratadista Marco Antonio Díaz De León, la define en los siguientes términos: "La palabra detención (acto de detener) en su más general sentido, significa, acción por la cual se suspende o cesa la actuación de alguna actividad material o humana. Jurídicamente su concepto implica esta idea interruptora y se considera como tal estrictamente, la privación accidental de su libertad natural de una persona como presunto responsable de un delito para comprobar las indagaciones de criminalidad que existen contra él". (68)

La medida procesal detentiva de una persona con carácter provisional o preventivo, significa siempre, una interrupción o limitación de la libertad absoluta de movimientos de quien la padece o la soporta, la cual se manifiesta, en el acto material detentivo en que aquella se ofrece real y auténticamente al verificarse con o sin voluntad de quien la sufre.

La naturaleza jurídica de la detención personal supone la privación de un bien personal por el individuo en quien recae; el de disposición de su persona que implica el ejercicio de su omnimoda libertad personal, llamada natural o también deambulatoria. El detenido está sujeto, accidental y momentáneamente, a la disposición del juez o del Ministerio

(68) *ibidem*, p. 722

Público que la haya solicitado o acordado. En este amplio y general concepto es una limitación del goce de un bien jurídico personal; es una pena en el sentido natural de la palabra, aunque no lo sea en el formal o técnico, y, por tanto debe ser administrada con cautela y suma diligencia, procurando no excederse de los límites que la necesidad imponga.

La detención está tomada en consideración a prevenir la comisión de un delito; evitar la fuga del culpable de ese delito, o a cumplimentar una orden judicial, es por ello que de como resultado que tenga el carácter de las llamadas medidas cautelares, tendiente a prevenir un peligro potencial contra la seguridad pública. La peligrosidad viene de una situación de hecho, actual, accidental, manifestada por un acto de inequívoca delincuencia; posee además un carácter puramente accidental y preparatorio para una decisión posterior; pues solo dura el plazo mínimo preciso para ello; setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición del Juez (Art. 19 párrafo primero). Al final del plazo, se debe tomar una resolución en donde se le reintegre a su libertad o se le dicte auto de formal prisión, transformándose así los cargos hipotéticos, que justifican la detención, en la situación real y permanente que caracteriza a cualquiera de las dos resoluciones en que desemboca la detención siendo esta una medida procesal cautelar no resolutive.

La detención está supeditada a la existencia de un delito sancionado con pena privativa de libertad (art. 16 constitucional). En consecuencia, es ilegal, cuando el delito

sólo trae aparejada pena no corporal o alternativa.

El tratadista Sergio García Ramírez en relación a la institución en estudio opina: "La detención se presenta en 3 hipótesis (que configuran otras tantas especies), diferenciables en orden de los efectos que producen y a la persona que priva de su libertad al presunto delincuente: a).- Detención por cualquier individuo, en caso de delito flagrante; b).- Detención por autoridad administrativa justificada por la urgencia, y c).- Detención por orden de la autoridad jurisdiccional (orden de aprehensión). En todo caso de detención en sentido estricto, concluye al dictarse el auto de formal prisión" (69).

Estando de acuerdo con lo dicho por el autor anterior, se dejan de analizar las opiniones de otros autores ya que solo traerían confusión, no siendo este el objetivo.

Por último debe decirse, que el término de la detención por cuanto al computo del tiempo; también ha traído controversia entre los diversos doctrinarios, utilizando el término de la detención en sentido amplio y en sentido restringido.

La detención en sentido amplio conforme la explican unos autores; abarca desde que se aprehende al inculpado, hasta que se dicta sentencia definitiva; dividiendo a la detención en 3 periodos y algunos doctrinarios en dos. El primero de ellos comprende desde la aprehensión hasta que se pone al inculpado a

(69) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; El artículo 18 Constitucional; Op. Cit. p. 21

disposición de la autoridad judicial; el segundo, va desde el auto de radicación, hasta que se dicte el auto de formal prisión, y el tercero, que va desde el auto de formal prisión hasta que se dicta sentencia definitiva. Y cuando se divide en dos periodos, el primero abarca desde la aprehensión hasta el auto de formal prisión y el segundo lo que llaman detención preventiva que abarca desde el auto de formal prisión hasta que se dicta sentencia definitiva.

La detención en sentido estricto, no cuenta con periodos y comprende desde la aprehensión hasta antes de dictarse el auto de formal prisión o la libertad por falta de elementos para procesar y que debe darse después de vencido el plazo de las setenta y dos horas que señala el artículo 19 constitucional (dicho plazo puede prorrogarse únicamente a petición del indiciado).

Por lo que para el efecto de este estudio el término detención debe tomarse en sentido estricto para no crear confusión y poder diferenciar esta figura jurídica de la prisión preventiva. Siendo la excepción el artículo 20 constitucional Fracción X, párrafo tercero, que dice: "En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computara el tiempo de la detención". En donde se debe interpretar el término detención en sentido amplio.

De lo anterior se tiene que tanto los legisladores y doctrinarios en muchos de los casos al usar los términos en forma indiscriminada y carente de técnica solo vienen a confundir y oscurecer el entendimiento de las instituciones en

este caso, la detención y la prisión preventiva, de las que en seguida se dan sus diferencias.

La detención, es una medida cautelar no resolutive; la puede realizar cualquier persona, la autoridad administrativa o la autoridad judicial; comprende desde la aprehensión hasta antes de que venza el plazo de las setenta y dos horas. Mientras que la prisión preventiva es una medida cautelar resolutive; que sólo es atribución privativa del juez, se da después del vencimiento de las setenta y dos horas (Art. 19 Constitucional); y su duración ya no es por horas, sino que va en relación al tiempo que dure el proceso respectivo; esto es, meses; conforme a lo señalado por el artículo 20 Constitucional, Fracción VIII.

En conclusión se puede decir que la detención y la prisión preventiva no son sinónimos; ni la primera comprende a la segunda como la utilizan algunos autores en sentido amplio. Siendo la detención en sentido estricto, el presupuesto de la prisión preventiva en el Deracho de Procedimientos Penales Mexicano.

La aprehensión: "De origen latino, este vocablo expresa la idea básica de coger o asir alguna persona o alguna cosa, para retenerla. (Del latin apprehencio, der, del verbo apprehendere, de ad, a y prehendere, asir, tomar).

En el lenguaje Jurídico, tiene diversa aplicación en situaciones distintas, pero que tienen relación directa con la idea básica señalada.

En el lenguaje del Derecho Procesal se emplea la expresión

con relación a la detención de personas. Consiste en el acto de detener o apresar a un delincuente o sospechado de delito criminal". (70).

Una vez señalado el concepto de aprehensión, se procede a analizar la Orden de Aprehensión.

La orden de aprehensión: Consiste en el mandato que se da para privar a un individuo de la libertad. En esta senda la actividad del Ministerio Público se concreta a solicitar la orden de aprehensión; teniendo después el proceder de la autoridad judicial negando o accediendo a la petición.

La autoridad judicial sólo debe dictar orden de aprehensión, cuando se reúnan los requisitos, que establece el artículo 16 constitucional.

El Ministerio Público es quien solicita y ejecuta la orden de aprehensión; pero la ejecución no puede ser llevada a cabo, sin que previamente la decrete el Juez.

Determinada la calidad delictuosa del acto, se necesita para librar orden de aprehensión que el hecho esté sancionado con pena corporal; pues si tiene señalada pena no corporal o alternativa, no procede la orden de aprehensión; en el primer caso por que no hay pena corporal y en el segundo, porque siendo alternativa, solo se podrían saber si el delito merece pena corporal hasta la sentencia.

En conclusión, se puede decir que la aprehensión cuando se lleva a efecto sin orden judicial, se utiliza como sinónimo de

(70) Enciclopedia Jurídica Urubá; tomo I; Buenos Aires, Argentina; Edit. Drinckill, S. A.; 1964; pp. 742 y 743

la detención y se habla del termino aprehensión en sentido estricto cuando se ha decretado la orden de aprehensión por el juez, con la finalidad de que sea ejecutada por la policia judicial como órgano auxiliar del Ministerio Público. De ahí que una vez ejecutada la orden de aprehensión, esta se agota en ese mismo instante para dar paso a la detención en sentido estricto, por lo que resulta que la aprehensión es un término que se ha utilizado en las leyes mexicanas, como sinónimo de la detención, lo cual como se ha visto es incorrecto, pues la aprehensión es un acto que se agota en el mismo momento de la privación de la libertad del presunto responsable, para pasar a ser un presupuesto de la detención y de la prisión preventiva posteriormente. Por tanto, la prisión preventiva como la aprehensión, son figuras jurídicas diferentes que no pueden ser utilizadas como sinónimos.

La prisión como pena. "Consiste en la .privación de la libertad, sufrida en cumplimiento de una pena corporal, después de haberse dictado sentencia que ha causado estado". (71)

La prisión como pena, se encuentra regulada por el Código Penal vigente en su Título II. Capítulo I, y que se refiere a las penas y medidas de seguridad, en su artículo 24 se da un listado de las mismas; estando la prisión como la número uno y más que por el orden, lo es por la importancia que tiene en el sistema penitenciario mexicano.

Es en el artículo 25 del Ordenamiento antes mencionado

(71) Rivera Silva, Manuel; op. cit.; p. 147

donde al respecto dice: "La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo, cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o las autoridades ejecutoras de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva..."

Son varios los objetivos de la pena de prisión, pero todos tendientes a ayudar al reo a readaptarlo, para su reingreso a la sociedad.

A decir de algunos doctrinarios la prisión como pena, es justificada por que protege a la sociedad contra los delitos que cometen los delincuentes, al segregarlos de la sociedad, en confinamiento obligatorio.

Los medios que son utilizados para la readaptación de los reos son: los curativos, los educativos, los morales, los espirituales. Los laborales y otros más. Debiendo darse preferentemente la individualización en el tratamiento de cada uno de los presos en forma progresiva.

También se tiene que conforme al artículo 18 Constitucional, párrafo primero; la extinción de las penas debe ser en diferente sitio y separados de los destinados para prisión preventiva.

La prisión como pena viene con motivo de una sentencia condenatoria impuesta al responsable de un delito, por el órgano jurisdiccional competente y que aunque afecta la

libertad personal, también puede afectar su patrimonio o el ejercicio de sus derechos.

Sólo por cuanto a su aplicación, la pena de prisión y la prisión preventiva, son comunes; en cuanto que es el órgano jurisdiccional el encargado de imponerlas. También existe relación en lo dispuesto por el artículo 20 Constitucional, Fracción X, párrafo tercero, que dice: "En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención". Refiriéndose en este caso al término detención en sentido amplio, esto es, que abarca desde lo que es propiamente la detención en sentido estricto y lo que es la prisión preventiva.

Por todo lo anterior se puede concluir, que la prisión como pena es diferente a la prisión preventiva; debido a que la primera es una pena que viene como consecuencia de una sentencia que ha causado estado y que ha sido condenatoria; el computo de la misma va de días a años; tiene por objeto la readaptación del reo, que goza de beneficios que la ley otorga al reo para que pueda obtener la libertad. Por otra parte, la prisión Preventiva, es una medida cautelar que viene con motivo de un auto de término constitucional; sirve para custodiar a los internos mientras se sabe su sentencia; se cumple en lugar distinto y separado a la primera, goza solamente del beneficio de la libertad provisional bajo caución; no interesándole readaptar, pues todavía no se sabe si el presunto responsable es culpable o inocente del delito que se le acusa, existiendo durante todo el tiempo en favor del procesado, la presunción de

inocencia que solo pueda ser revocada por una sentencia condenatoria al término del proceso penal.

Por lo que también se puede afirmar que la prisión preventiva en muchos casos es un presupuesto de la pena de prisión.

Una vez vistas las diferentes figuras afines a la prisión preventiva, solo resta decir, que no son sinónimos estas figuras jurídicas, y que cada una tiene una característica especial o varias que las hace diferentes; pero que a su vez guardan una estrecha relación entre sí.

e) EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE LA PRISION PREVENTIVA

A través del tiempo la institución denominada prisión preventiva, ha sido objeto de muy constantes y variadas críticas por parte de doctrinarios como Carrara, Conforti, Olga Islas y García Cordero, entre otros; deduciéndose de dichas críticas, que esta institución, lejos de ser positiva en los casos de delitos leves ha sido (hasta el momento) negativa, tanto en la economía carcelaria, como en la moralidad de la ciudadanía, pues aquéllos imputados que llegan a ser reclusos antes de la condena por delitos leves (muchos de ellos siendo inocentes), terminan por despreciar las leyes, odiar a la sociedad, familiarizarse con la prisión y arruinarse moralmente, por la vida promiscua que deteriora y corrompe en la cárcel; pues en esta última, durante su encierro el sujeto va cambiando psicológicamente, alterando su modo, costumbres, lenguaje y aún su fisonomía. Ese recluso, por prisión

preventiva, comienza a vivir apartado de su esposa, de sus parientes, de sus hijos y de las personas cercanas a él con quienes normalmente residía y convivía, con sus propias reglas de comunidad y de trabajo, y como resultado de esa estancia en reclusión, ese ser humano se desconecta de su ocupación ordinaria, familia y reglas de comunidad, amén de que una vez puesto en libertad, podrá esperar nuevos desajustes, serias dificultades para restablecer esa manera de vivir, necesitando un buen periodo de tiempo para reencontrarse con la sociedad, si no es que le provoca ese reencuentro un verdadero shock de consecuencias impredecibles.

Por lo anterior es necesario entender que la prisión preventiva como está concebida, es una pena anticipada de corta duración, un suplicio en donde se gestan nuevos y más graves delitos, que lejos de disminuir la criminalidad, la aumentan progresivamente transformando al infractor primario en reincidente o habitual.

Por lo anterior algunos tratadistas consideran que generalmente la prisión preventiva, tiene graves efectos y consecuencias negativas como son:

1.- Suspende los derechos o prerrogativas de los ciudadanos sujetos a un proceso criminal (fracción II del artículo 38 constitucional);

2.- Provoca cambios psicologicos en el detenido, alterando modos, costumbres y aún la fisonomía durante su encierro; además disminuye considerablemente las posibilidades reales de la defensa;

- 3.- Afecta a la economía carcelaria;
- 4.- Por sí misma es una coacción para el sujeto, quien psicológicamente se siente en total desprotección y en situación de inferioridad frente a las autoridades;
- 5.- Genera trato despectivo y atropellante por parte del personal del reclusorio;
- 6.- Estigmatiza y como consecuencia genera desprecio en un sector considerable de la sociedad;
- 7.- Suscita juicios por parte de periodistas y en general de la opinión pública, que atacan la dignidad del ser humano y el buen nombre;
- 8.- Da lugar a que el sujeto pierda su empleo, lo que afecta gravemente a la economía familiar;
- 9.- Repercute en todo el desenvolvimiento familiar del sujeto.
- 10.- No se obtiene el fin de evitar la desadaptación social del procesado, pues la prisión deja huella, temor y miedo en quien la sufre;
- 11.- El aumento de los reincidentes y habituales en los establecimientos, influye en la contaminación criminal de los delincuentes primarios;
- 12.- Provoca aislamiento social, pues las personas privadas de su libertad, no solo se encuentran aisladas de la sociedad, sino que a veces también lo están dentro de la misma institución carcelaria;
- 13.- La prisión preventiva es un factor criminógeno, es una institución que crea delincuentes a lo sumo buenos

reclusos. De ahí que a las prisiones se les denomina escuelas del crimen o universidades de la delincuencia;

14.- En la prisión el predominio del más fuerte sobre el más débil es la ley que rige a los internos, en donde los delitos que se cometen tanto por los reclusos como por los funcionarios siempre quedan impunes;

15.- Entre los delitos que se cometen en las reclusorios preventivos, figuran las lesiones, homicidios, violaciones, suicidios y un incontrolable tráfico humano de depravaciones y violencia, siendo el caso más típico, la venta de estupefacientes y drogas que en algunas ciudades se dirigen desde la prisión;

16.- Así mismo trae como consecuencia, traumas físicos y psíquicos por falta de libertad, es decir por el encierro, también se advierten síntomas de inapetencia, insomnios, crisis emotivas, disfunciones neurovegetativas y un elevado número de esquizofrenia.

17.- Ocasiona alteraciones como reacciones hísticas y psicosis situacional, que origina delirios intensos y estados de pánico.

18.- Provoca enfermedades físicas que repercuten en la salud física de los internos, por la deficiencia de higiene y por las características de la alimentación generalmente insuficiente, mal balanceada y sin valor proteico, ocasionando enfermedades pulmonares, desnutrición, pérdidas de piezas dentarias, etc.

El abuso en la aplicación de la prisión preventiva, ha

generado problemas de sobrepoblación carcelaria, por lo que de seguir por el mismo camino, sin buscar otras alternativas, muy pronto será necesario, la creación de más reclusorios preventivos, que poco ayudan en dar una solución definitiva al problema de la delincuencia que día a día va en aumento en la ciudad. Por lo anterior, se puede concluir este punto, en el sentido de que en la actualidad son más los efectos y consecuencias negativas que los beneficios que se obtienen con la aplicación indiscriminada de la prisión preventiva, por lo que cada vez se hace más necesario y urgente la búsqueda y aplicación de otras soluciones, que disminuyan el uso de la prisión preventiva, como lo son: Los substitutos penales o medidas alternativas de la prisión, o tal vez otras soluciones que atenuen, sustituyan o hagan desaparecer la prisión preventiva. (62)

C) LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION.

Una vez que ha sido abordada aunque de manera muy general la institución denominada prisión preventiva, es procedente entrar al estudio de la figura jurídica denominada Libertad Provisional bajo Caución, ya que el estudio de esta exigió la previa mención de la primera, por cuanto que la libertad caucional, es tan solo una garantía que se otorga para substituir a la prisión preventiva.

(72) Cfr. Cit. por BARRITA LOPEZ, Fernando A.; Prisión Preventiva y Ciencias Penales; 2a. ed.; México; Edit. Porrúa, S. A.; 1992; pp. 88 a 99

Algunos autores han opinado que a partir del liberalismo, el dinero adquiere un puesto tan importante como la libertad personal de los individuos, pues consideran que el símbolo de la sangre deja su lugar al símbolo del dinero, en razón de que la importancia que adquieren los factores económicos a partir de la revolución francesa, se manifiestan en las instituciones como la de estudio, en donde un valor muy apreciado, como lo es la libertad personal (que en ciertos casos en un procedimiento penal se ve interrumpida por la prisión preventiva), puede ser preservada gracias a otro valor también muy apreciado: el dinero, que queda en lugar de la prisión, porque dinero y libertad concurren y no en cambio dinero y prisión. Esta situación provocó, que los que no tienen poder económico, protestaran contra la libertad bajo caución, pues en ella ven un producto fiel del pensamiento burgués.

De esta manera, la privación provisional de la libertad es canjeada por la caución, es decir, por otro bien con respaldo económico. No obstante existen tratadistas que indican que no existe equivalencia entre el aseguramiento de un inculpado para evitar se escape de la justicia, y la obtención de una suma de dinero para el estado, para el caso de que este evento ocurra, sin embargo, lo cierto es que la mayoría de las constituciones del mundo establecen dicha institución de libertad provisional bajo caución, en beneficio de los individuos sujetos a un procedimiento penal, y la cual es procedente bajo ciertos requisitos y restricciones que regula la propia norma constitucional de cada país.

A propósito de la Institución a estudio, el tratadista Manuel Rivera Silva, expone lo siguiente: "La libertad es algo de lo máspreciado para el hombre. El liberalismo le dió tónica privilegiada y a partir de ese momento todas las constituciones, basadas en la corriente liberal, luchan por protegerla. Es tan exagerada la inquietud de proteger la libertad, que se extiende hasta los inculpados, encontrándose en todas las legislaciones modernas, cierta inclinación por concederles, hasta donde sea posible, el goce del bien que hemos citado. Nuestra constitución también es protectora de la libertad de los inculpados y entre las instituciones que ha previsto para favorecer esta, se haya la libertad provisional bajo caución, cuya mira es concederla en todos aquellos casos en que esa concesión no daña la buena administración de justicia. La prisión preventiva tiene por objeto evitar una posible evasión de la justicia y en tanto que ello puede lograrse recurriendo a otros medios que no perjudiquen la libertad, se les deben dar cabida" (73).

