



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

“LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EXIGIBILIDAD DE GARANTIZAR LA REPARACION DEL DAÑO EN EFECTIVO EN LA LEGISLACION PENAL DEL ESTADO DE MEXICO”.

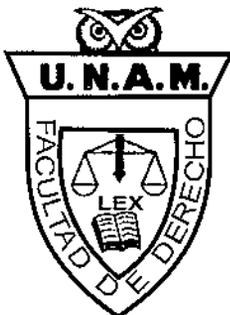
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :
FRANCISCA SILVESTRE PINEDA

ASESOR:

LIC. JAVIER ALFREDO SERRALDE GONZALEZ



MEXICO, 2005

M 343444



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/046/SP/03/05
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A. M.
P R E S E N T E.

La alumna **SILVESTRE PINEDA FRANCISCA**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **LIC. JAVIER ALFREDO SERRALDE GONZALEZ**, la tesis profesional titulada "**LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EXIGIBILIDAD DE GARANTIZAR LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EFECTIVO EN LA LEGISLACIÓN PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO**", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor **LIC. JAVIER ALFREDO SERRALDE GONZALEZ** en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "**LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EXIGIBILIDAD DE GARANTIZAR LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EFECTIVO EN LA LEGISLACIÓN PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO**", puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **SILVESTRE PINEDA FRANCISCA**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F. a 3 de marzo de 2005

LIC. JOSE PABLO MARTINO Y SOUZA,
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

SECRETARIA GENERAL
SEM. DE DERECHO PENAL

A DIOS, por darme vida y por permitirme llegar hasta este momento, a quien pido este siempre conmigo y me de fortaleza para continuar luchando por mis ideales.

A mis padres: AGUSTIN SILVESTRE PAULINO y JUANA PINEDA ALVAREZ, por el apoyo y la confianza depositada en mí, así como por los esfuerzos realizados para la culminación del presente trabajo, a quienes brindo como muestra de agradecimiento y pido a dios me permita brindarles muchas satisfacciones más.

A mis hermanos: JESÚS, LUIS, FAUSTINO, ALICIA, GUADALUPE, PABLO, AGUSTIN, ERIKA y ALBERTO, a los mayores por indicarme con su ejemplo el camino a seguir y por enseñarme que la superación es fundamental para la realización de todo ser humano; y a mis hermanos menores a quienes espero sirva de motivación.

Al Licenciado FRANCISCO JAVIER GARCIA CRUZ, por su amistad, comprensión, apoyo incondicional y motivación brindada día a día, ayuda sin la cual este y otros objetivos no hubieran sido posibles, y a quien brindo este trabajo como muestra de gratitud.

A la UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO, por aceptarme en sus aulas y darme el honor de egresar de ellas, a quien espero representar siempre con dignidad y orgullo.

A mi asesor: el Licenciado JAVIER ALFREDO SERRALDE GONZALEZ, por la paciencia, consejos brindados y por su valiosa colaboración en el presente trabajo.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EXIGIBILIDAD DE GARANTIZAR LA
REPARACIÓN DEL DAÑO EN EFECTIVO EN LA LEGISLACIÓN PENAL DEL
ESTADO DE MÉXICO.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I
ANTECEDENTES DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DERECHO
MEXICANO.

1.1	ÉPOCA PRECORTESIANA.....	1
1.1.1	MAYAS.....	2
1.1.2.	AZTECAS.....	3
1.2.	ÉPOCA COLONIAL.....	5
1.3.	ÉPOCA INDEPENDIENTE.....	8
1.3.1.	CÓDIGO PENAL DE 1871.....	11
1.3.2	CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1929.....	13
1.3.3	CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1931.....	20

CAPÍTULO II.
ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL ESTADO DE MÉXICO.

2.1.	CÓDIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1875.....	24
2.2.	CÓDIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1937.....	31
2.3.	CÓDIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1956.....	32
2.4.	CÓDIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1961.....	32
2.5.	CÓDIGO PENAL DE 1986.....	33

CAPÍTULO III.
REPARACIÓN DEL DAÑO.