Por su parte Sergio García Ramírez expone: "La prisión preventiva y su contrapartida, la libertad provisional, figuran entre los temas descolantes del procedimiento penal. En principio, parece injusto que un individuo cuya responsabilidad delictuosa no se ha demostrado, quede sin embargo, privado de la libertad. Este hecho, universalmente conocido, milita directamente en contra de la idea de que se presume que una

(73) RIVERA SILVA, Manuel; Op. Cit.; pp. 357 y 358.

persona es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad. Si tan elevado principio del derecho penal liberal fuese verdaderamente atendido, no habría - no podría haber - cárcel preventiva, que es, como dijo un clásico, una pena que se anticipa a la sentencia". (74)

A su vez tratadistas como Fernando Arilla Bas, opinan que las leyes establecen y reglamentan la libertad caucional, conciliando dos intereses opuestos: el interés público de que el procesado permanezca en prisión preventiva durante el proceso, con el fin de garantizar la efectividad de la sentencia, y el interés privado del procesado, quien tiene derecho a que se presuma su inocencia en tanto no haya sido condenado por sentencia ejecutoriada, a su vez indica, que el fundamento de la libertad caucional radica en el hecho de que el interés público de garantizar la efectividad de la sentencia admite una graduación de mayor a menor, de acuerdo con la gravedad del delito objeto del proceso, de manera que cuando el procesado es presuntamente responsable de un delito de menor gravedad, la prisión preventiva puede ser substituida por la caución, es decir, la *pignus corporis* se cambia por la *pignus pecuniae*, la prisión por el dinero. (75)

En este punto y a propósito de la libertad provisional, cabe hacer la reflexión (que muchos tratadistas han abordado y hasta debatido), de que si se trata de un beneficio que se

(74) GARCÍA ROMÍREZ, Sergio; Proceso Penal y Derechos Humanos; México; Edit.: Porrúa, S. A.; 1992; p. 103

(75) Cfr. ARILLA BAS, Fernando; El Procedimiento Penal en México; 16a. ed.; México; Edit. Porrúa, S.A.; 1996; p. 212

concede al inculpado o de un derecho que este tenga y que pueda validamente exigir; sobre el particular el doctor Sergio Garcia Ramirez, en su obra titulada Proceso Penal y Derechos Humanos, concluye en el sentido de que a este respecto, es improcedente un debate, ya que la ley procesal no previene beneficios en el sentido de favores o gracias que hace la autoridad al individuo. Se trata, siempre, de derechos que éste tiene; y aclara que se emplea la palabra beneficio pues, como locución de amplio alcance, que en este caso implica un derecho que acarrea bienes - hace bien: beneficia - al titular. E indica que si fuese solamente una gracia, mal podría reconocerse al sujeto la facultad de impugnar la negativa a través de recurso ordinario - apelación - o de remedio extraordinario - amparo - .

Sea como sea, lo cierto es que la Constitución Política vigente, en su artículo 18 establece que, solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. Y en contrapartida la misma constitución establece en su artículo 20 fracción I. la libertad provisional bajo caución, que substituye a la prisión preventiva por una garantía patrimonial que permite la libertad del indiciado o procesado.

Es sumamente importante aclarar que la institución que hoy se conoce como libertad provisional bajo caución, tanto en el texto original de la constitución política de 1917, como en el reformado en 1948, se referían a la garantía en estudio, como libertad bajo fianza, lo que en opinión de distinguidos tratadistas como: Jesús Zamora-Pierce, Ramirez Hernández

Elpidio, Fix-Zamudio Héctor y Andrade Sánchez Eduardo, consideraban que dicha denominación era incorrecta, puesto que la fianza, si bien es la garantía empleada con mayor frecuencia, no es sino una de las que, juntamente con el depósito en efectivo, la hipoteca y ahora quizá la prenda, quedan más correctamente englobadas bajo la denominación genérica de libertad bajo caución empleada por el texto en vigor (1985), y a su vez hacen el señalamiento de que la doctrina mexicana había recomendado ya esta corrección terminológica, finalmente opinan que la reforma constitucional de 1985, al referirse genericamente a la caución permite cualquier, lo cual hace posible otorgar la garantía prendaria.

Más adelante en el capítulo siguiente al tratar lo relativo al significado gramatical del término caución se ampliara con más detalle la institución en estudio.

a).- CONCEPTO.

En este apartado no se pretende efectuar una definición del término caución (ya que esto se hará más adelante en el capítulo tercero), sino de la institución denominada Libertad Provisional Bajo Caución, en consecuencia, a continuación se citan algunas definiciones que sobre esta institución proporcionan los siguientes autores:

Respecto a la institución en estudio, Rafael De Pina Vara, da la siguiente definición: "....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". (76)

Así mismo Juan Palomar de Miguel, en su diccionario para juristas define a la libertad provisional bajo caución, en los siguientes términos: "Libertad bajo fianza, o caución. Una de las formas de la libertad condicional, en la que los reos o presuntos culpables, se excusan de guardar prisión mediante una fianza o caución que entregan como garantía". (77)

Haciendo alusión al tema el profesor Guillermo Colín Sánchez, la conceptualiza de la siguiente manera: "La libertad bajo caución, es el derecho otorgado por la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos que toda persona sujeta a un procedimiento penal, para que previa satisfacción de los requisitos especificados por tal ley, pueda obtener el goce de su libertad siempre y cuando el término medio aritmético de la pena, no exceda de cinco años de prisión". (78)

A su vez de la obra de Jesús Zamora Pierce, titulada Garantía y Proceso Penal, se deduce el siguiente concepto: "La libertad bajo caución es tan solo una garantía que se otorga para substituir a la prisión preventiva". (79)

(76) DE PINA VARGA, Rafael; Op. Cit.; pp. 332 y 333

(77) PALOMAR DE MIGUEL, Juan; Diccionario Para Juristas; Edit. Mayo Ediciones, S. de R. L.; México; 1981; p. 791

(78) COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo; Derecho Mexicano de Procedimientos Penales; 20a. Ed.; México; Edit. Porrúa; 1995; p. 571.

(79) ZAMORA PIERCE, Jesús; Op. Cit.; p. 85

Finalmente se cita en concreto la opinión del tratadista Jorge Alberto Mancilla Ovando, quien en relación al tema en estudio indica, que la libertad es un derecho natural del hombre, que le es inherente a su propia naturaleza desde el momento en que nace, y que por lo tanto la ley solo la reconoce, no la concede. También señala que cuando la libertad personal sufre restricciones, se puede restituir el goce de ese derecho en los términos que la ley dispone; pero su naturaleza sera diferente y su ejercicio estará condicionado a las limitantes que se señalen por el órgano público que la brinda, a su vez indica que la Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo ha resuelto, según se advierte de la siguiente ejecutoria: "LIBERTAD PERSONAL.- El derecho que a ella tiene el hombre, le es propio, viene de su naturaleza, y la ley no se lo concede sino que se lo reconoce; pero si por los motivos previstos en la ley, es privado de esa libertad, nace entonces el derecho a estar libre mediante ciertos requisitos".

A su vez refiere que la Constitución Política de 1917, dá nacimiento a este segundo tipo de libertad denominada libertad provisional bajo caución (anterior a la reforma de 1985 se denominaba libertad provisional bajo fianza), y la establece como una garantía procesal, que beneficia a todos los individuos que habitan en el territorio nacional que se encuentren sujetos a proceso represivo. Así mismo manifiesta que es una garantía individual, por que es la calidad jurídica que le brinda la constitución, y que se denomina también Libertad Procesal por que sus beneficios sólo se dan en los

juicios penales, para restituir al acusado en su derecho de libertad afectado por un acto de autoridad válido y lícito. Finalmente afirma que la libertad provisional bajo caución, es de efectos provisionales por que su duración existe en tanto la sentencia que dará fin al proceso adquiere la calidad de ejecutoria y sus términos obligan en forma impostergable. (80)

No obstante que este tratadista, omite dar un concepto de la institución en estudio, con los elementos aportados se pretende elaborar la siguiente:

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION.- Es una garantía individual sujeta a ciertas excepciones y restricciones, que beneficia a todas las personas que habitan en el territorio nacional y que se encuentren sujetos a proceso represivo, cuya finalidad es, restituir al acusado en su derecho de libertad afectado por un acto de autoridad válido y lícito, sus efectos son provisionales, por que su duración existe en tanto la sentencia que dará fin al proceso adquiere la calidad de ejecutoria.

b).- NATURALEZA JURIDICA.

A esta figura constitucional se le ha denominado por la doctrina y la ley de diferentes maneras como: libertad bajo fianza, libertad provisional, libertad preventiva, libertad con efectos limitados, y "libertad provisional bajo caución".

(80) Cfr. MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto; Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal; 7a. ed.; México; Edit. Porrúa, S. A.; 1997; pp. 157 á 159

En primer lugar se debe mencionar, que algunos tratadistas consideran que cualquiera de las denominaciones antes citadas, son incorrectas, puesto que si a todo individuo se le considera inocente hasta en tanto no se demuestre su culpabilidad, entonces, lo que es provisional es el estado de encarcelamiento (prisión preventiva), en razón de que lo normal y natural en el ser humano, es su estado de libertad personal. Sin embargo y no obstante este señalamiento, la mayoría de los especialistas en el tema, coinciden en señalar que lo más prudente es llamar a la institución en estudio tal y como se encuentra denominada en la fracción I del artículo 20 constitucional, y que es: Libertad Provisional Bajo Caución, puesto que el empleo genérico del término caución, comprende más correctamente englobadas, las diferentes especies de garantías.

Antes de citar la naturaleza jurídica de la institución denominada libertad provisional bajo caución, se procede a citar las características más importantes de dicha figura jurídica:

1.- Se trata de una garantía constitucional, en favor de aquella persona sujeta a proceso penal, reconocida en el artículo 20 constitucional fracción I y por lo tanto no puede ser renunciable, ni condicionada, salvo por la misma constitución.

2.- Es una medida cautelar precautoria ya que se encuentra sujeta a las consecuencias del proceso y su duración es limitada al mismo proceso.

3.- Da seguridad procesal, por que su fin entre otros, es

el de garantizar que se pueda continuar el juicio al evitar en lo posible que el inculpado se evada de la acción de la justicia;

4.- Es de índole personal por que como derecho subjetivo público, su titular es un individuo y el estado esta obligado a reconocer dicho derecho;

5.- Sus efectos son provisionales, por que su duración existe en tanto la sentencia que le dá fin al procedimiento adquiere la calidad de ejecutoria y sus términos obligan en forma hasta ese momento;

6.- Para su obtención es necesario otorgar una caución económica en dinero o en especie, que garantice el arraigo del inculpado, evitando la evasión de la acción de la justicia y garantizando por otro lado, la reparación del daño y el cumplimiento de las sanciones pecuniarias que pudieran resultar;

7.- Su efecto primerio, es hacer cesar las consecuencias de la prisión preventiva, a la cual esta sujeto el indiciado, y sus efectos secundarios son los de contraer por parte del indicado las obligaciones que en razón del proceso se desprenden;

8.- Es una medida esencialmente revocable por cuanto se inspira en la garantía de que el imputado no se sustraera a la acción de la justicia;

9.- Desde el punto de vista de la autoridad que obsequia la libertad provisional bajo caución, será una medida administrativa si se otorga ante el Ministerio Público o

jurisdiccional si se solicita ante el órgano judicial.

La libertad bajo caución, implica que una persona (física o moral), se constituye frente al estado (a través del tribunal o del Ministerio Público), como fiador de un procesado o potencial procesado, con la condición de que si incumple este último con las obligaciones que el estado impone, se perdera el monto de la caución con que se aseguro el cumplimiento de las mismas. En este acto jurídico se identifican tres sujetos que intervienen en la realización del mismo: el Estado, que es el fiado; el fiador, y el beneficiario (la persona que es privada provisionalmente de su libertad personal).

En conclusión se debe decir, que se trata de una medida cautelar precautoria de efectos provisionales, que hacen cesar las consecuencias de la prisión preventiva, y cuyos efectos secundarios son las de contraer por parte del indiciado las obligaciones que en razón del proceso se desprenden, pudiendo ser una medida administrativa si se otorga ante el Ministerio Público, o jurisdiccional si se solicita ante el órgano judicial.

D) LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION EN LA CONSTITUCION DE 1857.

En la Constitución Liberal de 1857, la institución que hoy se conoce como: Libertad Provisional bajo Caución, era conocida bajo la denominación de libertad bajo fianza, mismo nombre que adopto la constitución política de 1917, y que conservo a pesar de las criticas de la doctrina (que sugerian el cambio de

denominación) hasta las reformas efectuadas en 1985.

En la constitución liberal de 1857, se regulaba a la libertad bajo fianza en términos muy generales en el artículo 18, que textualmente establecía: "Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que él acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo fianza. en ningún caso podrá prolongarse la prisión por falta de pago de honorarios, o de cualquiera otra administración de dinero". (81)

Por deducción se advierte que la libertad bajo fianza, que regulaba la constitución del 57, sólo beneficiaba a quienes se les procesaba penalmente, por un delito que no se castigaba con prisión, es decir, solo podían alcanzar el beneficio de la libertad bajo fianza los individuos que eran procesados por un delito cuya pena era una multa o cualquier otra, menos la prisión.

E) LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION EN LA CONSTITUCION DE 1917

A consecuencia de una deficiente regulación de la libertad bajo fianza (denominación que se daba a la institución que hoy se conoce como libertad provisional bajo caución), en la constitución liberal de 1857, al estallar la Revolución Mexicana surge la inquietud por reformar a ésta, a fin de que el derecho a la libertad personal entre otros, fueran

(81) Cit. Por PEREZ PALMA, Rafael; Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal; 1a. ed.; México; Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor; 1974; p. 93.

debidamente protegidos por la ley suprema, en consecuencia, el Plan de Guadalupe recoge estas inquietudes, estableciendo entre otras cosas las garantías que todo acusado debía tener en un juicio criminal, entre ellas la libertad bajo fianza durante el curso del proceso; ya que tal facultad quedo siempre sujeta al arbitrio caprichoso de los jueces, y a su vez hasta esas fechas no se habla expedido ninguna ley (secundaria) que fijara de una manera clara y precisa, la duración máxima de los juicios penales, lo que aprovechaban los jueces (conciente o inconcientemente), para detener a los acusados por un tiempo mayor del que fijaba la ley al delito de que se tratara, resultando así prisiones injustificadas y enteramente arbitrarias, circunstancias que fueron debidamente obserbadas y tomadas en cuenta, en el proyecto de constitución presentado por el primer jefe de gobierno Don Venustiano Carranza.

En ese proyecto Don Venustiano Carranza, trata en su artículo 20 fracción I, la libertad bajo fianza, que exponia de la siguiente manera:

"Art. 20.- En todo juicio de orden criminal tendrá el inculpado las siguientes garantías:

I.- Será puesto en libertad inmediatamente que lo solicite, bajo de fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito no merezca ser castigado con una pena mayor de 5 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". (82)

Finalmente el congreso constituyente de Querétaro que inicialmente tenía la encomienda de reformar la constitución liberal de 1857, terminó por crear una nueva, y el 5 de febrero de 1917, el primer jefe del gobierno don Venustiano Carranza, promulgó la Constitución Política que actualmente rige a los mexicanos.

Esta constitución inicialmente reguló a la institución denominada libertad bajo fianza (actualmente libertad provisional bajo caución) en su artículo 20 Fracción I, que a la letra decía:

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

I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza que fijará el juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad de delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de 5 años de prisión, y sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juez en su aceptación.

En ningún caso la fianza o caución será mayor de \$250,000.00 a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un

(82) Cit. Por TENA RAMÍREZ, Felipe; Leyes Fundamentales de México; 1800-1992. 17a. ed.; México; Edit. Porrúa, S. A.; p. 768.

daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño causado". (83).

Jesús Zamora Pierce, hace el siguiente comentario respecto al texto original de la Constitución de 1917: "Conforme a la primera interpretación que se dió a este texto constitucional, era en el sentido, de que éste fijaba como límite para la obtención de la libertad una pena máxima de 5 años, consecuentemente, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1931, en su artículo 556, dispuso: Todo acusado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, siempre que el máximo de la sanción corporal correspondiente al delito imputado no exceda de cinco años de prisión. El Lic. Victor Velazquez, sostuvo, en diversas defensas, que antes de que se dictara 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, fundando su razonamiento en lo dispuesto por los artículos 52 y 118 del Código Penal, señalando además, que ya dicho código, en el artículo últimamente citado, establece que para la prescripción de las acciones penales se tendrá como base el término medio aritmético de las sanciones imponibles. La corte aceptó su argumento, declaró inconstitucional el artículo 556 del Código

(83) Cit. Por PEREZ PALMA, Rafael; Op. Cit; p. 107 y 108

de Procedimientos Penales y afirmó que la libertad bajo fianza a la que se refería la fracción I del artículo 20 constitucional debería concederse atendiendo al término medio aritmético de la pena. La primera ponencia en este sentido fue obra del Ministro Salvador Urbina. Fue posteriormente confirmada por varias ejecutorias y constituyó, finalmente, la tesis 333 de la jurisprudencia definida, publicada en el tomo LXIV. del Semanario Judicial de la Federación". (84)

F) SU EVOLUCION

En opinión del constitucionalista Jorge Carpizo, la constitución de 1917 no puede ser un conjunto de normas estáticas, inmutables e intransformables. Al contrario, es una norma que se modifica de acuerdo con los cambios de la realidad y con las aspiraciones y determinaciones del pueblo mexicano. A su vez indica, que toda norma constitucional cambia en cualquier país del mundo de ello no cabe la menor duda, así la constitución mexicana de 1917 es hoy la misma y, a la vez, muy diferente de aquella que fue promulgada el 5 de febrero de ese año, y entro en vigor el 10. de mayo también de ese año.

Explica, que esa constitución es la misma, a pesar de las 375 reformas que ha tenido a partir de 1921, por que su construcción jurídica y política fundamentales, en su propia concepción, permanecen. México continúa siendo una república basada en el principio de la soberanía del pueblo, con amplias declaraciones de garantías individuales y sociales, con un

(84) ZAMORA PIERCE, Jumbo; Op. Cit.; pp. 86 y 87.

sistema representativo, un régimen de división de poderes y federal, con separación de estado y las iglesias, e instrumentos y recursos para su defensa, si es violada. La constitución continúa teniendo la misma concepción del poder y de su estructura, de sus límites y de las libertades de sus habitantes. Así su tesis principal continúa siendo la realización de la misma: la justicia social.

También indica, que sin embargo, esa constitución es muy diversa a la que se promulgo en 1917, porque México como país es muy diferente: de 12 millones de habitantes pasó a más de 80; de una sociedad primordialmente agrícola a una semiindustrial; de un país muy mal comunicado a uno regularmente comunicado: de una sociedad casi feudal a la formación de una clase media importante; de la existencia de caudillos al régimen de las instituciones; de una sociedad bastante primitiva a una plural y sofisticada en varios aspectos; de una sociedad bastante pasiva políticamente a una participativa y propositiva. En consecuencia, lógico y natural ha sido que la constitución mexicana haya tenido tantas reformas para irse adecuando a una realidad que vertiginosamente se iba modificando. Si no hubiera cambiado al paso de la realidad, la constitución hubiera quedado muy estrecha a esa realidad y ésta hubiera hecho añicos a la primera.

Finalmente concluye, en que una de las razones por la cual la constitución de 1917 ha sido tan longeva, ha sido su

capacidad para reformarse. (85)

De lo expuesto por el Doctor Carpizo, se deduce que en particular la institución que se viene estudiando: la libertad provisional bajo caución (inicialmente denominada libertad bajo fianza), al paso del tiempo, se fue adecuando a una realidad que vertiginosamente se iba modificando, y por ello no tan solo cambio de nombre, sino que con el devenir de los años en sus cuatro serias y trascendentales reformas, la fracción I del artículo 20 constitucional ha evolucionado.

A continuación se estudia la evolución de la fracción I del artículo 20 constitucional, que regula la institución que inicialmente se conoció como: libertad bajo fianza.

a).- PRIMERA REFORMA EN EL AÑO DE 1948.

Por decreto publicado en el Diario Oficial de fecha 2 de diciembre de 1948, se reformó por primera vez la fracción primera del artículo 20 constitucional, por lo que el texto quedó redactado de la siguiente manera:

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

I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza 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

(85) Cfr.; Instituto de Investigaciones Jurídicas; (Colectivo de Autores); Op. Cit.; pp. VII à II

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 la responsabilidad del juez en su aceptación.

En ningún caso la fianza o caución será mayor de \$250,000.00, a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado". (86)

En términos generales, esta reforma estableció 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, y llevando el monto de la fianza o caución a \$250,000.00, como máximo, salvo que se trate de delitos patrimoniales, caso en el cual la garantía será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño causado. Así mismo la reforma 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, resolviendo así, el problema de interpretación que daba la redacción del texto original (el cual fue expuesto en el punto inmediato que antecede). Sin embargo es prudente señalar que, aún antes de la

(86) Cit. Por ZAVORA PIERCE, *Juris Op. Cit.*; p. 164.

reforma, del texto constitucional era ya interpretado jurisprudencialmente en ese sentido, en la tésis 333 de la Jurisprudencia definida, publicada en el Tomo LXIV, del Semanario Judicial de la Federación.

b) SEGUNDA REFORMA EN EL AÑO DE 1985

Por decreto publicado en el Diario Oficial de fecha 14 de enero de 1985, se reformó una vez más la fracción I del artículo 20 constitucional, cuya redacción quedó como sigue:

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

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

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

incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante 4 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 al 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". (87)

Las observaciones que se pueden hacer en torno a esta reforma son muchas, sin embargo, dados los límites de este trabajo, las mismas se deben concretar en relación al tema en estudio, y por lo tanto se tiene: que en primer término saltan a la vista, algunas reformas terminológicas que marcan su evolución, ya que tanto en el texto original de 1917 como en el reformado en 1948, se referían a la institución como libertad bajo fianza, lo que en opinión uniforme de la doctrina, era incorrecto, puesto que la fianza, si bien es la garantía empleada con mayor frecuencia, no es sino una de las que, juntamente con el depósito en efectivo, la hipoteca y después de esta reforma decían que quizá también la prenda, quedaban más correctamente englobadas y comprendidas bajo la denominación genérica de libertad provisional bajo caución.