3.1	CONCEPTO.....	36
3.1.1	PENA PÚBLICA.....	39
3.1.2	RESPONSABILIDAD CIVIL.....	44
3.2	ASPECTOS QUE COMPRENDE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.....	48
3.3	PERSONAS QUE TIENEN DERECHO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO.....	49

3.4 JUSTIFICACIÓN Y PROCEDENCIA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	54
---	----

CAPÍTULO IV.
LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

4.1 CONCEPTO.....	58
4.2 REQUISITOS PARA OBTENER LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.....	64
4.2.1 QUE NO SE TRATE DE ALGUNO DE LOS DELITOS SEÑALADOS COMO GRAVES EN LA LEY PENAL.....	66
4.2.2 QUE GARANTICE EL MONTO ESTIMADO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.....	68
4.2.3 QUE GARANTICE LAS SANCIONES PECUNIARIAS.....	70
4.2.4 QUE CAUCIONE EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PROCESALES.....	72
4.3 FORMAS DE GARANTIZAR LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.....	74
4.3.1 EFECTIVO, FIANZA, PRENDA, HIPÓTECA Y FIDEICOMISO.....	75
4.4 REVOCACIÓN.....	77

CAPÍTULO V.
PROBLEMÁTICA DE GARANTIZAR EN EFECTIVO LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

5.1 MARCO JURÍDICO.....	82
5.1.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.....	82
5.1.2 FUNDAMENTO LEGAL.....	85
5.2 PROBLEMÁTICA ECONÓMICA PARA EL PROCESADO.....	94
5.3 SITUACIÓN JURÍDICA DEL OFENDIDO.....	97
5.4 EL AMPARO INDIRECTO COMO FORMA DE IMPUGNAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE GARANTIZAR LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EFECTIVO.....	103
5.5 PROPUESTA DE REFORMA A LOS ARTÍCULOS 319 Y 325 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES VIGENTE PARA EL ESTADO DE MÉXICO.....	127
CONCLUSIONES.....	131
PROPUESTA.....	134
BIBLIOGRAFÍA.....	135

INTRODUCCIÓN.

A través de los años se han realizado reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Códigos Penales y de Procedimientos Penales, locales y federal, para establecer garantías a favor del ofendido dentro del procedimiento penal, una de ellas es el de lograr la reparación del daño cuando ha sido víctima de un delito, de forma pronta y justa, sin embargo en la práctica se ha observado que hasta la fecha resulta muy difícil conseguirlo, logrando por el contrario efectos negativos para el sujeto activo de un delito.

Una de esas reformas fue el realizado por el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México en el año de 1994, al reformar el artículo 340 y establecer como uno de los requisitos para obtener la libertad provisional bajo caución a favor del inculpado, que garantice el monto estimado de la reparación del daño única y exclusivamente mediante depósito en efectivo, excluyendo arbitrariamente cualquier otro medio de caución asequible e igualmente idóneo para garantizar dicho concepto, como lo es la posibilidad de elección en otras formas que pueden ser la fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso.

Fue esta razón lo que motivo la realización del presente trabajo, a efecto de proponer una modificación al citado precepto, en virtud de que vulnera las garantías constitucionales de la persona sujeta a procedimiento penal, ya que al establecer lo anterior no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 20 Apartado A, fracción I, de la Constitución Política, en el sentido de que la caución debe ser asequible.

Para cumplir con lo anterior, se estudia en el primer capítulo los antecedentes de la reparación del daño en nuestro país; a continuación se hace referencia a los Códigos Penal y de Procedimientos Penales del Estado de México que han estado vigentes hasta llegar al que actualmente esta en vigor, explicando los cambios y avances que han existido entre cada uno de ellos, haciendo énfasis en el tema que nos interesa.