(87) *Ibidem.*, p. 166

puesto que dentro del género caución se comprenden diversas especies, como: el depósito en efectivo, la hipoteca y la fianza.

En relación a esta observación Eduardo Andrade Sánchez, comenta lo siguiente: "La reforma constitucional de 1985, al referirse genéricamente a la caución, permite cualquiera, lo cual hace posible otorgar la garantía prendaria". (88)

Por último se cita la opinión del Doctor Sergio García Ramírez, quien en relación con el tema a estudio expresó: "La reforma de 1984 reelaboró ampliamente esta materia. Por una parte, conservó el tradicional vínculo entre el monto de la garantía y las circunstancias personales y gravedad del delito, y al hablar de caución, genéricamente, abrió la puerta para el funcionamiento de cualquier especie de garantía patrimonial. Por la otra, ensayó una nueva referencia para la determinación de la cuantía - abandonando el sistema de fijación en pesos -, introdujo un régimen de garantía reforzada y distinguió entre las reformas de la culpabilidad para asociar a ellas consecuencias en el quantum de la caución". (89)

c) TERCERA REFORMA EN EL AÑO DE 1993.

Por Decreto Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 3 de septiembre de 1993, se reformó por tercera ocasión la fracción I del artículo 20 constitucional para

(88) Cit. Por ZAMORA PIERCE, Jesús; Op. Cit.; p. 101.

(89) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano; 2a. ed.; México; Edit. Porrúa, S. A.; 1995; p. 64

quedar como sigue:

"Artículo 20.- En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

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

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

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso". (90).

Es preciso señalar, que no sólo la fracción I del artículo en comento, resulto tocado por la reforma, sin embargo, los objetivos trazados en este trabajo impiden analizar de manera integral la reforma al artículo 20 constitucional, en consecuencia, dicho análisis se limita únicamente al primer párrafo o cabeza del precepto y a su fracción I; y respecto a aquella se puede comentar, que la reforma consistió en algunas variaciones poco reelevantes. Entre ellas figura la siguiente,

(90) ZAMORA PIERCE, Jesús; Op. Cit.; p. 167.

que decía: "En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: ... ". Ahora dice: "En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías ...". Para algunos tratadistas no era necesario modificar la constitución para este propósito, puesto que la ley, la jurisprudencia y la doctrina ya reconocían a aquél texto el alcance que vino a darle la reforma.

Por lo que respecta propiamente a la fracción I, relativa a la libertad provisional bajo caución, puede decirse, que en los últimos lustros se ha extendido considerable y convenientemente el ámbito de aplicación de la libertad, reduciéndose, por ende, el de imposición del encarcelamiento preventivo. En la reforma de 1993 se otorga al inculpado el derecho a la libertad provisional en todos los casos en que la ley no lo prohíba expresamente, prohibición que deriva de la gravedad atribuida por la propia ley secundaria al delito supuestamente cometido, por lo anterior, las facultades del juzgador se reducen solamente a la fijación de la garantía que el inculpado debe otorgar para el disfrute de la libertad provisional. El monto de ésta se ajusta exclusivamente por mandato de la constitución, que no puede modificar ningún ordenamiento secundario en perjuicio del procesado, al monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado. Así, la caución ya no cubre, como ocurría antes de esta reforma, el perjuicio que se cause al ofendido por el delito, ni asegura la presencia del inculpado en el juicio (se supone que este es, en

rigor el objetivo principal de la caución).

En relación a esta última observación el Doctor Sergio García Ramírez, efectúa la siguiente crítica:

"Se dice que la caución debe asegurar suficientemente el monto de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias, solamente, y con ello se incurre en olvidos mayúsculos, que no cometía el texto de 1984. En efecto, ignora - nada menos - que la caución sirve también para asegurar la presencia del inculpado en el juicio, este es, en rigor, su objetivo principal, que le confiere razón y sentido. También hace de lado un concepto relevante a propósito del menoscabo patrimonial de la víctima, que está en el código penal desde la reforma de 1983: el perjuicio, noción que no asimila, por supuesto a la de daño, y que puede ser muy importante para la economía del agraviado. ¿por qué debe contentarse éste con una satisfacción parcial de su interés económico, la correspondiente al daño, y absorber la carga del perjuicio, no obstante que aquél y éste tienen como fuente el mismo hecho ilícito?, Ni el Código Civil ni el Penal han ignorado este punto; lo olvida, en cambio, la constitución, a pesar de que tenía a la vista el texto de 1984". (91)

Por otra parte en la reforma se señala, que es preciso que la caución fijada sea asequible para el inculpado y se fija la posibilidad de que la ley autorice al tribunal para disminuir el monto de la caución inicial, se trata, pues, de

(91) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; Op. Cit.; p. 67.

que los inculpados de escasos recursos puedan acceder a la libertad provisional. En la reforma en comento no se habla en cambio, del aumento de esa caución inicial en el supuesto de que el inculpadado posea bienes suficientes para ello y se advierta que el monto del daño causado es mayor que el originalmente apreciado. Finalmente se puede comentar también, que la reforma establece la posibilidad de que el juzgador revoque la libertad concedida, pues esta disposición no existía en el texto anterior. Sin embargo, es preciso indicar que ya la contemplaban la mayoría de los ordenamientos procesales secundarios.

Antes de pasar al estudio a la libertad provisional bajo caución, en el Código de Procedimientos Penales del Estado de México, es necesario advertir que la fracción I del artículo 20 constitucional, a la fecha ha sido reformado por cuarta ocasión, pero el estudio de esta reforma por cuestión de orden y método, se efectuará al inicio del capítulo siguiente.

6) LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MEXICO, DE 1960.

Para algunos tratadistas entre los que se encuentran Hernando Lodoño Jiménez, consideran que el Código de Procedimientos Penales es un instrumento jurídico que establece las pautas para el esclarecimiento del hecho punible, a su vez también lo considera como un riguroso estatuto legal de las libertades individuales, escudo de la seguridad personal y fuente de muchos y muy sagrados derechos del hombre que es

sometido a un proceso penal. Otros autores consideran que la declaración de los derechos del hombre es la conquista más grande de la humanidad, y que la libertad individual encuentra su defensa en el Código de Procedimiento Penal, ya que este es el Código de los Hombres de bien, por que le opone vallas a la arbitrariedad y proporciona armas adecuadas para luchar contra los delincuentes.

El Código de Procedimientos penales es una ley secundaria, que otorga a toda persona que se presume que ha incurrido en un delito, una serie de derechos, que le permiten una efectiva defensa en contra de la maquinación, la falsedad, la arbitrariedad, la ilegalidad y en general de toda injusticia, entre ellos a la libertad caucional. A los organos y voluntades encargadas de enjuiciar a quienes son procesados, por presumirse que han cometido un delito, la ley de procedimientos penales, les fija en forma precisa e imperativa, los actos, las formalidades y los limites a los cuales deben ajustarse para comprobar la verasidad, la certeza y la gravedad de la acusación, y eventualmente la aplicación de la pena o en su caso la declaración de inocencia.

La Ley de Procedimientos Penales, representa el instrumento a través del cual se pretende conciliar la responsabilidad con la libertad, la seguridad con la justicia, la libertad individual con la protección social.

El Código de Procedimientos penales para el Estado de México en vigor, fue aprobado por decreto número 16 de la XLI Legislatura del Estado de México, con fecha 9 de diciembre de

1960, siendo promulgado el 30 de diciembre de ese mismo año, y publicado en la Gaceta de Gobierno el 7 de enero de 1961. A su vez comenzó a regir a los treinta días después de su publicación, esto de acuerdo a su primer artículo transitorio.

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, regula la libertad provisional bajo caución, en el artículo 340 de su título Décimo, capítulo I. La redacción original del texto de dicho artículo decía:

"Artículo 340.- Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, cuando el término medio aritmético de la sanción que corresponda al delito imputado no exceda de 5 años de prisión.

En caso de concurso de delitos se atenderá al que tenga señalada pena más grave". (92)

De la redacción de este texto salta a la vista en primer lugar, la corrección terminológica que se emplea en el mismo, ya que tanto en el texto original del artículo 20 fracción I de la Constitución de 1917, como el reformado en 1948, se referían a la garantía como libertad bajo fianza, término que era criticado uniformemente por la doctrina mexicana, quien lo consideraba incorrecto, argumentando que la fianza, si bien es la garantía empleada con mayor frecuencia, no era sino una de las que, juntamente con el depósito en efectivo y la hipoteca, quedaban más correctamente englobadas bajo la denominación genérica de libertad bajo caución. Crítica que desde luego

(92) Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de México; Edit. Cajica; Puebla Méx; p. 208

compartió la H. XLI Legislatura del Estado de México, y que cristalizó en la redacción del artículo 340 de su ley adjetiva, la cual tuvo el mérito de llamar correctamente a la institución de libertad bajo caución, antes incluso, que la propia constitución política, ya que esta efectuó dicha corrección terminológica, hasta la segunda reforma realizada a la fracción I del artículo 20 constitucional, en el año de 1985.

Por último y como comentario accesorio en torno a la redacción original del artículo 340 de la Ley Adjetiva del Estado de México, debe decirse que este reguló de manera eficaz y funcional la denominación genérica del término caución, y dentro del cual se comprenden, diversas especies como: El depósito en efectivo, la hipoteca y la fianza. Además la naturaleza de la caución quedó a elección del inculpado. Esto se advierte de la redacción del artículo 345 de la misma ley adjetiva que a la letra establecía:

"Artículo 345.- La naturaleza de la cuación quedará a elección del inculpado, quien al solicitar la libertad, manifestará la forma que elige para los efectos de la fracción V del artículo anterior. En caso de que el inculpado, su representante o su defensor, no hagan la manifestación mencionada, el tribunal de acuerdo con el artículo que antecede, fijará las cantidades que correspondan a cada una de las formas de la caución". (93)

(93) *Ibidem.*, p. 209

C A P I T U L O T E R C E R O

RESTRICCIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD CAUCIONAL

A).- CONTENIDO ACTUAL DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL FRACCIÓN I.

Mediante decreto de fecha 26 de junio de 1996, publicado en el diario oficial de la federación el miércoles 3 de julio de ese mismo año, fue reformada por cuarta ocasión, la fracción I del artículo 20 constitucional, misma que a la fecha establece:

"Artículo 20.- En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

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

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

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

Del texto anterior se advierte, que en esta reforma se incorporaron a la constitución dos supuestos en los cuales se restringe o limita constitucionalmente la procedencia de la libertad provisional bajo caución, en delitos no graves, es decir, que sin tratarse de delitos graves, se puede negar el derecho a la libertad caucional.

1.- El primero de ellos, opera a solicitud del Ministerio Público, y tiene lugar cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley; y,

2.- En el segundo de ellos, se faculta al Ministerio Público a solicitar la negativa de la libertad provisional cuando se aporten datos o elementos que indiquen que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido,

un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

Y al efecto cabe señalar, que esta reforma ha sido criticada por algunos tratadistas quienes la han calificado de inconveniente, por afectar gravemente las garantías de los procesados, pues por un lado le aumenta facultades a una autoridad administrativa tan desprestigiada en el sistema jurídico Mexicano, como lo es el Ministerio Público, para que intervenga en la procedencia de una garantía individual de los procesados, pudiendo solicitar se le niegue el beneficio por el hecho de haber sido condenado por otro delito del que seguramente ya cumplió su sanción, y se le esta volviendo a sancionar por ello con la negativa de su libertad caucional, lo que a toda luz va en contra de las mismas garantías individuales que en su artículo 23 establece, que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se la absuelva o se le condene. Así mismo mediante esta reforma se faculta al Ministerio Público a solicitar la negativa a la Libertad Provisional Bajo Caución, cuando se aporten datos o elementos que indiquen que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad, en este caso la reforma se situa en una excesiva facultad a una autoridad administrativa que es la misma acusatoria del inculpado y quien obviamente presentará elementos que incriminen a una persona que aún no ha sido declarada responsable del delito que se le imputa, dejando a un lado totalmente el principio de presunción

de inocencia.

A mayor abundamiento, se debe señalar, que al momento de discutir esta reforma en la Cámara de Diputados, la oposición (Partido de la Revolución Democrática) manifestó su inconformidad con la misma, argumentando que en lo que atañe al artículo 20 constitucional fracción I, se estaban estableciendo tres reglas por lo que respecta a la libertad provisional bajo caución: Una de carácter general que autoriza este beneficio a quienes no sean acusados por delito grave; y dos reglas adicionales que limitan el alcance de la regla general.

La primera regla adicional, se refiere a que en delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad del inculpado cuando haya sido condenado con anterioridad por delito grave; y.

La segunda regla adicional, se refiere a que aún cuando sin haber sido condenado ni estar acusado por delito grave, el Ministerio Público aporte elementos para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias o características, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

A su vez del Diario de Debates de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, de fecha diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y tres, se advierte que Diputados como Juan Campos Vega, del Partido Popular Socialista, Francisco Laris Iturbide, José Octaviano Alanís Alanís, del Partido del Frente Cardenista de Reconstrucción Nacional y Carlos González Durán, del Partido de la Revolución Democrática entre otros, en

algunos casos criticaron y en otros manifestaron su inconformidad con las reformas, argumentando que permitir a quienes no tengan antecedentes penales de ningún género ni estén acusados por delito grave, se les pueda negar la libertad caucional, sería contrario a la naturaleza jurídica de la prisión preventiva. cuyo objeto es dotar de certeza a la libertad provisional de los sujetos del enjuiciamiento punitivo, pues la prisión preventiva de suyo, se encuentra severamente cuestionada acerca de la privación de la libertad de una persona, de la cual no se tiene la certeza que deba estar en prisión. Por ello, la doctrina que justifica la existencia de esta institución, lo hace sobre la base de que independientemente de consideraciones teóricas, la realidad social exige, para garantizar la eficacia del proceso penal, restringir la libertad personal del encausado y alegan que esto debe ser excepción a la regla de que ninguna persona debe estar privada de la libertad personal, sin que se le haya seguido el procedimiento legal respectivo, además de que esta limitación a la libertad caucional, es contraria a la misma exposición de motivos de la tercera reforma, que dice, que ésta otorga de manera más amplia el derecho a gozar de la libertad provisional bajo caución. También indicaron, que debería establecerse en la constitución, cuales son los delitos que se consideran graves, y no en la Ley Secundaria, puesto que en el artículo 22 se menciona cuando es aplicable la pena de muerte, y por ello proponen que lo correcto es que se indique en el artículo 20, que se podrá otorgar la libertad caucional, siempre y cuando no

se trata de delitos en contra de la salud, el terrorismo, trata de blancas, violaciones sexuales, trafico ilicito de moneda, homicidio agravado, asalto a mano armada y los que se mencionen en el artículo 22 de esta Ley. Y finalmente argumentan, que tanto la policia judicial federal y en lo local la policia judicial, son órganos del Ministerio Público, responsables de que todavia se tenga desconfianza en la procuración de justicia, pues se han convertido en lugares de alta corrupción y que es ahí donde no se avanza, es ahí donde se tuerce la interpretación y la aplicación de la ley, es ahí en donde se obstaculiza el vínculo del poder público con el pueblo, todo por ofrecerse y dejarse manipular por intereses mesquinos, pues existen hechos muy recientes que incluso han atado al propio estado para la aplicación de la justicia a plenitud, y nadamás como ejemplo, se deben citar los hechos recientes como los de Guadalajara, por ello lo conveniente es limitar las facultades del Ministerio Público y no ampliarlas, por el descredito del cual goza y se ha ganado a pulso esta institución.

Por otro lado es de señalarse que a través de la cuarta reforma efectuada en el año de 1996, a la fracción I del artículo 20 constitucional, se volvió a incorporar a la constitución el concepto que en la reforma de 1993 habia sido olvidado, y que es el consistente a la garantía que debe otorgar el inculpado para asegurar el cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo, es decir, para asegurar la presencia del inculpado en el juicio; pues este es, en rigor, su objetivo principal, que le confiere razón y sentido.

Así mismo mediante esta reforma, se adicionan a los daños causados al ofendido, también los perjuicios, ya que en la tercera reforma de 1993, se hizo de lado este concepto patrimonial tan importante de la víctima, por lo que ahora de acuerdo al texto vigente, el juez deberá tomar en cuenta para fijar la caución al inculpado, no solo los daños, sino también los perjuicios causados al ofendido.

En conclusión se puede decir, que estas son en esencia y sustancia las innovaciones incorporadas a la norma constitucional, a partir de la cuarta reforma efectuada en el año de 1996.

B) CONTENIDO ACTUAL DEL ARTICULO 340 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MEXICO.

En acatamiento a la tercera reforma de la fracción I del artículo 20 constitucional, efectuada en el año de 1993, de manera particular en el Estado de México, con fecha 7 de marzo de 1994, fue publicado el decreto que declaró reformadas varias disposiciones de la legislación penal, tanto en su aspecto sustantivo (clasificación de los delitos graves en el artículo 8 Bis) como adjetivo (relativo a la caución), destacando de éste último y mereciendo especial atención por constituir el objeto de estudio en la redacción de esta tesis, la reforma al artículo 340.

El citado artículo una vez reformado, actualmente establece:

"Artículo 340.- Desde el momento en que sea puesto a

disposición del juez, todo inculcado tendrá derecho a ser puesto en libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

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

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

II.- Garantice las sanciones pecuniarias, que en su caso, puedan imponerse a criterio del Juez;

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 la Ley penal.

La garantía a que se refiere la fracción I deberá ser siempre mediante depósito en efectivo y las señaladas en las fracciones II y III podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido".

De la redacción del artículo reformado, surge de inmediato la interrogante en el sentido de que si la parte final del precepto de la ley secundaria que se analiza, restringe el goce de la garantía constitucional de libertad provisional bajo caución?, al momento de que en su último párrafo, exige que la garantía a que se refiere la fracción I (reparación del daño) deberá ser siempre mediante depósito en efectivo, excluyendo de

esta manera cualquier otra forma de caución, como la fianza, prenda o hipoteca, disminuyendo con esto la posibilidad de que el inculpado pueda acceder al goce de la libertad caucional.

Además también se advierte que su redacción puede ser contraria: en primer término, al mandato supremo, que ordena que el monto y la forma de caución que se fije, deberá ser asequible para el inculpado; en segundo lugar, al contenido del artículo 10. constitucional, que establece que las garantías que otorga no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece; y en tercer lugar, dicha redacción también puede estar en contra del principio de Supremacía Constitucional contenido en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Estas interrogantes son las causas que ánniman y dan origen a la realización de este trabajo de tesis profesional, por lo que en los puntos subsecuentes se fundamenta lo necesario a fin de acreditar la inconstitucionalidad, en la que al parecer se encuentra el artículo 340 in fine, del Código de Procedimientos Penales vigente del Estado de México.

C) LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION.

La libertad provisional bajo caución tiene dos aspectos: Uno, el constitucional consignado como garantía individual en la fracción I del artículo 20 constitucional; y otro, el procesal, que no consiste en otra cosa más que en la simple

regulación que la ley hace de aquellas garantías. Y al efecto cabe recordar que éste trabajo tiene por objeto estudiar el aspecto constitucional de la libertad provisional bajo caución, por tanto dado los límites fijados en el mismo, no es posible extender su estudio al aspecto procesal penal.

En un país como México, en el que el derecho punitivo tiene como fundamento la pena privativa de libertad, la prisión preventiva es una medida precautoria, necesaria, no solamente para asegurar la persona del imputado, y para evitar que pueda substraerse a la acción de la justicia, sin cuya presencia la aplicación del derecho resultaría imposible. Sin embargo, la prisión preventiva, a pesar de ser una medida necesaria, acarrea para el acusado graves consecuencias, como lo son, la pérdida de la libertad entre otras más. A su vez debe señalarse, que el proceso se inicia generalmente fundado en presunciones de culpabilidad, en indicios, es decir en circunstancias y en condiciones tales, en las que solamente por excepción será posible anticipar el resultado final del proceso.

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

En México, esa medida ha sido denominada Libertad Provisional Bajo Caución, y se encuentra establecida como garantía individual en la fracción I del artículo 20 de la constitución política de 1917.

La libertad provisional bajo caución que se concede a una persona en tanto en el proceso se discute su posible responsabilidad, tiene dos aspectos: uno, el de orden constitucional, consignado como garantía individual en la fracción I del artículo 20 del Código Político y otro, el procesal, que no puede consistir en otra cosa, más que en la simple regulación que la ley secundaria hace de aquella garantía. (94)

La garantía individual de libertad provisional bajo caución se encuentra establecida en la fracción I del artículo 20 constitucional, que a la letra dice:

"Artículo 20.- En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

I.- Inmediatamente que lo solicita, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado

(94) Cfr. PEREZ PALMA, Rafael; Guía de Derecho Procesal Penal; 3a. ed.; México; Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor; 1990; pp. 540 y 541.

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

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

A continuación se analiza en detalle desde el aspecto constitucional esta garantía, ya que como lo señala el tratadista Mancilla Ovando: "Para conceder la libertad caucional, deberá atenderse en forma exclusiva a la constitución federal, pues en ella se señalan los requisitos máximos para alcanzar el beneficio de esta garantía del hombre". (95)

(95) OVANDO MANCILLA, Jorge Alberto; Op. Cit.; p. 159

a) AUTORIDAD Y MOMENTO PARA SOLICITARLA

Para el Doctor Sergio García Ramírez, es sumamente importante precisar en que momento del procedimiento penal, el inculpado puede solicitar y obtener su libertad provisional bajo caución, y a que autoridad corresponde otorgarla. Al efecto explica, que el derecho mexicano distingue entre la averiguación previa (que es la etapa del procedimiento que se sigue ante el Ministerio Público, y en donde éste actúa en su carácter de autoridad a cargo de la instrucción administrativa), y proceso en sentido estricto, que preside el órgano jurisdiccional, y nadie más, ante quien comparecen el Ministerio Público y el inculpado, asistido por su defensor a título de partes procesales.

Así mismo -continúa explicando- el artículo 20 constitucional fue muy claro al estatuir que la garantía de libertad provisional bajo caución correspondía al inculpado en todo proceso del orden penal, y que este beneficio se actualizaría por medio de una caución que le fijaría el juez. Empero, el nuevo texto del artículo 20 constitucional contiene un penúltimo párrafo que estatuye, que las garantías previstas en las fracciones I, V, VII, y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna. De lo anterior deduce que el inculpado puede gozar del beneficio de obtener su libertad provisional bajo caución, tanto en el proceso como en la averiguación previa, y a su vez explica, que

conviene precisar en que momento de ambas etapas del procedimiento aparece el derecho del particular, al que corresponde un deber de liberación por parte de la autoridad respectiva, argumentando que en torno a este punto, las primeras palabras de la fracción I ofrecen un enfático señalamiento acerca del momento a considerar para ese fin: **inmediatamente que lo solicite.** (el inculpa-do). (96)

De lo expuesto por el Doctor García Ramírez, se deduce, en primer término que la autoridad ante la cual se debe tramitar la libertad provisional bajo caución, lo es: el Ministerio Público encargado de practicar la averiguación previa y ante el órgano jurisdiccional (en primera y segunda instancia, y aún de haberse pronunciado sentencia por el tribunal de apelación, cuando sea solicitado amparo directo). Y en segundo término también se deduce que el momento en que el inculpa-do puede solicitar y obtener su libertad provisional bajo caución tanto en la averiguación previa como en el proceso, lo es: **Inmediatamente que lo solicite el inculpa-do,** según el señalamiento enfático de la fracción I del artículo 20 constitucional. Es decir que el inculpa-do puede hacer uso de su derecho en la averiguación previa al momento en que el Ministerio Público determina abrir la averiguación con base en la denuncia o querrela que se le presenta. A partir de ese momento, puede solicitar y obtener su liberación provisional

(96) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; Ob. Cit.; pp. 72 a 75

bajo caución el indiciado detenido en flagrancia o urgencia, pero dicho beneficio según lo dispone el penúltimo párrafo de la fracción I del artículo 20 constitucional, estará sujeto a los términos, requisitos y límites que las leyes establezcan (código de procedimientos penales). Así mismo, el particular puede hacer uso de su derecho desde que comienza la etapa procesal respectiva, por lo que queda a su elección decidir el momento preciso a lo largo de esa etapa, en que pedirá la liberación provisional, por lo que el funcionario competente para acordar la libertad debe concederla inmediatamente que lo solicite el inculpado; pues no se le faculta para reservar el derecho de libertad y acordarlo posteriormente o argumentar por ejemplo, que se debe esperar a que rinda su declaración preparatoria. En consecuencia, el funcionario se basará en los datos a su alcance, que figuren en el expediente, cuando se haga la petición de libertad. Más demoras y condiciones acarrearían una violación de la garantía de libertad provisional bajo caución, que favorece a todo inculpado en un proceso penal.

b) Sus Excepciones

Debido a que la procedencia de la Libertad Provisional Bajo Caución (a partir de la reforma a la fracción I del artículo 20 constitucional en el año de 1993), quedó sujeta a la excepción consistente en la calificativa de los delitos como graves y no graves, surge un gran interés por entender cuales forman parte de estos delitos, es decir cuales son

calificados como graves y en base a que se les determina esa cualidad.

Y al efecto cabe señalar que el estudio de este tema ya había sido abordado y discutido ampliamente aunque por motivos diferentes, por varios doctrinarios principalmente constitucionalistas, pero dada su particular importancia y relación con el tema, a continuación se cita un breve comentario al respecto: El problema surge a raíz del análisis que se efectúa respecto a la responsabilidad del Presidente de la República, el que durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común, esto según el artículo 108, párrafo segundo, de la constitución política vigente.

En relación al tema, el constitucionalista Felipe Tena Ramírez, expresa la idea, de que la expresión delitos graves del orden común es muy ambigua y peligrosa, y de que además queda a discreción de las cámaras calificar en cada caso la gravedad de los delitos y con ello esta a merced de las mismas, la suerte del jefe del estado, a su vez indica, que parece aconsejable por todo ello reanudar la tradición interrumpida en 57, especificando concretamente en la constitución los delitos por los que puede ser acusado el Presidente de la República durante el tiempo de su encargo. Y posteriormente agrega, que la clave para clasificar los delitos graves, puede allarse en base al artículo 22 de la constitución política vigente, ya que en este artículo, se autoriza para ellos la pena de

muerte. (97).

Por otra parte Manuel Herrera y Lasso, afirma que si la constitución distingue los delitos más graves, es muy fácil inferir con dialectica indefinible, cuales son en el léxico constitucional delitos graves. En consecuencia afirma que muy graves o gravísimos, deben reputarse los enumerados en el artículo 22 sancionables con la pena capital; menos graves los que dan lugar a la libertad provisional bajo caución, de acuerdo con la fracción I del artículo 20; graves resultan, entonces aquellos delitos respecto de los cuales niega la constitución la garantía de libertad provisional bajo caución. Y esta conclusión doctrinal (que difiere de la que Tena Ramírez sustenta), se deriva directa e inmediatamente de la constitución en virtud de un mandamiento legal). (98).

Existen otras interpretaciones que apuntan en el sentido de considerar delitos graves aquellos que se sancionan con pena de prisión, argumentando los doctrinarios que sustentan esta interpretación, que dado que el derecho penal es un derecho extremo, que únicamente sanciona las conductas que lesionan bienes jurídicos importantes, y que por lo tanto si había un tipo en el Código Penal con una sanción corporal entonces era suficiente para considerarlo como grave.

De las interpretaciones antes citadas que tratan de explicar cuales en su concepto eran los delitos graves, se

(97) Cfr. TENA RAMÍREZ, Felipe; Derecho Constitucional Mexicano; 25a. ed.; México; Edit. Porrúa, S. A.; 1991; pp. 576 e 577

(98) Cfr. HERRERA Y LASSO, Manuel; Estudios Constitucionales; 2a. ed.; Edit. Jus, S. A.; México; 1990; p. 87

advierde la diversidad de opiniones e interpretaciones jurídicas derivadas a propósito del análisis de la responsabilidad del Presidente de la República, el que como ya se dijo durante el tiempo de su encargo sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.

Ahora bien, como una solución al problema de interpretación respecto a la calificativa de los delitos graves, la ley suprema vino a dar respuesta al mismo, mediante la reforma efectuada el 3 de septiembre de 1993 a la fracción I del artículo 20 constitucional, aclarando la cuestión debatida por los constitucionalistas, determinando claramente que únicamente los poderes legislativos de cada entidad federativa así como el Congreso de la Unión por lo que respecta al ámbito federal, interpretarían las conductas que se considerarán graves.

Cabe apuntar que antes de la reforma efectuada el 3 de septiembre de 1993, el artículo 20 Constitucional en su Fracción I, dividía los delitos en dos grandes grupos:

1.- Aquellos cuya pena media aritmética era inferior de cinco años de prisión, y los cuales tenían automáticamente derecho a la libertad provisional bajo caución; y,

2.- Aquellos cuya pena media aritmética era mayor de cinco años, y que como consecuencia no tenían derecho a la libertad provisional bajo caución.

Hoy se invierte la regla; hasta antes de la reforma la regla era que todo procesado debería estar en la cárcel y la excepción, cuando la media aritmética fuera menor de cinco años

de prisión podía obtener su libertad; ahora la regla es que todo procesado tiene derecho a su libertad caucional excepto aquellos a quienes se les imputan los delitos que en forma enumerativa y limitativa dispone el Código Penal o Procesal Penal correspondiente, es decir, que conforme a esta reforma constitucional, la regla es que todos los delitos permiten la libertad provisional bajo caución en toda la república en el fuero federal y local, la excepción es que no permiten la libertad provisional bajo caución por aquellos delitos que en forma expresa prohíba el legislador ordinario, el legislador no constitucional en los códigos Penal o de Procedimientos Penales.

De lo anterior se deriva que la ley secundaria excluye la libertad caucional para aquellos delitos considerados como graves, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad. Siendo estos los siguientes:

Los comprendidos en los artículos 194 del Código Federal de Procedimientos Penales; 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; y 8 Bis del Código Penal del Estado de México.

c). Su restricción constitucional

La restricción a la libertad provisional bajo caución en delitos no graves, se encuentra regulada en la misma constitución, ya que mediante decreto de fecha 26 de junio de 1996, publicado en el diario oficial de la federación el miércoles 3 de julio de ese mismo año, fue reformada por cuarta

ocación, la fracción I del artículo 20 constitucional, misma que a la fecha establece:

"Artículo 20.- En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

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

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

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez

podrá revocar la libertad provisional;

De lo anterior se desprenden dos supuestos o restricciones constitucionales, en los que sin tratarse de delitos graves, se puede negar el derecho a la libertad provisional bajo caución:

1.- El primero de ellos, es cuando el Ministerio Público lo solicita, fundándose para ello en el hecho de que el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la Ley.

2.- Y el segundo de ellos, es cuando el Ministerio Público aporta elementos al Juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido y para la sociedad.

En este sentido es criticable la reforma, por considerar que esta disposición no es acertada ni conveniente a los indiciados, pues por un lado le aumenta facultades a una autoridad administrativa tan desacreditada y desprestigiada en nuestro sistema jurídico como lo es el Ministerio Público (recuerdese la siembra de osamenta en la finca el encanto, la contratación de videntes como la paca y la compra de testigos), para que intervenga en la procedencia de una garantía individual de los indiciados, pudiendo solicitar se le niegue el beneficio por el hecho de haber sido condenado por otro delito del que seguramente ya cumplió su sanción y se le esta volviendo a sancionar por ello, lo que a toda luz va en contra de la garantía individual establecida en el artículo 23 constitucional, que establece: "Ningún juicio criminal deberá

tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia". Por lo que respecta al segundo supuesto, debe decirse que se encuentra ante la misma situación de una excesiva facultad a una autoridad administrativa que es la misma contraparte del inculpado y quien obviamente presentará elementos que incriminen a una persona que aún no ha sido declarada responsable del delito que se le imputa, y que en todo caso debe gozar y beneficiarse del principio de presunción de inocencia.

A su vez se considera prudente citar las críticas sustentadas, por algunos diputados del partido de la revolución democrática, quienes se manifestaron en contra de esta reforma, pues argumentaban que en lo que atañe al artículo 20 constitucional fracción I, se establecían tres reglas en lo relativo a la libertad provisional bajo caución: Una de carácter general que autoriza este beneficio a quienes no sean acusados por delito grave y dos reglas adicionales que limitan el alcance de la regla general. La primera regla adicional se refiere a que en delitos no graves a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad del inculpado cuando haya sido condenado con anterioridad por delito grave, y la segunda adicional, a que aún cuando sin haber sido condenado ni estar acusado por delito grave, el Ministerio Público aporte elementos para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias

o características del delito, un riesgo para el ofendido o para la sociedad, por lo que permitir que a quienes no tengan antecedentes penales de ningún género, ni estén acusados por delito grave, se les pueda negar la libertad caucional sería contrario a la naturaleza jurídica de la prisión preventiva, que de suyo se encuentra severamente cuestionada, pues se priva de la libertad a una persona, a cerca de la cual no se tiene la certeza de que deba estar en prisión. Por ello, la doctrina que justifica la existencia de esta institución, lo hace sobre la base de que independientemente de consideraciones teóricas, la realidad social exige para garantizar la eficacia del proceso penal, restringir la libertad personal del encausado y alegan que esto debe ser una excepción a la regla de que ninguna persona debe estar privada de la libertad personal sin que se le haya seguido el procedimiento legal respectivo.

d) Asequibilidad de la Caución.

Elemento esencial de procedencia para conceder la libertad provisional bajo caución, es el monto y la forma de la caución, que debe de estar al alcance del inculpado, para que no se haga nugatoria la garantía individual. Esta disposición es novedosa en la constitución y fue incorporada a ella en las reformas de septiembre de 1993, al establecer en el párrafo segundo de la fracción I del artículo 20 constitucional: "El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado".

En relación al tema el tratadista Jorge Alberto Mancilla Ovando, indica que el monto caucional, debe de establecer el equivalente de las sanciones pecuniarias y las garantías que se exijan, para dar seguridad de que se han de cumplir con las obligaciones procesales que imponga el juzgador al procesado. A su vez comenta, que el artículo 402 del Código Federal de Procedimientos Penales (y sus correlativos del Distrito Federal y de los Estados de la República), prevé que el monto de la caución debe de determinarse teniendo presente: Los antecedentes del inculpado; la gravedad del delito; el mayor o menor interés de sustraerse de la acción de la justicia; y, las condiciones económicas del inculpado. Dicho tratadista señala, que los elementos descritos, deben evaluarse en su conjunto para fijar la caución, y que si el monto caucional se resuelve únicamente en atención a la gravedad del delito, sin tomar en cuenta la situación económica del acusado al momento de delinquir ello es violatorio de garantías individuales, y como fundamento de su comentario cita jurisprudencia emitida por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación que bajo el rubro: "SITUACION ECONOMICA DEL ACUSADO". (FIANZA CARCELERA). Si al procesado se le señala, para gozar de la libertad caucional, una garantía, teniéndose únicamente en cuenta para ello la gravedad del delito que se le imputa, sin considerar su situación personal y sus condiciones económicas en el momento de delinquir, se vulnera, en su perjuicio, la garantía que otorga el artículo 20 fracción I de la constitución federal".

Finalmente comenta, que con la finalidad de que la caución

sea asequible para el inculpado, en el artículo 403 del Código Federal de Procedimientos Penales y sus correlativos del Distrito Federal y de los Estados de la República, establece la obligación procesal del inculpado o su defensor de indicar la manera que ha de garantizarse la caución, y el no establecer forma de garantía por parte del inculpado o su defensor, dá la libertad al juzgador de establecer diversas cantidades según la forma en que ha de garantizarse el monto caucional. Pero, esta facultad no la posee en todos los casos: De tal manera, que dependiendo del tipo de garantía, será la cantidad caucional que se fijará. (99).

También y en relación al tema en estudio el doctor Sergio García Ramírez, comenta, que es plausible que la constitución se interese por que el monto y la forma de caución sean asequibles al inculpado, empero, no parece acertado en absoluto -se incurra en injusticia, en agravio del ofendido, si es que se sostiene, como enfáticamente lo hace el precepto, que la caución esta primordialmente dirigida a satisfacer el interés patrimonial de aquél-, que ser asequible pudiera acarrear menoscabo del aseguramiento en favor del ofendido, pues qué se quiere decir cuando se afirma que en circunstancias que la ley determine (presumiblemente, las de insolvencia), la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución? Es aceptable que la reducción opere a costa de la posible multa, pero lo es que deje al descubierto la reparación del daño?.

(99) Cfr. OSWALDO FRANCILLA, Jorge Alberto; Ob. Cit.; pp. 164 y 165

A su vez indica que el dictamen, de las reformas de 1993, establece una preferencia decidida de los derechos del inculcado sobre los de la víctima, pues en esta se insiste en que en todo caso, se deberá pretender afectar lo menos posible al interés que se sacrifica, y hace ver que el juez, en circunstancias que la propia ley secundaria deberá contemplar, atendiendo al inculcado, tales como profesión u oficio, nivel educativo, ambiente familiar, posición económica, entre otros, podrá disminuir el monto de la caución inicial o en su caso, que por los propios acontecimientos que se den dentro del proceso hagan factible tal disminución. Finalmente comenta que en la exposición de motivos de la iniciativa, de la reforma de 1993, se limitó a reiterar el texto sugerido, sin añadir comentario alguno sobre los fundamentos y propósitos de la medida, como no sea la expresión lacónica de que ésta otorga de manera más amplia el derecho a gozar de la libertad provisional bajo caución. (100)

De todo lo anterior se concluye, que de acuerdo a la política seguida en las reformas de septiembre de 1993, se pretendió con la misma otorgar de manera más amplia el derecho a gozar de la libertad provisional bajo caución y para ello, fue preciso que la garantía fijada sea asequible para el inculcado. Así lo interpreta el constitucionalista Emilio O. Rabasa al afirmar: "Ahora bien, es preciso que la garantía fijada sea asequible para el inculcado y se fija la posibilidad

(100) Cfr.; GARCÍA RIVERO, Sergio; Op. Cit.; pp. 57 a 71

de que la ley autoriza al tribunal para disminuir el monto de la caución inicial. Se trata, pues, de que los inculpados de escasos recursos puedan acceder a la libertad provisional". (101).

e) Modificación del Monto Inicial.

Desde la tercera reforma efectuada a la constitución en el año de 1993, se contempló, la posibilidad de que en circunstancias que la ley determine, el monto de la caución que inicialmente se fije al inculpadado, para obtener su libertad provisional bajo caución, pudiera ser modificada por la autoridad judicial. Esto se advierte del segundo párrafo de la fracción I del artículo 20 constitucional, que después de la reforma efectuada en 1993, establecía: "El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpadado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial;"

En la actualidad y después de la cuarta reforma efectuada en el año de 1996, a la fracción I del artículo 20 constitucional, se sigue regulando de manera similar, lo relativo a la modificación del monto de la caución inicial, aunque con algunos cambios terminológicos introducidos en esta reforma, por lo que hoy en día, la fracción I de dicho precepto constitucional a la letra dice:

"Artículo 20.- En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpadado las siguientes garantías:

(101) D. ABAZA, Emilio; Mexicano esta es tu Constitución; 10a. ed.; México; Edit. Miguel Angel Porrúa, Librero-Editor; p.86.

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

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

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

Este tema relativo a la reducción de la caución inicial, es novedoso en la constitución, pues fue incorporado a la misma a partir de la tercera reforma efectuada en el año de 1993, y

prevé la posibilidad de que el monto fijado inicialmente pueda ser disminuido por la autoridad judicial. Y en los términos del penúltimo párrafo del artículo 20 constitucional, la disminución del monto de la caución, es aplicable al Ministerio Público, que en consecuencia, también podrá disminuir el monto de la garantía que en su caso, hubiese establecido.

Es decir, que si el Ministerio Público fijó un monto determinado por concepto de caución, a la persona sujeta a una investigación ante dicha autoridad, el monto de esta, puede ser disminuido por la misma autoridad administrativa; o si el juez fija una cantidad por concepto de caución, también dicho monto puede ser disminuido por el mismo juez.

Debe señalarse que la constitución no autoriza al juez a incrementar la caución que inicialmente hubiese fijado a un inculpado para que éste pueda gozar de la libertad provisional bajo caución, es decir, que aún cuando se demuestre que los daños y las probables sanciones son mayores que los anteriormente supuestos, no puede incrementarse la garantía inicialmente fijada, en virtud de que la constitución sólo autoriza expresamente las reducciones, y un incremento, pase a que pudiera ser justo, no mejora, sino empeora la situación del destinatario de la garantía individual.

A continuación se procede a transcribir algunos comentarios de tratadistas sobre el tema, aclarando que aunque dichos comentarios fueron hechos con motivo de la tercera reforma que tocó a la fracción I del artículo 20 constitucional en el año de 1993, los mismos a la fecha, siguen

teniendo vigencia, puesto que la cuarta reforma en lo relativo al tema tan sólo sustituyó el término: "disminuir" por "modificar" y suprimió el término: "inicial", motivo por el cual no hubo un cambio en esencia y sustancia de este tema.

Al respecto el constitucionalista Emilio O. Rabaza comenta: "Ahora bien, es preciso que la garantía fijada sea asequible para el inculpado y se fija la posibilidad de que la ley autorice al tribunal para disminuir el monto de la caución inicial. Se trata, pues, de que los inculpados de escasos recursos puedan acceder a la libertad provisional. No se habla en cambio, del aumento de esa caución inicial en el supuesto de que el inculpado posea bienes suficientes para ello y se advierta que el monto del daño causado es mayor que el originalmente apreciado". (102)

Por su parte el tratadista Jesús Zamora-Pierce, comenta: "Al respecto, las comisiones unidas de gobernación y puntos constitucionales y de justicia, al rendir ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión su dictamen, sobre las dos iniciativas presentadas por diversos diputados federales de la LV Legislatura, y que habían de dar origen al decreto a estudio, con fecha 8 de julio de 1993, dijeron: Así mismo, se busca conciliar este derecho del inculpado (a la libertad caucional) con el interés de la víctima o él ofendido, a que se le garantice el monto estimado de la reparación del daño. Sin embargo, en aquellos casos en que exista un conflicto grave

(102) *Idem.*,

entre estos dos intereses, en los términos que señale el legislador, se deberá preferir el de la libertad de quien no ha sido declarado culpable, sobre aquél interés que protege a la víctima, en razón del principio de presunción de inocencia y de preponderancia de la libertad frente a los bienes tutelados por los delitos que alcanzan genéricamente este beneficio. En todo caso se deberá pretender afectar lo menos posible al interés que se sacrifica. En este sentido, el juez, en circunstancias que la propia ley secundaria deberá contemplar, atendiendo al inculpado, tales como profesión u oficio, nivel educativo, ambiente familiar, posición económica, entre otros, podrá disminuir el monto de la caución inicial o, en su caso, que por los propios acontecimientos que se den dentro del proceso hagan factible tal disminución". (103)

A su vez, Sergio García Ramírez, al comentar sobre el tema manifiesta que es plausible que la constitución se interese por que el monto y la forma de caución sean asequibles al inculpado. Empero, no le parece acertado en absoluto que ser asequible pudiera acarrear menoscabo del aseguramiento en favor del ofendido. dado que el monto de la caución se establece únicamente en función de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias (aunque cabe advertir que a partir de la reforma de 1996, la caución comprende también las obligaciones derivadas en razón del proceso). Qué se quiere decir cuando se afirma que en circunstancias que la ley determine

(103) ZANDRA-PIERCE, Jesús; Ob. Cit.; pp. 169 y 170

(presumiblemente, las de insolvencia), la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución?. Es aceptable que la reducción opere a costa de la posible multa. Pero lo es que deje al descubierto la reparación del daño?. A su vez considera que la exposición de motivos de la iniciativa, no aporta los motivos de la nueva redacción, sino se limita a decir, con diversas palabras, lo que dice la propuesta normativa. Además expresa, que el dictamen establece una preferencia decidida de los derechos del inculpado sobre los de la víctima, al establecer que en todo caso, se deberá pretender afectar lo menos posible al interés que se sacrifica. Y más adelante señala, que en los términos del penúltimo párrafo del artículo 20, esta norma es aplicable al Ministerio Público, que en consecuencia también podrá disminuir el monto de la garantía, que en su caso hubiese establecido. Finalmente concluye su comentario, señalando que el dictamen, guía para la comprensión de la norma transcrita, debió aludir (al lado de los datos personales del inculpado, y a caso con preferencia sobre éstos) a la mejor precisión del monto del daño y de las probables sanciones pecuniarias, como factor para reducir la garantía fijada inicialmente. Pues en su concepto, quizás esto fue lo que se quiso manifestar, pero no se alcanzó a decir, en el difícil párrafo del dictamen que dice: "Que por los propios acontecimientos que se den dentro del proceso, hagan factible tal disminución". Y puntualiza que el monto de la garantía inicialmente fijada, probablemente no puede incrementarse, por que la constitución tal como esta redactada, sólo autoriza

expresamente la reducción y no su incremento. (104).

Finalmente solo cabe agregar, que es en el artículo 560 del Código de Procedimientos penales del Distrito Federal y sus correlativos de los Estados de la República, donde se establecen las causas en que se podrá reducir la caución fijada por la autoridad judicial.

f) Exigencias Constitucionales para su otorgamiento.

Los requisitos de procedencia de la libertad provisional bajo caución, se encuentran establecidos en la propia Constitución Federal, ya que en ella se señalan las exigencias máximas para alcanzar el beneficio de esta garantía individual. Salvo en el caso que las constituciones locales señalen condiciones o requisitos más liberales para su otorgamiento, las que en su caso, regirán el acto.

Así lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación al ordenar: "**LIBERTAD CAUCIONAL.**- Si bien es cierto que la constitución no sólo tiene por objeto garantizar los derechos individuales, sino que persigue también fines netamente sociales, también lo es que la idea esencial que animó al legislador, al redactar el artículo 20 constitucional, fue garantizar la libertad de las personas sujetas a proceso y que sus propósitos no fueron coartar las facultades de las legislaturas locales, para fijar condiciones más liberales en el otorgamiento de la libertad caucional; de

(104) Cfr.; GARCIA RAMIREZ, Sergio; Op. Cit.;pp. 70 y 71

manera es que si en los estados se establecen condiciones más amplias para obtener la libertad bajo fianza, esas disposiciones no contravienen los propósitos del artículo 20 constitucional". (105).

De lo anterior se puede afirmar que si algún Código Procesal en materia penal establece requisitos más benignos para alcanzar los beneficios de la libertad provisional bajo caución, sus dictados serán aplicables y no constituirán violación alguna a la garantía constitucional que se estudia.

Por otra parte cabe advertir nuevamente que la libertad provisional bajo caución tiene dos aspectos: Uno, el constitucional consignado como garantía individual en la fracción I del artículo 20 constitucional, y otro, el procesal, que no consiste en otra cosa más que en la simple regulación que la ley secundaria hace de aquellas garantías. Y al efecto se señala que en este apartado se analizan los requisitos o exigencias para la procedencia de la libertad caucional, pero desde el aspecto constitucional.

En consecuencia, la actual redacción del párrafo segundo de la fracción I del artículo 20 constitucional, a la letra dice: "El monto y la forma de caución que se fija, 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

(105) Cit. por MARCELLA OVANDO, Jorge Alberto; Op. Cit.; pp. 159 y 160

la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria, que en su caso, pueda imponerse al inculcado". De lo anterior se tiene que para poder gozar del beneficio que otorga esta garantía, se deben satisfacer los siguientes requisitos o exigencias constitucionales:

1.- QUE NO SE TRATE DE UN DELITO GRAVE. Este es un requisito negativo, que en realidad constituye una excepción a la regla general, pues hasta antes de la tercera reforma efectuada en el año de 1993, la regla era que todo procesado debería estar en la cárcel y la excepción era, que cuando la media aritmética fuera menor de cinco años de prisión, entonces podía obtener su libertad provisional bajo caución.

Pero ahora la regla es que todo procesado tiene derecho a su libertad caucional, excepto aquellos a quienes se les imputan los delitos que en forma enumerativa y limitativa dispone la ley secundaria. Es decir, que conforme a la redacción actual de la fracción I del artículo 20 constitucional, la regla es que todos los delitos permiten la libertad provisional bajo caución, en toda la república, en el fuero federal y local, y la excepción es que la constitución no permite la libertad provisional bajo caución, en aquellos que en forma expresa prohíba el legislador ordinario, el legislador no constitucional, por considerarlos como graves, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad.

Cabe agregar, que es en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales y sus correlativos tanto del Distrito

Federal, como de los Estados de la República, donde en forma enumerativa y limitativa se establecen los delitos calificados como graves, en los cuales no se concede el beneficio de la garantía de libertad caucional;

2.- **QUE, TRATANDOSE DE DELITOS NO GRAVES:** Se podrá otorgar la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando;

a).- El inculpado no haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la Ley, según lo prevén los artículos 20, 21, 22 y 23 del Código Penal para el Distrito Federal y los artículos correlativos de los Estados de la República; y,

b).- Que la libertad del inculpado no represente, por su conducta precedente o por las circunstancias o características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad, es decir que por la forma como se cometió el delito y atendiendo a las reglas del arbitrio judicial que prevé el artículo 52 del Código Penal para el Distrito Federal y sus correlativos, de los Estados de la República, el Juez llegue a la conclusión que, de brindarle la libertad provisional bajo caución al inculpado, éste no represente un riesgo para el ofendido del delito, o para la sociedad.

Es pertinente señalar, que el juez no se encuentra facultado para proceder de oficio al exámen de estos dos apartados, ya que únicamente deberá acceder a su estudio, en el supuesto de que el Ministerio Público, le solicite la negativa de la libertad provisional bajo caución al inculpado, y para lo

cual deberá aportar elementos que prueben plenamente cualquiera de los dos supuestos que anteceden.

Asimismo y como comentario al margen, es de señalarse que una vez que se conceda la libertad provisional bajo caución, es derecho procesal adquirido, que no podrá revocarse, por que el Ministerio Público Federal pruebe que el procesado es reincidente, que fue sentenciado por delito grave; o, por que se argumente y pruebe, que por las circunstancias en que se comete el delito y las características del procesado, constituye un peligro para la sociedad o para quien se dice ofendido por el delito. Ello se debe, a que la constitución política no autoriza revocar la libertad provisional bajo caución por estas causas. En consecuencia. Solo se podrá revocar la libertad procesal por las causales previstas en el artículo 412 del Código Federal de Procedimientos Penales y sus correlativos, del Distrito Federal y de los Estados de la República.

3.- Que se otorgue caución para garantizar:

a).- **El cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo.** Esta caución, es una garantía económica que puede consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda o hipoteca, y que tiene como fin el arraigo del procesado en el lugar donde se le enjuicia. Constituye una medida procesal que asegura al juzgador que el inculcado no se sustraerá de la acción de la justicia. Es decir, que es una garantía para asegurar la libertad misma y que trata de evitar, hasta donde sea posible que nadie que esté siendo procesado por algún ilícito penal se

sustraiga a la acción de la justicia, y como consecuencia pueda cumplir con las obligaciones que tiene en virtud de su calidad de procesado.

Sin embargo, siendo esta en si misma la esencia de la institución en estudio, es importante señalar que después de las reformas de septiembre de 1993, esta caución quedó fuera de la constitución, no obstante siempre había sido regulada en la Constitución Política de 1917. Y al respecto el doctor Sergio García Ramírez, comenta: "Se dice que la caución debe asegurar suficientemente el monto de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias, solamente, y con ello se incurre en olvidos mayúsculos, que no cometía el texto de 1984. En efecto, ignora -nada menos- que la caución sirve también para asegurar la presencia del inculpado en el juicio, este es, en rigor, su objetivo principal, que le confiere razón y sentido". (106).

Después de la cuarta reforma a la fracción I al artículo 20 constitucional en el año de 1996, fue nuevamente incorporada a la constitución esta caución que tiene por objeto asegurar la presencia del procesado en el juicio.

b).- Los daños y perjuicios causados al ofendido.

De acuerdo al criterio del tratadista Jorge Alberto Mancilla Ovando, la caución para garantizar los daños y perjuicios causados al ofendido, es uno de los requisitos que deben de cubrirse por el procesado, a fin de que pueda gozar

(106) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; Op. Cit.; p. 67.

del beneficio que le concede la garantía individual de libertad provisional bajo caución, y consiste precisamente en que debe garantizar el monto estimado de la reparación del daño y los perjuicios causados al ofendido, a su vez explica, que la expresión garantizar significa: "Dar garantía y acción y efecto de afianzar lo estipulado, fianza, prenda, cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad". Y en base a esta definición indica, que se entiende que la garantía de reparación del daño, no es el pago; o la exhibición del importe de la cantidad que equivale mediante instrumento financiero, sino que, la expresión garantizar, se refiere a asegurar dentro del juicio penal mediante fianza, prenda, hipoteca, embargo precautorio, o cualquier otro medio, que la reparación civil del delito ha de cubrirse, una vez que se declare judicialmente, en sentencia las sanciones pecuniarias. O, también, que en un juicio diverso, cuyas constancias se exhiban en el proceso penal, se acredite que lo que ha de ser, el derecho civil de la reparación del daño del delito, se encuentra garantizado. Esto independientemente de la multa. Y más adelante comenta, que esto se debe, ha que el derecho civil de la reparación del daño, nace como obligación jurídica del procesado, en la sentencia penal que declara que se ha probado que hay delito y que el inculcado es responsable penalmente; debiendo de resarcir en su patrimonio a los afectados por el ilícito penal, por sí o por conducto de los solidariamente responsables. A su vez señala que el artículo 94 del Código Fiscal de la Federación, ordena que las sanciones pecuniarias,

como son las deudas fiscales, por el delito y las multas, actualizaciones, recargos, serán materia del derecho fiscal, debiéndose cobrar en esta vía. Por lo que esto significa, que en los procesos penales en donde se juzgue por delitos fiscales, no existe la obligación del procesado de garantizar la reparación del daño por el delito, las multas, los recargos y las actualizaciones, como monto caucional para obtener la libertad provisional bajo caución. Y finalmente explica que el artículo 92 del Código Fiscal de la Federación, no plantea un conflicto de leyes con el numeral 94 de ese código, puesto que lo ordenado por el artículo 92, se aplicará en aquellos delitos fiscales, en donde si exista el derecho de la reparación del daño. (107).

Finalmente es necesario aclarar que no todos los delitos causan daño material o moral, pues existen ilícitos de peligro que no lo ocasionan o de mera conducta sin resultado material, por lo que en todo caso, solo se deberá otorgar caución para garantizar el monto estimado de la reparación del daño y los perjuicios causados al ofendido, si el delito atribuido al procesado es de aquellos que causan daño material, moral o ambos.

c).- La sanción pecuniaria que en su caso pueda imponerse al inculcado.

Respecto a las sanciones pecuniarias en el sistema penal mexicano, la única sanción pecuniaria que existe además de la

(107) Cfr.; MENCILLA OYANNO, Jorge Alberto; Op. Cit.; pp. 163 y 164

reparación del daño en la comisión de un delito es la multa, conforme al artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la república en materia del fuero federal, y de sus correlativos de los Estados de la República. Consiste en garantizar ante el juzgado respectivo, la cantidad hasta por el límite máximo de la multa que corresponde al tipo penal imputado y que nunca podrá exceder de quinientos días multa, salvo que la propia ley así lo señale (el artículo 29 ahora prevé que se podrá exceder a quinientos días multa, excepcionalmente y solo cuando sea previsto en ley).

Esta exigencia o requisito constitucional para la procedencia de la libertad provisional bajo caución, es novedosa en la legislación mexicana, ya que fue incorporada a la constitución a partir de la tercera reforma efectuada en el año de 1993, a la fracción I del artículo 20 constitucional, y ha sido considerada por algunos tratadistas en el tema, como desafortunada, en virtud de que ese tipo de sanciones pueden ser sustituidas por jornadas de trabajo a favor de la comunidad, para el caso de insolvencia y, si para obtener el beneficio de la libertad provisional bajo caución se debe otorgar como requisito necesario e indispensable tal garantía, las personas de escasos recursos tendrán que permanecer internos en la cárcel

Sin embargo hay tratadistas que consideran que conforme al texto aprobado, el monto de las sanciones pecuniarias que se impondrán, lo determinará el juez previo juicio valorativo de

las constancias de autos, puesto que el monto y la forma de caución, que se fijan deberán ser asequibles para el inculpado, pues además, por mandato constitucional, en circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución.

En relación a este punto Raúl Carranca y Trujillo, señala que la pena de multa no es inmoral, puesto que es divisible, apreciable y reparable, y que en los casos de aquellos delitos en los que existe un deseo de lucro, tiene un efecto ejemplar, sin embargo explica, que la multa ha sido criticada argumentándose que para el rico representa la impunidad en tanto que para el pobre un sacrificio enorme, y a su vez argumenta, que esta crítica se desvanece cuando en el Código Penal, se establecen mecanismos en los cuales el que acredite que no puede pagar la multa o solamente puede cubrir parte de ella, la autoridad judicial la podrá sustituir, total o parcialmente por prestación de trabajo en favor de la comunidad. Esto de acuerdo al citado artículo 29 del Código Penal. (108)

Por su parte Sergio García Ramírez, en relación a la multa expresa: "Por otro lado, el texto que aquí examino se preocupa por la garantía de las sanciones pecuniarias que pudieran imponerse al acusado. Esas sanciones, consideradas en plural por la Ley Suprema, se contraen a una sola: la multa. El

(108) CARRANCA Y TRUJILLO, Radi; Derecho Penal Mexicano Parte General; 15a. ed.; México; Edit. Porrúa, S. A., 1986; p. 825

Constituyente se ha interesado más en asegurar al Estado la recepción de la multa, que en garantizar a la víctima el resarcimiento por el perjuicio que se le cause. ...” (109)

Como comentario final se debe señalar que desde la reforma de 1984 se reelaboró ampliamente esta materia, es decir, la libertad provisional bajo caución (anterior a esta reforma se denominaba libertad provisional bajo fianza), ya que al hablar del término caución genéricamente, abrió la puerta para cualquier especie de garantía patrimonial. En consecuencia, por caución se debe entender una garantía económica, dentro de la cual se comprenden varias especies, como: el depósito en efectivo, póliza de afianzadora, la hipoteca y la prenda, misma que tiene como finalidad en primer término: Garantizar el monto estimado de la reparación del daño y los perjuicios causados al ofendido; en segundo término: Constituye una medida procesal que asegura al juzgador que el inculcado no se sustraera de la acción de la justicia; y en tercer lugar: Garantiza el pago de la sanción pecuniaria que, en su caso, puede imponerse al inculcado.

El artículo 402 del Código Federal de Procedimientos Penales, y sus correlativos tanto del Distrito Federal, como de los Estados de la República, prevé que el monto de la caución debe de determinarse teniendo presente: Los antecedentes del inculcado, la gravedad del delito; el mayor o menor interés de sustraerse de la acción de la justicia; y, las condiciones económicas del inculcado.

(109) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; Op. Cit.; p. 68.

Los elementos descritos, deben de evaluarse en su conjunto para fijar la caución. Pues si el monto caucional se resuelve por la gravedad del delito, sin tomar en cuenta la situación económica del procesado al momento de delinquir, ello es violatorio de garantías individuales, pues así lo ha considerado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tésis jurisprudencial que bajo la denominación: "SITUACION ECONOMICA DEL ACUSADO (FIANZA CARCELERA). A la letra dice: Si al procesado se le señala, para gozar de la libertad caucional, una garantía, teniéndose únicamente en cuenta para ello la gravedad del delito que se le imputa, sin considerar su situación personal y sus condiciones económicas en el momento de delinquir, se vulnera en su perjuicio, la garantía que otorga el artículo 20, Fracción I de la Constitución Federal". (110).

g) Su revocación.

A partir de la tercera reforma efectuada a la constitución en el año de 1993, se contempló, la posibilidad de que el Juez pudiera revocar la libertad provisional del procesado, cuando éste incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de Ley se deriben a su cargo en razón del proceso. Esto se advierte del tercer párrafo de la fracción I del artículo 20 constitucional, que después de la reforma efectuada en 1993, establecía: "El juez podrá revocar la

(110) Cit. por HERNÁNDEZ GARCÍA, Jorge Alberto; Op. Cit.; p. 165.

libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriben a su cargo en razón del proceso;"

En la actualidad y después de la cuarta reforma efectuada en el año de 1996 a la fracción I del artículo 20 constitucional, se sigue regulando de manera similar, lo relativo a la revocación de la libertad provisional bajo caución, aunque con algunos cambios terminológicos que fueron introducidos en esta reforma, por lo que a la fecha dicho precepto constitucional, a la letra establece:

"Artículo 20.- En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

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

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

caución. Para resolver sobre la forma y 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; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculcado.

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

Este tema de la revocación de la libertad provisional, fué una innovación incorporada a la constitución a partir de la tercera reforma efectuada en el año de 1993, y la cual aún subsiste después de la cuarta reforma efectuada a la fracción I del artículo 20 constitucional en su párrafo tercero, misma que autoriza a revocar la libertad provisional bajo caución cuando se incumplan en forma grave las obligaciones procesales que la ley reglamentaria impone.

Y al efecto debe señalarse, que la libertad procesal, una vez concedida, es el ejercicio de un derecho constitucional con categoría de garantía individual, que como derecho adquirido, para su privación, se requiere se satisfagan sus derechos de audiencia y defensa, porque estos integran su esfera jurídica.

Es decir, que el juez de la causa está facultado constitucionalmente para revocar la libertad provisional bajo caución, que se hubiere concedido a una persona sujeta a procedimiento penal, cuando éste incurra en forma grave en

alguno de los supuestos establecidos en la ley secundaria (por ejemplo, cuando el procesado incurre en alguno de los supuestos previstos por los artículos 412 y 413 del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación a los delitos del fuero federal. O, sus correlativos en los Códigos de Procedimientos Penales del Distrito Federal y de las entidades federativas). Previa satisfacción del derecho de defensa del procesado a quien se vaya a privar de esos beneficios.

Esta afirmación, encuentra apoyo en el criterio sustentado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en jurisprudencia por contradicción de tésis, que bajo el rubro: **LIBERTAD PROVISIONAL, REVOCACION DE LA. EN LOS CASOS DE GRAVE INCUMPLIMIENTO O DEBACATO A UNA ORDEN DEL JUEZ, NO ES INDISPENSABLE OIR PREVIAMENTE AL PROCESADO PARA DECRETAR LA REVOCACION DE LA.** A la letra dice: "Una vez ejercitado, el derecho a la obtención de la libertad provisional, previsto en al fracción I del artículo 20 de la ley fundamental, se convierte en un beneficio cuya permanencia o vigencia está regulada por la Ley adjetiva, dependiendo fundamentalmente de la conducta, estableciendo causas de revocación del beneficio, entre las cuales figura el incumplimiento por parte del procesado a una orden legítima del juez que la ha sido legal y oportunamente notificada. Pero no cualquier incumplimiento puede originar la revocación de la libertad provisional, sino solo aquellos que sean de tal manera graves que lleven al juez, a la convicción de que el procesado intenta evadir la acción de la justicia, sustrayéndose a la autoridad del órgano

jurisdiccional; u otros que, por su frecuencia y reiteración, afecten severamente la marcha normal del proceso, retardándolo. Como ejemplo del primero, puede citarse el caso del procesado que no acude al juzgado a firmar el libro de control de reos en libertad provisional durante un lapso prolongado, sin que el juez tenga noticia de su paradero; o el fiador que es requerido para la presentación del procesado dentro del plazo que para ello se le concede e informa al juez que no obstante haber tratado de localizarlo en reiteradas ocasiones y de haber dejado recados, no tuvo éxito. Para ilustrar el segundo, sirve el caso del procesado que acude a firmar el mencionado libro, pero que con frecuencia incumple otros mandatos legítimos del juez sin intentar justificar su proceder; por ejemplo, no acude a los careos legalmente decretados. Únicamente causas de esta naturaleza darían lugar a la revocación del beneficio sin audiencia previa del procesado, bastando para fundar y motivar el proveído respectivo que obrara constancia fehaciente en el expediente de los hechos que se estimaron graves y que dieron origen a tal determinación, satisfaciéndose con ello la garantía de legalidad establecida por el artículo 16 de la Constitución General de la República". (111)

Así mismo, confirma esta postura jurídica la tesis emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, denominada: "LIBERTAD CAUCIONAL, REVOCACION DE LA". Que a la letra dice: "La Primera Sala de la Suprema Corte, ha sustentado el criterio, en continuas ejecutorias, de que la obligación

(111) Cit. por MANCILLA OLMEDO, Jorge Alberto; Op. Cit.; pp. 167 y 168

que se impone a los reos que disfrutan de libertad bajo fianza, de presentarse determinados días al Juzgado o Tribunal donde radica su causa, es violatoria del artículo 19 constitucional, cuando tal obligación no está determinada por las leyes locales que reglamentan este beneficio. La libertad caucional consagrada por el artículo 20 constitucional entraña, una vez concedida, un derecho del reo, del que ya no puede privarse sino mediante juicio en el que se cumplan las formalidades del procedimiento, como lo estatuye el artículo 14 de la Carta Fundamental del País, independientemente de las modalidades que sobre ese aspecto estatuyen las leyes reglamentarias, porque estas, aún estableciendo determinadas obligaciones a cumplir por el reo beneficiado, no pueden contrariar la garantía aludida que, en su forma más amplia, protege los derechos del hombre, y fija normas a seguir para poder privarse de ellos. De aquí que, aún cuando la Ley Penal de un Estado prevenga que la libertad de un reo puede ser revocada de plano, cuando éste no cumpla con las obligaciones contraídas al concedérsele tal beneficio, deben estimarse vulnerados los derechos adquiridos por un reo, en libertad bajo fianza, cuando no se le oiga previamente antes de revocarle su libertad, para apreciar si fue justa o injusta, comprobada o incomprobada la causa que motivo el incumplimiento de sus obligaciones. Lo contrario sería anteponer una ley reglamentaria a la constitución y supeditar las garantías que esta establece, a modalidades creadas por leyes secundarias que no pueden tener fuerza legal bastante para contrariar el espíritu amplio, proteccionista, de

las garantías que la constitución ha consagrado como invulnerables". (112)

Como comentario accesorio, cabe apuntar que anteriormente a la reforma efectuada en el año de 1993, la posibilidad de revocar la libertad caucional, aún cuando no mencionada en la constitución, era ya debidamente reglamentada por los Códigos Procesales Penales, por lo que de esta manera la reforma no hizo más que incorporar a la constitución, dicha figura jurídica, pero en realidad, en nada cambia la situación preexistente.

Más sin embargo, tratadistas en la materia como Jesús Zamora-Pierce consideran que por el sólo hecho de mencionar la revocación de la libertad en la constitución, ha cambiado su régimen, y al efecto apunta: "Antes de la reforma, si el procesado no se presentaba ante el tribunal que conocía de su caso los días fijos que se le habían señalado para tal efecto, o bien cuando se le requería que lo hiciera, si se ausentaba del lugar sin permiso del tribunal, si cometía un nuevo delito, o, en fin, si desobedecía, sin causa justa y comprobada, las ordenes, legítimas del tribunal que conocía de su asunto, el juez le revocaba la libertad, hacía efectiva la caución y ordenaba su reaprehención. Ahora bien, tan pronto como el sujeto era reaprehendido, solicitaba nuevamente su libertad caucional, y el juez se la otorgaba de nuevo. El criterio aplicado, aún cuando nunca formulado expresamente por el

(112) *Ibidem.* p. 169.

legislador, parecía ser que la revocación no estaba consagrada en la constitución, sino, únicamente, en los códigos procesales, y que, en consecuencia, sancionado el procesado con la pérdida de la caución, recuperaba íntegramente el goce de una garantía que la constitución no limitaba. Ahora, cuando la revocación encuentra cabida directamente en el texto constitucional, pudiera cambiar ese criterio, y pudieran las revocaciones adquirir carácter definitivo". (113)

D) RESTRICCIÓN DE ESTA GARANTÍA POR EL ARTICULO 340 IN FINE.

En opinión del autor de esta tesis, la garantía individual de libertad provisional bajo caución que establece en favor de toda persona sujeta a un procedimiento penal, la fracción I del artículo 20 constitucional, en la actualidad, se encuentra limitada o restringida en la legislación penal del estado de México, en virtud de los siguientes razonamientos jurídicos:

En acatamiento a la tercera reforma de la fracción I del artículo 20 constitucional, efectuada en el año de 1993, de manera particular en el Estado de México, con fecha 7 de marzo de 1994, fue publicado el decreto que declaró reformadas varias disposiciones de la legislación penal, tanto en su aspecto sustantivo (clasificación de los delitos graves en el artículo B Bis) como adjetivo (relativo a la caución), destacando de este último y mereciendo especial atención por constituir el

(113) ZARDA-PIERCE, Jesús; Op. Cit.; pp. 170 y 171.

objeto de estudio en la redacción de esta tesis, la reforma al artículo 340 in fine.

El citado artículo una vez reformado, actualmente establece:

"Artículo 340.- Desde el momento en que sea puesto a disposición del juez, todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

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

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

II.- Garantice las sanciones pecuniarias, que en su caso, puedan imponersele a criterio del Juez;

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 la Ley penal.

La garantía a que se refiere la fracción I deberá ser siempre mediante depósito en efectivo y las señaladas en las fracciones II y III podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido".

De la redacción del artículo reformado, se advierte en forma inmediata, clara y evidente que la parte final del

precepto de la ley secundaria que se analiza, restringe el goce de la garantía constitucional de libertad provisional bajo caución, al momento de que en su último párrafo, exige que la garantía a que se refiere la fracción I (reparación del daño) **deberá ser siempre mediante depósito en efectivo**, excluyendo de esta manera cualquier otra forma de caución, como la fianza, prenda o hipoteca, disminuyendo con esto la posibilidad de que el inculpado pueda acceder al goce de la libertad caucional, lo que hace nugatoria dicha garantía individual.

Además también se advierte que su redacción es contraria: en primer término, al mandato supremo, que ordena que el monto y la forma de caución que se fije, deberá ser asequible para el inculpado; en segundo lugar, su redacción también es contraria al contenido del artículo 10. constitucional, que establece: En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución, las cuales no podrán **restringirse** ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece; y, en tercer lugar, dicha redacción también contradice el principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 133 de la Constitución Política de 1917.

En efecto la legislación secundaria del Estado de México, restringe el goce de la garantía individual de libertad cucional, en la parte final del artículo 340 del Código de procedimientos penales vigente en dicha entidad, al momento de que establece en su último párrafo que: la garantía ha que se refiere la fracción I (reparación del daño) deberá ser siempre

mediante depósito en efectivo , y las señaladas en las fracciones II y III, podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido. Pues con esta reforma dicha legislación sufrió un retroceso, al olvidar que mediante la segunda reforma efectuada en el año de 1985, a la fracción I del artículo 20 constitucional, se sustituyó el término fianza por el de caución en la institución que hoy se conoce como libertad provisional bajo caución, en razón de que con dicho cambio terminológico se corrigió la denominación incorrecta, de dicha institución, puesto que la fianza, si bien es la garantía empleada con mayor frecuencia, no es sino una de las que, juntamente con el depósito en efectivo, la hipoteca, y la prenda, quedaron más correctamente englobadas bajo la denominación genérica de caución (libertad provisional bajo caución), empleada en la constitución desde el año de 1985.

Por otro lado el legislador del Estado de México, olvida también que la garantía de reparación del daño, no es el pago del mismo, o la exhibición del importe de la cantidad que equivale, sino que se refiere simple y llanamente al aseguramiento dentro del juicio penal mediante fianza, prenda, hipoteca, embargo precautorio o cualquier otro medio que la reparación del daño ha de cubrirse, una vez que exista sentencia debidamente ejecutoriada. En este punto, cabe recordar en primer lugar lo expresado por el Doctor Sergio García Ramírez, con motivo de las reformas constitucionales de 1993, en el sentido de que el legislador ha ignorado que la

garantía se fija para asegurar el cumplimiento de un deber, una vez que ésta se ha determinado en la sentencia ejecutoria de condena, no para atenderlo de inmediato, pendiente aún el juicio penal; Y, en segundo lugar es procedente citar también lo expuesto por el tratadista Jorge Alberto Mancilla Ovando, quien señala: "La expresión garantizar significa: Dar garantía y acción y efecto de afianzar lo estipulado, fianza, prenda, cosa que asegura y protege contra algún riesgo y necesidad. Se entiende, que la garantía de la reparación del daño, no es el pago; o, exhibirse el importe de la cantidad que equivale mediante instrumento financiero. No, se refiere a asegurar dentro del juicio penal mediante fianza, prenda, hipoteca, embargo precautorio, o cualquier otro medio, que la reparación civil del delito ha de cubrirse, una vez que se declare judicialmente, en sentencia las sanciones pecuniarias. O, que en un juicio diverso, cuyas constancias se exhiban en el proceso penal, se acredite que lo que ha de ser el derecho civil de la reparación del daño del delito se encuentra garantizado. Esto independientemente de la multa. Esto último, se debe ha que el derecho civil de la reparación del daño, nace, como obligación jurídica del procesado, en la sentencia penal que declara que se ha probado que hay delito y que el inculcado es responsable penalmente, debiendo de resarcir en su patrimonio a los afectados por el ilícito penal, por sí o por conducto de los solidariamente responsables". (114)

(114) MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto; Ob. Cit.; pp. 163 y 164

De lo expuesto claramente se infiere, que la redacción actual de la parte final del artículo 340, resulta inconveniente, ya que limita el goce de la garantía individual de libertad caucional, al imponer mayores exigencias (depósito en efectivo, tratándose de la reparación del daño) que la constitución para el otorgamiento de dicho beneficio.

El error cometido en la redacción del artículo que se analiza, tiene lugar por que el legislador secundario del Estado de México, no toma en cuenta que el término caución, que es el empleado en la constitución desde 1985, constituye el género, dentro del cual se comprenden varias especies, como la fianza, el depósito en efectivo, la hipoteca y la prenda, y por consiguiente al no tomar en cuenta dichas circunstancias, exige que la garantía relativa a la reparación del daño, deberá ser siempre mediante depósito en efectivo, lo que resulta violatorio de la garantía individual de libertad caucional, que concede al inculpado el derecho de elegir la forma en que habrá de exhibir la caución, que le haga posible acceder a dicho beneficio, y por ende dicha disposición resulta inconstitucional.

Como fundamento de los anteriores razonamientos, y a reserva de que en los puntos subsecuentes de este trabajo se complementa sobre el particular, a continuación y a efecto de acreditar que efectivamente el empleo del término caución en la fracción I del artículo 20 constitucional, lo es en el sentido genérico, dentro del cual se comprenden varias especies, como el depósito en efectivo, la fianza, la hipoteca y la prenda, a

continuación se cita el criterio de la doctrina, el cual en este sentido como a continuación se corrobora, es totalmente uniforme.

En primer lugar y en relación al término caución, cabe destacar la opinión del tratadista Jesús Zamora-Pierce, haciendo la aclaración que no obstante que la opinión que a continuación se cita, la haya externado con motivo de la segunda reforma efectuada en 1985, a la fracción I del artículo 20 constitucional, la misma sigue teniendo vigencia, pues aún en la actualidad se mantiene inalterable la terminología de la denominación: **Libertad Provisional bajo Caución**. Y al efecto en relación al tema, dicho tratadista externó: "Saltan a la vista, en primer lugar, algunas reformas terminológicas. Tanto en el texto original de 1917 como el reformado en 1948, se referían a la garantía como **libertad bajo fianza**. incorrectamente, puesto que la fianza, si bien es la garantía empleada con mayor frecuencia, no es sino una de las que, juntamente con el depósito en efectivo, la hipoteca, y ahora quizá la prenda, quedan más correctamente englobadas bajo la denominación genérica de **caución, libertad bajo caución**, empleada por el texto reformado. La doctrina mexicana habla recomendado ya esta corrección terminológica". (115)

En segundo lugar se cita en relación con el tema en estudio y de manera particular con el término caución, el criterio sustentado por el Doctor Sergio García Ramírez

(115) ZAMORA-PIERCE, Jesús; Garantías y Proceso Penal; Op. Cit.; p. 167

(debiéndose tener presente la misma observación que se hiciera respecto al comentario que antecede) quien opina, que el texto de 1917 estipuló que el acusado sería puesto en libertad bajo de fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, sin más requisitos -concluíla la fracción- que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla. En consecuencia, se previó la garantía de depósito, hipoteca o fianza y no sólo ésta pase a la errónea denominación del beneficio, por la propia fracción I, como libertad bajo de fianza. Así mismo comenta que en su opinión la reforma de 1984, reelaboró ampliamente esta materia. Pues por una parte, conservó el tradicional vínculo entre el monto de la garantía y las circunstancias personales y gravedad del delito, y al hablar de caución genéricamente, abrió la puerta para el funcionamiento de cualquier especie de garantía patrimonial. (116)

En tercer término se cita el comentario del Licenciado, Rafael Pérez Palma, quien sobre la caución expresó, que en muchos tribunales es costumbre establecida la de llamar caución a los depósitos hechos en dinero en efectivo para garantizar una libertad bajo fianza; y que en cambio, por fianza se entiende aquella que otorgan las compañías afianzadoras u otras

(116) Cfr.: GARCÍA RIVIERE, Sergio; Op. Cit.; pp. 63 y 64

personas con el mismo propósito, y más adelante expone, que todas las formas de caución, ya se trate de depósitos en efectivo, de fianzas personales o de cauciones hipotecarias, lo han de ser en dinero, ya que el dinero es el símbolo de la antigua burguesía de los lombardos, del capitalismo contemporáneo, y que del dinero al negocio y del negocio a la explotación, no hay sino un paso de por medio, pues primero aparecieron los afianzadores profesionales, y luego las compañías aseguradoras, debidamente legalizadas y autorizadas para el otorgamiento de fianzas de carácter personal y finalmente la institución oficial especializada en la custodia de toda clase de depósitos judiciales en el territorio nacional, a su vez indica, que por lo tardado que resulta su tramitación las cauciones hipotecarias están ya fuera de uso. También señala que las compañías afianzadoras, se han convertido en empresas de grandes proporciones, que reditúan buenos dividendos, y a cuyo amparo viven multitud de empleados, agentes y coyotes, pues hacen buen negocio, y que en una u otra forma, las fianzas carcelarias en póliza o en efectivo, son negocios para unos y lógicamente, erogaciones, cargas y quizá motivo de explotación para otros.

Finalmente comenta, sobre la inconveniencia de las fianzas en dinero, ya que estas acentúan las diferencias entre las clases sociales, pues para los adinerados la exhibición de la suma que se fije como caución o el pago de la fianza personal, es cosa más o menos fácil, se hace el desembolso y rápidamente se sale para seguir disfrutando de libertad y hasta se pueden

permitir el lujo de dejar que se haga efectiva la fianza con tal de no volver a pisar la cárcel, pues desde el punto de vista de la inversión, ante la perspectiva de pasar algún tiempo en prisión, es preferible perder la fianza, ya que estando libres pueden ganar mucho más de lo que significa la caución, en razón de que el dinero proporciona bienes, servicios, amor y hasta libertad, puesto que con el dinero se puede comprar cuanto hay sobre la tierra, pero la falta de dinero, no produce sino limitaciones, miseria, cárcel e hijos, de tal suerte que los que por su triste situación no pueden exhibir la caución o pagar el importe de la fianza, se quedan en la cárcel. (117).

Finalmente el maestro Guillermo Colín Sánchez, sobre el término caución expone: "A las palabras caución y fianza, comunmente se les atribuye el mismo significado, no obstante, caución denota garantía, y fianza una forma de aquella; por énde, caución es el género y fianza una especie". (118).

En conclusión debe decirse, que de lo expuesto por la doctrina se advierte de manera clara y evidente, que el término caución empleado en la fracción I del artículo 20 constitucional, lo es en sentido genérico, dentro del cual se comprenden diversas especies como: El depósito en efectivo, la fianza, la hipoteca y la prenda, y por tal motivo el legislador del Estado de México, carece de facultades para

(117) Cfr.; PEREZ PALMA, Rafael; Op. Cit.; pp. 544 a la 551.

(118) COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo; Op. Cit.; p. 669.

limitar el goce de la garantía individual de libertad caucional, al establecer en la parte final del artículo 340, que la garantía relativa a la reparación del daño, deberá ser siempre mediante depósito en efectivo, resultando con esto que dicha disposición es violatoria de garantías individuales, y en consecuencia también resulta inconstitucional, puesto que la norma suprema al emplear el término caución en sentido genérico, implícitamente otorgó al inculpado la posibilidad de obtener su libertad caucional, mediante el depósito de cualquier tipo de caución, sin limitación alguna, es más dispuso también que el monto y la forma de caución que se fijará, debería ser asequible para el inculpado; sin embargo, en el Estado de México (que no, en otros estados de la república como: Hidalgo, Chihuahua, Campeche, Nuevo León y Tabasco, etc.) parece ser que se entendió, que debería ser inaccesible para el inculpado.

Por todo ello, resulta una necesidad urgente y apremiante derogar el último párrafo del artículo 340 a fin de ajustarlo a los lineamientos constitucionales que lo rigen. Lo contrario sería anteponer una ley reglamentaria a la constitución y supeditar las garantías que ésta establece, a modalidades creadas por leyes secundarias que no pueden tener fuerza legal bastante para contrariar el espíritu amplio y proteccionista, de las garantías que la constitución ha consagrado como invulnerables a favor de los inculpados en un procedimiento penal:

E) SIGNIFICADO GRAMATICAL DEL TERMINO CAUCION.

Para el desarrollo de este punto, es importante recordar que tanto en el texto original de la constitución política de 1917, como en el reformado en 1948, se referían a la garantía que hoy se conoce genéricamente, como **libertad provisional bajo caución**, bajo la denominación específica de **libertad bajo fianza**, situación que la doctrina crítico por considerarla incorrecta, argumentando que si bien la fianza, es la garantía empleada con mayor frecuencia, no es sino una de las que, juntamente con el depósito en efectivo, la hipoteca y la prenda, quedan más correctamente englobadas bajo la denominación genérica de caución, **libertad provisional bajo caución**, empleada por el texto reformado a partir de 1985.

De lo anterior se advierte, que a las palabras **caución** y **fianza**, comunmente se les confunde y por ello se les atribuye el mismo significado, motivo por el cual, es importante determinar el significado gramatical del término **caución**.

Y al efecto se considera ilustrativo citar en primer término algunas opiniones doctrinarias, para finalmente citar el significado gramatical del término **caución**.

A decir del maestro Rafael Pérez Palma, "En muchos tribunales es costumbre ya establecida la de llamar **caución** a los depósitos hechos en dinero en efectivo, para garantizar una **libertad bajo de fianza**; en cambio, por **fianza** se entiende aquella que otorgan las compañías afianzadoras u otras personas

con el mismo propósito" (119).

Por su parte el maestro Guillermo Colín Sánchez, en relación a la terminología caución, expresa: "A las palabras caución y fianza, comunmente se les atribuye el mismo significado; no obstante, caución denota garantía, y fianza una forma de aquélla; por énde, caución es el género y fianza una especie". (120)

De la lectura de esta última definición se pueden efectuar dos afirmaciones: La primera de ellas es, en el sentido de que el término caución es sinónimo de garantía; y, la segunda es, en el sentido de que el término caución constituye el género, dentro del cual se encuentran comprendidas otras especies de garantías, como el depósito en efectivo, la póliza de afianzadora, la prenda, la hipoteca, etc.

Lo anterior se corrobora tanto con la etimología, como con la definición o significado gramatical del término caución, que el Diccionario Anaya de la Lengua proporciona en los siguientes términos:

CAUCIÓN.— Etimología "(Del latín Cautio,-Onis (Cautus), Cavere=guardarse, tener cuidado). Significado: 1. Precaución. 2. Seguridad personal de que se cumplirá lo acordado. Sinónimo. 1. Cautela, prevención. 2. Garantía, depósito. Observaciones. Término relacionado etimológicamente con cauto". (121).

(119) PEREZ PALMA, Rafael; Op. Cit.; p. 544.

(120) COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo; Op. Cit.; p. 669.

(121) Diccionario Anaya de la Lengua; 1a. ed.; España; Edit. Grupo Anaya, S. A.; 1991; p. 208.

A continuación se cita la definición que el Diccionario proporciona, respecto a los términos garantía y fianza, con la finalidad de demostrar que la primera expresión es sinónimo de caución, y la segunda, es tan solo una especie del término genérico caución.

G A R A N T I A: " (del Fr. Garantie). s. f. 1. Fianza, prenda o hipoteca que se dá para asegurar el cumplimiento de una obligación o compromiso. 2. Cosa que se asegura o protege contra un riesgo. 3. Seguridad ofrecida por alguien o algo de cierta cosa. 4. Compromiso de una casa comercial de asegurar por cierto tiempo el buen resultado de una venta. 5. Papel que avala este derecho. 6. Garantías constitucionales. Derechos Civiles y Personales que un Estado concede y asegura a los ciudadanos. **Sinónimo** 1. De **Caución**, aval. 2. Protección, afianzamiento". (122).

F I A N Z A: " (De fiar) s. f. 1. Prenda que una persona deposita como garantía de que cumplirá su compromiso. 2. Cantidad de dinero que se paga por la libertad de un individuo encarcelado pendiente de juicio. 3. Fiador. 4. Contrato por el que alguien actúa como fiador de otro, comprometiéndose al pago en caso de que no lo haga este último. **Sinónimo** de 1. **Garantía**, **caución**, depósito aval". (123)

(122) *Ibidem.*; p. 475

(123) *Ibidem.*; p. 450

F) SENTIDO DE LA EXPRESION CAUCION EN LA EXPOSICION DE MOTIVOS.

Para el desarrollo de este apartado, es necesario nuevamente señalar que tanto en el texto original de la Constitución Política de 1917, como en el reformado de 1948, se referían a la garantía que hoy se conoce genericamente, como libertad provisional bajo caución, bajo la denominación específica de libertad bajo fianza, y que fue a partir de la segunda reforma constitucional efectuada en el año de 1984, cuando se sustituyó por razones de técnica jurídica, el término **fianza** por **caución**, en tales circunstancias en este punto del trabajo se analiza, cual fué el sentido de la expresión **caución**, en: a).- La exposición de motivos; b).- En el dictámen de las comisiones unidas; y, c).- En la discusión para la aprobación correspondiente.

a).- EN LA EXPOSICION DE MOTIVOS.

En el año de 1984, el Presidente de la República presentó ante la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, la iniciativa de reformas a la fracción I del artículo 20 Constitucional, y en cuya exposición de motivos (interesando únicamente lo relativo a la sustitución del término **fianza** por **caución**), en esencia y sustancia preciso: El artículo 20 constitucional establece importantes derechos públicos subjetivos del inculcado, que representan garantías esenciales para éste y aseguran la debida impartición de justicia en materia penal. La fracción I del citado artículo regula la libertad provisional mediante **caución** ante los órganos

jurisdiccionales. Se trata de una institución con la que se procura armonizar, en forma equitativa, los intereses de la sociedad, los derechos del procesado, los intereses patrimoniales del ofendido y la buena marcha del procedimiento. En la actualidad, la fracción I del artículo 20 reconoce al inculcado la posibilidad de obtener su libertad bajo fianza, cuando se le impute la comisión de un delito sancionado con pena de prisión cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años. Independientemente de que, por razones de técnica jurídica es preferible hablar de caución y no de fianza, puesto que ésta es sólo una especie de aquélla, es necesario definir, para encauzar el correcto otorgamiento de este beneficio procesal, resolviendo dudas y evitando interpretaciones encontradas.

b).- EN EL DICTAMEN DE LAS COMISIONES.

Con fecha 16 de octubre de 1984, las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia, sometieron a consideración de la H. Asamblea de la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, el proyecto de decreto que reforma la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en el referido Dictámen dichas comisiones en relación a la sustitución del término fianza por caución, expresaron: Tanto en la iniciativa del ejecutivo, como en la minuta del senado, se aseguran los derechos subjetivos del inculcado, a través de la garantía individual que consagra la fracción I del artículo 20

constitucional, que se refiere al beneficio procesal de la libertad bajo caución para el inculpado, cuando se le impute la comisión de una conducta delictiva que el Código Penal sancione con pena corporal cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años de prisión, la cual deberá otorgársele considerando el delito presuntamente cometido, con sus modalidades y conforme a las constancias procesales y no sólo el denominado tipo básico o fundamental. En tal sentido, estas comisiones unidas están acordes con los criterios que sustenta la iniciativa y la minuta, de suprimir el término fianza, para referirse al de caución, en virtud de que, además de las razones de técnica jurídica, debe considerarse que el término caución, como garantía patrimonial entre sus conceptos abarca el de fianza y otros tipos de garantía.

c).- EN EL DEBATE.

Según se advierte del Diario de Debates, con fecha 18 de octubre de 1984, se puso a discusión en lo general y en lo particular el artículo único del proyecto de decreto de reforma a la fracción I del artículo 20 constitucional, por lo que después del registro de oradores se concedió la palabra entre otros a los siguientes diputados: Pablo Castellón Álvarez, Alvaro Uribe Salas y Juventino González Ramos. Quienes en relación a la sustitución del término fianza por caución, manifestaron:

El Legislador Pablo Castellón Álvarez, en su intervención expresó que observa de entrada en la iniciativa el cambio del

término fianza por el de caución, en tratándose de libertad del inculpado; en ese sentido las comisiones unidas de justicia y de gobernación y puntos constitucionales, coinciden en suprimir el término fianza, contenido en el texto constitucional actual, por el señalado en segundo término y en este sentido, las comisiones unidas coincidieron en cambiar los términos, toda vez que independientemente de las razones de técnica jurídica, este concepto (el de caución), tiene características genéricas que abarcan los diferentes tipos de garantía. Estamos de acuerdo con lo anterior y no hay objeción al respecto.

En uso de la palabra el Diputado Alvaro Uribe Salas expresó, que era importante aclarar que el vocablo caución se cambió por el anterior de fianza, por que desde el punto de vista de la técnica jurídica creo que es más apropiado y en lo que estuve de acuerdo. Por tal razón las comisiones que suscriben este dictamen, están acordes con los criterios que fija la iniciativa y la minuta, de suprimir el término fianza para referirse al de caución. Además, como se dijo anteriormente, por razones de elemental técnica jurídica, debe considerarse el término caución como garantía patrimonial que en sus conceptos abarca otros tipos de garantía.

Por su parte el Ciudadano Diputado Juventino González Ramos en su intervención manifestó, que el uso de la expresión caución en lugar de fianza, significa una nueva oportunidad o una nueva aportación en el cambio jurídico, pues aquella es genérica, y comprende las diversas formas de garantizar la

libertad. En cambio, la palabra fianza, es una forma específica de caución, que consiste en la presencia de un tercer elemento que es el fiador, y que generalmente lo es de una compañía de fianzas o una compañía afianzadora. La importancia de esta modificación para mí, compañeros, es trascendental y servirá de principio o base para una próxima legislación reglamentaria que acabe con el sistema tradicional de que únicamente quien tiene recursos económicos, puede gozar de la libertad bajo fianza. Al hablarse de caución y no de fianza, estamos entrando en un nuevo concepto del derecho positivo mexicano. Se sientan las bases para que en un futuro las organizaciones sociales, los sindicatos, las cooperativas, las asociaciones de producción, etc., puedan garantizar la libertad bajo fianza de sus socios o agremiados y acabar con el estigma que es vox populi, de que el derecho penal solamente es un derecho para castigar a los pobres.

En virtud del análisis de la exposición de motivos, del dictámen de las comisiones unidas y del debate correspondiente, se obtiene como resultado definitivo, que el sentido de la expresión caución en la segunda reforma de la fracción I del artículo 20 constitucional, lo fue en sentido amplio, es decir genérico, de tal manera que dentro del mismo se pudieran comprender otras especies de garantía, como la fianza, la prenda y la hipoteca, e incluso a decir del Diputado Juventino González Ramos, al hablarse de caución y no de fianza, se sentó las bases para que en un futuro las organizaciones sociales, los sindicatos, las cooperativas, las asociaciones de

producción y otras más, pudieran garantizar la libertad de sus socios o agremiados y acabar con el estigma de que el Derecho Penal es solamente para castigar a los pobres.

De todo lo anteriormente expuesto, se arriba a la conclusión de que a partir de la segunda reforma a la fracción I del artículo 20 constitucional, efectuada en el año de 1984, al sustituirse el término específico de fianza por el genérico de caución, tanto el titular del poder ejecutivo de la unión, como las comisiones unidas y en general los legisladores del Honorable Congreso de la Unión, concibieron al término caución en sentido amplio, en sentido genérico, de tal manera que dentro del mismo se pudieran comprender otras especies de garantía, como la prenda, la fianza e hipoteca, con la firme intención de facilitar al máximo la posibilidad de que las personas involucradas en un procedimiento penal, pudieran alcanzar la libertad provisional bajo caución, en los casos en que esta fuera procedente, sin limitación constitucional alguna por lo que se refiere a la caución, es decir, que para hacer efectiva dicha garantía, la constitución faculta al inculcado, para emplear cualquier forma de caución, la que mejor le acomode, la que le convenga, la que mejor se ajuste a sus necesidades, la que haga posible o asequible acceder a dicho beneficio, pues de ninguna manera la fracción I del artículo 20 constitucional, limita o restringe el término caución, y por lo tanto las legislaturas de los estados se encuentran imposibilitadas constitucionalmente, para limitar o restringir el amplio y genérico sentido de la expresión caución en la ley

secundaria; en consecuencia, el artículo 340 in fine, del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, aún hoy en día vigente, resulta inconstitucional, pues es claro y evidente que limita y restringe en su último párrafo el sentido genérico de la expresión caución, al establecer y exigir tajantemente que la garantía de la reparación del daño deberá ser siempre mediante depósito en efectivo, desconociendo y descartando con esta disposición cualquier otra forma de caución, lo que hace nugatoria la garantía constitucional de libertad provisional bajo caución, contrariando con esto tanto al artículo 10. de la Ley Suprema, como el principio de Supremacía Constitucional establecido en el artículo 133 de dicho Código Político, así como al propósito político-penal que orientó a la tercera reforma constitucional, y que de acuerdo al maestro, Sergio García Ramírez consistió: "En que ésta otorga de manera más amplia el derecho a gozar de la libertad provisional bajo caución". (124).

G).- REGULACION DE LA CAUCION EN OTRAS LEGISLACIONES SECUNDARIAS.

La realización de este apartado se efectúa con la intención de detectar si en alguna otra legislación secundaria, a parte de la del Estado de México, se restringe el amplio sentido de la expresión genérica caución; o si por el

(124) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; Op.Cit.; p. 57.

contrario, los legisladores locales de las entidades que se analizan, hacen una interpretación prudente y correcta de dicho término, y para lo cual antes de analizar el Código Federal de Procedimientos Penales y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se citan los correlativos de las siguientes entidades federativas: 1.- Campeche. 2.- Chihuahua. 3.- Hidalgo. 4.- Nuevo León; y, 5.- Tabasco.

1.- El Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Campeche, establece: "Artículo 496.- La naturaleza de la caución quedará a elección del inculpado, quien al solicitar la libertad manifestará la forma que elija. En caso de que el inculpado, su representante o su defensor no hagan la manifestación mencionada, el Ministerio Público, el Juez, o el Tribunal, de acuerdo con las normas que anteceden fijará las cantidades que correspondan a cada una de las formas de caución".

2.- A su vez el Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Chihuahua, establece: "Artículo 430.- La naturaleza de la caución quedará a elección del inculpado, quien al solicitar la libertad manifestará la forma que elige para los efectos de que el tribunal pueda fijar el monto de la caución, atendiendo a la naturaleza de la ofrecida. En caso de que el inculpado, su representante o su defensor, no hagan la manifestación mencionada, el tribunal de acuerdo con el artículo siguiente fijará las cantidades que correspondan a cada una de las formas de caución".

3.- Por su parte el Código de Procedimientos Penales para

el Estado Libre y Soberano de Hidalgo, dispone: "Artículo 301.- Las garantías exigidas en las fracciones I y II, así como la caución a que se refiere la fracción III del artículo 297 de este Código, podrán consistir en depósito en efectivo, hipoteca, o fianza. El inculpado o su defensor podrán elegir la naturaleza de aquellas; el juez determinará si son o no idóneas y suficientes".

4.- A su vez en el Código de Procedimientos penales para el Estado Libre y Soberano de Nuevo León, se establece: "Artículo 498.- La naturaleza de la caución quedará a elección del acusado, quien al solicitar la libertad manifestará la forma que elige, para los efectos de la fracción V del artículo anterior. En caso de que no se haga la manifestación mencionada de acuerdo con el artículo que antecede se fijará la cantidad que corresponda en los términos de la fracción I del artículo siguiente, observándose lo que establecen las demás fracciones cuando el depósito no se pueda hacer en efectivo y así se solicite".

5.- Por lo que respecta al Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Tabasco, ordena: "Artículo 409.- La naturaleza de la caución quedará a elección del inculpado, quien al solicitar la libertad manifestará la forma que elige, para los efectos de la fracción V del artículo anterior, en caso de que el inculpado, su representante o su defensor no haga la manifestación mencionada, el tribunal de acuerdo con el artículo que antecede, fijará las cantidades que correspondan a cada una de las formas de caución".

a).- Por su parte en los artículos 399 y 403 del Código Federal de Procedimientos Penales, se establece:

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

1) 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;

2) Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;

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

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

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

"Artículo 403.- La naturaleza de la caución quedará a elección del inculcado, quien al solicitar la libertad, manifestará la forma que elige, para los efectos de la fracción V del artículo anterior. En caso de que el inculcado, su representante o su defensor, no hagan la manifestación mencionada, el tribunal, de acuerdo con el artículo que

antecede, fijará las cantidades que correspondan a cada una de las formas de caución".

b).- Finalmente el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en relación a la caución dispone:

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

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

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

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

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

"Artículo 561.- La naturaleza de la caución quedará a elección del inculpado, quien al solicitar la libertad manifestará la forma que elige, para los efectos de la fracción V del artículo anterior. En el caso de que el inculpado, su representante o su defensor no hagan la manifestación mencionada, el Ministerio Público, el Juez o el Tribunal, de

acuerdo con el artículo que antecede, fijará las cantidades que correspondan a cada una de las formas de caución".

De lo anterior se advierte que tanto en la legislación secundaria de las diversas entidades federativas que se han analizado, como en el Código Federal de Procedimientos Penales y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se efectúa una correcta y prudente interpretación del término genérico caución, respetándose con ello el sentido amplio que dió a dicha expresión, el constituyente permanente en la tercera reforma a la fracción I del artículo 20 constitucional, pues ninguna de ellas limita o restringe el sentido genérico de la expresión caución, sino por el contrario, en todas se establece que la naturaleza de la caución quedará a elección del inculpado, quien al solicitar la libertad manifestará la forma que elige para los efectos de que el tribunal este en posibilidades de fijar el monto de la caución, atendiendo a la naturaleza de la ofrecida.

En cambio y en contraste a todo lo anterior, el legislador del Estado de México en el artículo 340 in fine y 345 del Código de Procedimientos Penales, limita y restringe la garantía individual de libertad provisional bajo caución.

H).- SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, en su artículo 133 establece la Supremacía Constitucional como origen y sustento de todo el orden jurídico mexicano, y por consiguiente, las garantías individuales

participan del principio de supremacía constitucional, en cuanto que tienen prevalencia sobre cualquier norma o ley secundaria que se oponga a sus lineamientos y primacía de aplicación sobre la misma; en consecuencia todas las autoridades del país, deben observarlas preferentemente a cualquier disposición ordinaria, máxime si estas últimas son contrarias al mandato supremo.

El tratadista Luis Bazdresch en relación a la Supremacía de las Garantías Individuales expresa: "La quinta característica consiste en que son supremas, porque la tiene instituida nuestra constitución, que es nuestra máxima ley, y por tanto tienen la preeminencia definida en el artículo 133 de la misma constitución". (125).

A su vez el Doctor Ignacio Burgoa, en alusión al tema manifiesta: "Siendo nuestra constitución la fuente de las garantías individuales, o sea el ordenamiento en el cual éstas se consagran, formando, por énde parte de la Ley fundamental, es lógico y evidente que están investidas de los principios esenciales que caracterizan al cuerpo normativo supremo respecto de la legislación secundaria. Por consiguiente, las garantías individuales participan del principio de supremacía constitucional (consignado en el artículo 133 de la Ley Suprema), en cuanto que tienen prevalencia sobre cualquier norma o ley secundaria que se les contraponga y primacía de aplicación sobre la misma, por lo que las autoridades todas

(125) BAZDRESCH, Luis; Op. Cit.; p. 32.

deben observarlas preferentemente a cualquier disposición ordinaria ...". (126)

A su vez y en relación al tema en análisis, se cita el comentario del constitucionalista Emilio O. Rabasa quién afirma: "La Constitución de 1917, es la Ley Suprema en México. Mantener tal supremacía, su superioridad sobre las demás leyes, es sostener la vida misma del pueblo, su organización política y legal y el que pueda perdurar la nacionalidad en el tiempo y el espacio. Dos principios de gran importancia contiene este artículo: 1.- La Constitución Federal es la ley primaria y fundamental. 2.- Todas las demás disposiciones (leyes federales, tratados constitucionales y leyes locales, etcetera), en su expedición y aplicación, deben ajustarse a esa norma fundamental, es decir, deben ser constitucionales. En otra palabra para que nazca y viva cualquier ley (federal o local), para que cualquier disposición o acuerdo administrativo tenga plena validez, para que los actos y resoluciones judiciales sean legales tienen, antes y sobre todo, que encontrar su fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". (127).

Finalmente y por considerarlo ilustrativo, se cita también, la explicación que sobre el tema hace Rodolfo Cartas Sosa: "La Constitución es la Ley Suprema del país, después le siguen en orden de importancia las leyes federales y los tratados internacionales. En tal virtud, los jueces de cada

(126) BURGOS, Ignacio; Op. Cit.; p. 187.

(127) O. RABASA, Emilio; Op. Cit.; pp. 389 y 390

estado están obligados a aplicarlos aún cuando pugnen con las constituciones o leyes locales". (128)

a).- CONTENIDO DEL ARTICULO 1o. CONSTITUCIONAL.

ARTICULO 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".

En relación a éste artículo el constitucionalista Emilio O. Rabasa, comenta: "Son varios los principios básicos que contiene el artículo con el que se inicia la Constitución:

a) En México, el individuo, por el solo hecho de ser persona humana tiene una serie mínima de derechos que la propia Constitución establece y protege;

b) Los derechos consignados y su protección pertenecen a todos los individuos, a todos los seres humanos, sin distinción de nacionalidad, sexo, edad, raza o creencia y a las personas morales o jurídicas; y,

c) Esos derechos sólo se pueden restringir o suspender en los casos y condiciones que la propia Constitución señala, o sea, los previstos por el artículo 29". (129)

De lo expuesto se puede afirmar, que fuera de los casos y condiciones que la propia constitución señala en su artículo 29, ninguna autoridad tiene derecho o facultades para

(128) CARTAG SORSA, Rodolfo; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 14a. ed.; México; 1998; Edit. Trillas; pp. 208 y 209.

(129) O. RABASA, Emilio; Op. Cit.; p. 34

restringir o suspender las garantías individuales que la Ley Suprema otorga en favor de todo gobernado. En consecuencia también se puede afirmar que el artículo 340 in fine del Código de Procedimientos Penales del Estado de México en vigor, resulta inconstitucional y por ende violatorio de la garantía individual de libertad provisional bajo caución, ya que al restringir y limitar el goce de esta garantía individual, no se ajusta al contenido de los artículos 10., y 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

b).- CONTENIDO DEL ARTICULO 133 CONSTITUCIONAL.

ARTICULO 133.- "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados".

Emilio O. Rabasa, al vertir su comentario sobre este artículo manifiesta: "La Constitución de 1917 es la Ley Suprema en México. la dictó un congreso constituyente, es decir, un órgano originario que representó la voluntad del pueblo mexicano. La constitución es la base de nuestra vida institucional: señala los elementos fundamentales del Estado (pueblo, territorio y poder soberano) y los mantiene unidos; determina la forma de gobierno; enumera a las más preciadas

libertades del hombre; establece los tres poderes y sus respectivas atribuciones; distingue al gobierno nacional del local; en fin, contiene y estructura las esenciales decisiones políticas y económicas del pueblo y la manera en que habrá de gobernarse. Por resumir esos principios esenciales y establecer su estructura fundamental es, como lo indica este precepto, la Ley Suprema de toda la Unión. mantener tal supremacía, su superioridad sobre las demás leyes, es sostener la vida misma del pueblo, su organización política y legal y el que pueda perdurar la nacionalidad en el tiempo y el espacio". (130)

En resumen se puede afirmar, que el artículo 133 de la Constitución Política de 1917, establece la Supremacía Constitucional como origen y sustento de todo el orden jurídico Mexicano; por tanto, una ley secundaria como lo es en el caso el artículo 340 in fine, del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México, no debe ni puede poner límites o restricciones al contenido y alcance de una garantía constitucional como la libertad provisional bajo caución. Sostener lo contrario, sería anteponer una ley reglamentaria a la constitución y supeditar las garantías que ésta establece, a modalidades creadas por leyes secundarias que no pueden tener fuerza legal bastante para contrariar el espíritu amplio, proteccionista, de las garantías que la constitución ha consagrado como invulnerables.

(130) *Ibidem.*, p. 389

c).- CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

De acuerdo al tratadista Jorge Alberto Mancilla Ovando, para conceder la libertad caucional, deberá atenderse en forma exclusiva a la constitución federal; puesto que en ella se señalan los requisitos máximos para alcanzar el beneficio de esta garantía individual. Salvo en el caso que las constituciones locales señalen condiciones más liberales para su otorgamiento, las que en su caso regiran el acto. A su vez cita como fundamento de su afirmación, el siguiente criterio sustentado por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación: **LIBERTAD CAUCIONAL.** Si bien es cierto que la constitución no sólo tiene por objeto garantizar los derechos individuales, sino que persigue también fines netamente sociales, también lo es que la idea esencial que animó al legislador, al redactar el artículo 20 constitucional, fue garantizar la libertad de las personas sujetas a proceso y que sus propósitos no fueron coartar las facultades de las legislaturas locales, para fijar condiciones más liberales en el otorgamiento de la libertad caucional; de manera es que si en los estados se establecen condiciones más amplias para obtener la libertad bajo fianza, esas disposiciones no contravienen los propósitos del artículo 20 constitucional.

A su vez dicho tratadista manifiesta que por exclusión, se puede afirmar que si los códigos procesales en materia penal establecen requisitos más benignos, más amplios para alcanzar los beneficios de la libertad provisional bajo caución, sus dictados serán aplicables y no constituirán violación alguna a

la garantía constitucional que se estudia.

Y más adelante aclara, que aunque ha quedado implícito, se debe señalar que si los códigos procesales de las entidades federativas (como es el caso del artículo 340 in fine, en el Estado de México) establecen mayores exigencias que la Constitución Política de la República, para hacer procedente el goce de la libertad caucional, sus dictados de ninguna manera obligan a la autoridad judicial; y en términos del artículo 133 de la Ley Fundamental del País, sin que se formulen pronunciamientos sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición local, debiera sujetar sus actos a lo que dispone el artículo 20, fracción I de la Constitución Política Nacional, pues menciona que así lo ha señalado la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, al precisar:

LIBERTAD CAUCIONAL. Como garantía individual no puede estar supeditada a ninguna otra circunstancia fuera de las expresadas en la constitución.

Finalmente dicho Jurista, menciona que la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, aunque con motivo de otras circunstancias, también lo ha indicado en estos términos:

LIBERTAD CAUCIONAL. Su concesión ha sido elevada al rango de garantía constitucional, si el delito que se imputa al acusado no merece ser castigado con pena que exceda con más de cinco años de prisión, y al señalar este plazo, la constitución se refirió a la penalidad en su término medio: Ya que la fracción I del artículo 20 constitucional alude a la pena en

abstracto, que corresponde al delito, y no a la concreta que procediera imponer al delincuente, atenta las circunstancias atenuantes y agravantes; y esa pena abstracta no puede ser otra que la que reside en el término medio; y como la Constitución General de la República es la Ley Suprema y el artículo 476 del Código de Procedimientos en materia penal, del Estado de Guanajuato, restringe la garantía de la libertad caucional, fijando un término mayor de cinco años, es anticonstitucional y no debe observarse. (131)

Por todo lo anterior y como comentario final de este trabajo de tesis profesional, se debe señalar que de la deducción y análisis de los contenidos teóricos, legales y de interpretación jurídica, como lo es el criterio sustentado por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, expresado en las ejecutorias que han quedado citadas, dan la pauta y sustento legal necesario, para que en este punto del trabajo se pueda despejar la incognita inicialmente planteada y poder afirmar así, como conclusión final de la tesis, que el artículo 340 infino, del código de procedimientos penales vigentes en el Estado de México, resulta inconstitucional, por restringir la garantía individual de libertad provisional bajo caución, en consecuencia; y en atención al principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 133 de la Constitución Política Mexicana, los jueces del Estado de México, a pesar de la disposición en contrario establecida en el numeral que se

(131) Cfr. FRANCILLA OVALDO, Jorge Alberto; Op. Cit.; p.p. 157 a 164

analiza, al resolver sobre la garantía de libertad caucional, se deberán arreglar única y exclusivamente, a los requisitos y exigencias expresamente señalados en la fracción I del artículo 20 constitucional.

CONCLUSIONES .

PRIMERA.- En un país como México, en el que el derecho punitivo tiene como fundamento la pena privativa de libertad, la prisión preventiva es una medida precautoria, necesaria, no solamente para asegurar la persona del imputado, y para evitar que pueda sustraerse a la acción de la justicia, sin cuya presencia la aplicación del derecho resultaría imposible. Sin embargo, la prisión preventiva, a pesar de ser una medida necesaria, acarrea para el acusado graves consecuencias, como lo son, la pérdida de la libertad y del empleo, entre otras más. A su vez debe señalarse, que el proceso se inicia generalmente fundado en presunciones de culpabilidad, en indicios, es decir, en circunstancias y en condiciones tales, en las que solamente por excepción será posible anticipar el resultado final del proceso.

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

En México, esa medida ha sido denominada **Libertad Provisional Bajo Caución**, y se encuentra establecida como garantía individual en la fracción I del artículo 20 de la constitución política de 1917.

SEGUNDA.- La Institución denominada: **libertad provisional bajo caución** (inicialmente llamada **libertad bajo fianza**), al paso del tiempo, se fue adecuando a una realidad que vertiginosamente se iba modificando, y por ello no tan solo cambio de nombre, sino que con el devenir de los años en sus cuatro serias y trascendentales reformas, la fracción I del artículo 20 constitucional ha **evolucionado**.

TERCERA.- En la segunda reforma efectuada a la fracción I del artículo 20 constitucional en el año de 1985, saltan a la vista, algunas reformas terminológicas que marcan su **evolución**, ya que tanto en el texto original de 1917 como en el reformado en 1948, se referían a la institución como **libertad bajo fianza**, lo cual era incorrecto, puesto que la fianza, si bien es la garantía empleada con mayor frecuencia, no es sino una de las que, juntamente con el depósito en efectivo, la hipoteca y después de esta reforma quizá también la prenda, quedaban más correctamente englobadas y comprendidas bajo la denominación genérica de **libertad provisional bajo caución**, puesto que dentro del **género caución** se comprenden diversas especies, como: el depósito en efectivo, la hipoteca y la fianza.

CUARTA.- A las palabras **caución** y **fianza**, comunmente se les ha confundido y atribuido el mismo significado; no obstante, **caución** denota **garantía**, y **fianza** una **forma de**

aquella; por ende, caución es el género y fianza una especie, es decir, que el término caución constituye el género, dentro del cual se encuentran comprendidas otras especies de garantías, como el depósito en efectivo, la póliza de afianzadora, la prenda, la hipoteca, etc.

QUINTA.- A partir de la segunda reforma a la fracción I del artículo 20 constitucional, efectuada en el año de 1984, al sustituirse el término específico de fianza por el genérico de caución, tanto el titular del poder ejecutivo de la unión, como las comisiones unidas y en general los legisladores del Honorable Congreso de la Unión, concibieron al término caución en sentido amplio, en sentido genérico, de tal manera que dentro del mismo se pudieran comprender otras especies de garantía, como la prenda, la fianza e hipoteca, con la firme intención de facilitar al máximo la posibilidad de que las personas involucradas en un procedimiento penal, pudieran alcanzar la libertad provisional bajo caución, en los casos en que esta fuera procedente, sin limitación constitucional alguna por lo que se refiere a la caución, es decir, que para hacer efectiva dicha garantía, la constitución faculta al inculpado, para emplear cualquier forma de caución, la que mejor le acomode, la que le convenga, la que mejor se ajuste a sus necesidades, la que haga posible o asequible acceder a dicho beneficio, pues de ninguna manera la fracción I del artículo 20 constitucional, limita o restringe el término caución, y por lo tanto las legislaturas de los estados se encuentran imposibilitadas constitucionalmente, para limitar o restringir

el amplio y genérico sentido de la expresión caución en la ley secundaria, en consecuencia;

SEXTA.- El artículo 340 in fine, del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, aún hoy en día vigente, resulta contrario a los lineamientos constitucionales, pues es claro y evidente que limita y restringe en su último párrafo el sentido genérico de la expresión caución, al establecer y exigir tajantemente que la garantía de la reparación del daño deberá ser siempre mediante depósito en efectivo, desconociendo y descartando con esta disposición cualquier otra forma de caución, lo que hace nugatoria la garantía constitucional de libertad provisional bajo caución, contrariando además con esto tanto al artículo 10. de la Ley Suprema, como el principio de Supremacía Constitucional establecido en el artículo 133 de dicho Código Político, así como al propósito político-penal que orientó a la tercera reforma constitucional, y que de acuerdo al maestro, Sergio García Ramírez consistió: "En que ésta otorga de manera más amplia el derecho a gozar de la libertad provisional bajo caución".

SEPTIMA.- Por lo anterior la redacción actual de la parte final del artículo 340, resulta inconveniente, ya que limita el goce de la garantía individual de libertad caucional, al imponer mayores exigencias que la constitución para el otorgamiento de dicho beneficio. Por ello, resulta una necesidad apremiante reformarlo a fin de ajustarlo a los lineamientos constitucionales que lo rigen. Lo contrario sería

anteponer una ley reglamentaria a la constitución y supeditar las garantías que esta establece, a modalidades creadas por leyes secundarias que no pueden tener fuerza legal bastante para contrariar el espíritu amplio y proteccionista, de las garantías que la constitución ha consagrado como invulnerables a favor de los inculpados en un procedimiento penal.

OCTAVA.- El error cometido en la redacción del artículo que se analiza, tiene lugar por que el legislador secundario del Estado de México, no toma en cuenta que el término caución, que es el empleado en la constitución desde 1985, constituye el género, dentro del cual se comprenden varias especies, como la fianza, el depósito en efectivo, la hipoteca y la prenda, y por consiguiente al no tomar en cuenta dichas circunstancias, exige que la garantía relativa a la reparación del daño, deberá ser siempre mediante depósito en efectivo, lo que resulta violatorio de la garantía individual de libertad caucional, que concede al inculpado el derecho de elegir la forma en que habrá de exhibir la caución, que le haga posible acceder a dicho beneficio, y por ende dicha disposición resulta inconstitucional.

NOVENA.- Además el legislador secundario del Estado de México, omite considerar que la expresión garantizar significa: "Dar garantía y acción y efecto de afianzar lo estipulado, fianza, prenda, cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad", es decir, que la garantía de reparación del daño, no es el pago; o la exhibición del importe de la cantidad que equivale mediante instrumento financiero o dinero en efectivo,

sino que, la expresión garantizar, se refiere a asegurar dentro del juicio penal mediante fianza, prenda, hipoteca, embargo precautorio, o cualquier otro medio, que la reparación civil del delito ha de cubrirse, una vez que se declare judicialmente, en sentencia las sanciones pecuniarias. O, también, que en un juicio diverso, cuyas constancias se exhiban en el proceso penal, se acredite que lo que ha de ser, el derecho civil de la reparación del daño del delito, se encuentra garantizado. Pues, esto se debe, ha que el derecho civil de la reparación del daño, nace como obligación jurídica del procesado, en la sentencia penal que declara que se ha probado que hay delito y que el inculcado es responsable penalmente; debiendo de resarcir en su patrimonio a los afectados por el ilícito penal, por sí o por conducto de los solidariamente responsables, por tanto no existe razón alguna para que la garantía de la reparación del daño se deba exhibir mediante dinero en efectivo.

DECIMA.- Por todo lo anterior, se debe señalar que de la deducción y análisis de los contenidos teóricos, legales y de interpretación jurídica, como lo es el criterio sustentado por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, expresado en las ejecutorias que han quedado citadas, dan la pauta y sustento legal necesario, para que en este punto del trabajo de tesis profesional, se pueda despejar la incognita inicialmente planteada y poder afirmar así, como conclusión final de la investigación, que el artículo 340 infine, del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México, resulta

inconstitucional, por restringir el goce de la garantía individual de libertad provisional bajo caución, en consecuencia;

DECIMA PRIMERA.- Los jueces del Estado de México, con base y fundamento al principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 133 y al criterio sustentado por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, a pesar de la disposición en contrario establecida en el numeral que se analiza, al resolver sobre la garantía de libertad caucional, se deberán arreglar única y exclusivamente, a los requisitos y exigencias expresamente señalados en la fracción I del artículo 20 constitucional, ya que en éste se señalan los requisitos máximos para alcanzar el beneficio de esta garantía individual.

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

- 1.- ARILLA BAS, Fernando; El Procedimiento Penal en México; 16a.ed.; México; Edit. Porrúa, S.A.; 1996; 431.
- 2.- ARTEAGA NAVA, Elisiur; Derecho Constitucional Estatal; 1a. ed; México; Edit. Porrúa, S. A.; 1988; 630 pp.
- 3.- BARRITA LOPEZ, Fernando.; Prisión Preventiva y Ciencias Penales; 2a. ed. México; Edit. Porrúa, S. A.; 1992; 220 pp.
- 4.- BAZDRESCH, Luis; Garantías Constitucionales; 3a. ed.; México; Edit. Trillas; 1988; 178 pp.
- 5.- CARTAS SOSA, Rodolfo; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 14a. ed.; México; Edit. Trillas; 1998; 247 pp.
- 6.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl; Derecho Penal Mexicano. Parte General; 19a. ed.; México; Edit. Porrúa, S.A.; 1997; 982 pp.
- 7.- CASTRO, Juventino V.; Garantías y Amparo; 10a. ed.; México;

Edit. Porrúa, S.A.; 1998; 595 pp.

8.- COLIN SANCHEZ, Guillermo; Derecho Mexicano de Procedimientos Penales; 15a. ed.; México; Edit. Porrúa, S.A.; 1995; 876 pp.

9.- CUELLO CALON, Eugenio; Curso de Derecho Procesal Penal; Barcelona España; Edit. Bosch; 1958; 758 pp.

10.- DIAZ DE LEON, Marco Antonio; Diccionario de Derecho Procesal Penal; Tomo I; México; Edit. Porrúa, S.A.; 1986; 1370 pp.

11.- FIX ZAMUDIO, Hector; Legislación Reciente Sobre Los Derechos Humanos; Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas; El Derecho Mexicano Hacia la Modernidad; México; Edit. Porrúa, S. A. y UNAM; 1991; 595 pp.

12.- GARCIA RAMIREZ, Sergio; El Artículo 18 Constitucional; 1a. ed.; México; Edit. UNAM; 1967; 280 pp.

13.- GARCIA RAMIREZ, Sergio; El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano; 2a. ed.; México; Edit. Porrúa, S.A.; 1995; 468 pp.

14.- GARCIA RAMIREZ, Sergio; Justicia Penal (Estudios), México; Edit. Porrúa, S.A.; 1992; 270 pp.

- 15.- GARCIA RAMIREZ, Sergio; Manual de Prisiones (La Pen y la Prisión); 3a. ed.; México; Edit. Porrúa, S.A.; 1994; 798 pp.
- 16.- GARCIA RAMIREZ, Sergio; Proceso penal y Derechos Humanos; 2a. ed.; México; Edit. Porrúa, S.A.; 1993; 410 pp.
- 17.- HERRERA Y LASSO, Manuel; Estudios Constitucionales; 2a. ed.; México; Edit. Jus, S. A.; 1990; 490 pp.
- 18.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS; Estudios Jurídicos en Torno a la Constitución Mexicana de 1917, en su septuagésimo Quinto Aniversario; 1a. ed.; México; Edit. UNAM; 1992; 520 pp.
- 19.- LARA PONTE, Rodolfo; Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano; 2a. ed.; México; Edit. Porrúa, S.A.; 1997; 238 pp.
- 20.- LOZANO, José María; Estudio del Derecho Constitucional Patrio; 2a. ed.; México; Edit. Porrúa, S.A.; 1972; 507 pp.
- 21.- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto; Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal; 7a. ed.; México; Edit. Porrúa, S. A.; 1997; 252 pp.
- 22.- MARTINEZ DE LA SERNA, Juan Antonio; Derecho Constitucional Mexicano; México; Edit. Porrúa, S. A.; 1983; 447 pp.

- 23.- MONTIEL Y DUARTE, Isidro; Estudio Sobre Garantías Individuales; 5a. ed.; México; Edit. Porrúa, S. A.; 1991; 603 pp.
- 24.- OJEDA VELAZQUEZ, Jorge; Derecho de Ejecución de Penas; 3a. ed.; México; Editorial Porrúa, S.A.; 1985; 422 pp.
- 25.- PALOMAR DE MIGUEL, Juan; Diccionario para Juristas; 1a. ed.; México; Edit. Mayo Ediciones; 1981; 1439 pp.
- 26.- PEREZ PALMA, Rafael; Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal; 1a. ed.; México; Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor; 1974; 390 pp.
- 27.- PEREZ PALMA, Rafael; Guía de Derecho Procesal Penal; 3a. ed.; México; Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor; 1985; 588 pp.
- 28.- PINA VARA, Rafael de; Diccionario de Derecho; 9a. ed.; México; Edit. Porrúa, S.A.; 1980; 496 pp.
- 29.- RIVERA SILVA, Manuel; El Procedimiento Penal; 19a. ed.; México; Edit. Porrúa, S.A.; 1990; 403 pp.
- 30.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús; La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado; México; Edit.

UNAM; 1981; 360 pp.

31.- TENA RAMIREZ, Felipe; Derecho Constitucional Mexicano;

32a. ed.; México; Edit. Porrúa, S. A.; 1998; 653 pp.

32.- TENA RAMIREZ, Felipe; Leyes Fundamentales de México,

(1808-1982); 14a. ed.; México; Edit. Porrúa, S. A.; 1982; 1031 pp.

33.- ZAMORA - PIERCE, Jesús; Garantías y proceso Penal; 7a.

ed.; México; Edit. Porrúa, S. A.; 1994; 510 pp.

34.- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge E.; El Proceso Penal; 3a. ed.;

Ecuador; Edit. Edino; 1990; 707 pp.

LEGISLACION

- 1.- Constitución Política Mexicana de 1824; citada por Tena Ramírez Felipe en su obra; Leyes Fundamentales de México; (1808-1982); 11a. ed.; México; Edit. Porrúa, S. A.; 1982; 1031 pp.
- 2.- Constitución Política de la República Mexicana de 1857; citada por Tena Ramírez Felipe en su obra; Leyes Fundamentales de México; (1808-1982); 11a. ed.; México; Edit. Porrúa, S. A.; 1982; 1031 pp.
- 3.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 11a. ed.; México; Edit. Porrúa, S. A.; 1997; 147 pp.
- 4.- Código Federal de Procedimientos Penales 52a. ed.; México; Edit. Porrúa, S. A.; 1997; 930 pp.
- 5.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Campeche; 3a. ed.; Puebla, Pue. México; Edit. Cajica, S. A.; 1996; 658 pp.
- 6.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado

Libre y Soberano de Chihuahua; 2a. ed.; Puebla, Pue. México; Edit. Cajica, S. A.; 1996; 573 pp.

7.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Hidalgo; 3a. ed.; Puebla, Pue. México; Edit. Cajica, S. A.; 1996; 630 pp.

8.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de México; 4a. ed.; Puebla, Pue. México; Edit. Cajica, S.A.; 1996; 489 pp.

9.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Nuevo León; 1a. ed.; Puebla, Pue. México; Edit. Cajica, S. A.; 1995; 635 pp.

D I C C I O N A R I O S Y E N C I C L O P E D I A S

- 1.- DICCIONARIO ANAYA DE LA LENGUA; 1a. ed.; Barcelona España; Edit. Grupo Anaya, S. A.; 1991; 1079 pp.

- 2.- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA; 2a. ed.; México; Edit. Espasa Calpe Mexicana, S.A.; 1994; 915 pp.

- 3.- DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO UNIVERSAL; Tomo V; 1a. ed.; España; Edit. Ediciones y Publicaciones Cresda; 1972; 2970 pp.

- 4.- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO; Instituto de Investigaciones Jurídicas; Tomo II; 8a. ed.; México; Edit. Porrúa, S. A.; 1995; 1512 pp.

- 5.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA; Tomo I; 1a. ed.; Buenos Aires, Argentina; Edit. Driskill, S. A.; 1984; 1033 PP.

- 6.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA; Tomo XXIII; 1a. ed.; Buenos Aires, Argentina; Edit. Driskill, S. A.; 1986; 1023 PP.