En el tercer capítulo se analiza la figura de la reparación del daño, en su doble aspecto, como pena pública y como responsabilidad civil, lo anterior para introducirnos al tema principal, el cual se trata en el siguiente capítulo al hacer referencia a la libertad provisional bajo caución, en donde se estudian los requisitos exigidos constitucionalmente para tener derecho a esa garantía.

Por último, en el quinto capítulo se estudia el fundamento constitucional y legal de la exigibilidad de garantizar en efectivo la reparación del daño como requisito para obtener la libertad provisional bajo caución, la problemática que genera para el sujeto activo tal disposición, y una propuesta de reforma a los preceptos que señalan tal exigibilidad.

CAPÍTULO 1.

ANTECEDENTES DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DERECHO MEXICANO

1.1. ÉPOCA PRECORTESIANA.

Como época precortesiana se conoce la época anterior a la conquista de la Gran Tenochtitlan por parte de la corona Española, época en la cual existían varios señoríos asentados en las tierras donde se establecería la llamada Nueva España, para después dar paso a lo que hoy es México, se tienen pocos datos sobre el Derecho Penal anterior a la llegada de los conquistadores; pero se observa que existieron diversas reglamentaciones ya que no existía una unidad política, tal y como lo menciona el autor Castellanos Tena, al señalar: *"indudablemente los distintos reinos y señoríos pobladores de lo que ahora es nuestra patria, poseyeron reglamentaciones sobre la materia penal. Como no existía unidad política entre los diversos núcleos aborígenes, porque no había una sola nación, sino varias, resulta más correcto aludir únicamente al Derecho de tres de los pueblos principales encontrados por los europeos poco después del descubrimiento de América: el maya, el tarasco y el azteca".*¹

En esta época, se da por cierta la existencia de un llamado Código Penal de Netzahualcóyotl, para Texcoco, y se estima que, según él, el Juez tenía amplia libertad para fijar las penas entre las que se contaban principalmente las de muerte y esclavitud, con la confiscación, destierro, suspensión o destitución de empleo y hasta prisión en cárcel, o en el propio domicilio, algunas de las penas que se imponían según el autor Carranca y Trujillo: *"Los adúlteros sorprendidos in fraganti delicto eran lapidados o estrangulados, la distinción entre delitos intencionales y culposos fue también conocida, castigándose con la muerte el homicidio intencional y con indemnización y esclavitud el culposo. Una excluyente,*

¹ CASTELLANOS TENA, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", 44 ed. Ed. Porrúa, México, 2003, p.40.

o cuando menos atenuante era la embriaguez completa, y una excusa absolutoria era robar siendo menor de diez años y una excluyente por estado de necesidad robar espigas de maíz por hambre".²

En esta época, el crimen era un fenómeno poco común, pues el castigo era muy severo, así lo señala el autor Jorge Alberto Silva Silva al señalar: "*antes de la conquista, debido a la religiosidad y severa educación de los habitantes del territorio de lo que hoy es México, el crimen era un fenómeno poco común ya que el castigo era muy severo*".³

Las civilizaciones que destacan en esta época son la civilización maya y la azteca, por lo que a continuación se habla sobre las cuestiones más importantes de cada una de ellas.

1.1.1. LOS MAYAS.

La civilización maya presenta perfiles muy diferentes de la azteca, ya que era un pueblo que tenía más sensibilidad, un sentido de la vida más refinado, en suma una delicadeza connatural que lo hizo ser el pueblo más interesante de la historia.

El pueblo maya contaba con una administración de justicia, la que estaba encabezada por el *batab* quien en forma directa y oral, sencilla y pronta recibía, investigaba las quejas y resolvía sobre ellas de inmediato y sin apelación, así las penas eran aplicables de inmediato por los *tulles* que eran servidores destinados a tal función.

El daño a la propiedad de un tercero, era castigado con la indemnización de su importe, la que era hecha con los bienes propios del ofensor

² CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. "Derecho Penal Mexicano", 14 ed., Ed. Porrúa, México, 1999, p.113

³ SILVA SILVA, Jorge Alberto. "Derecho Procesal Penal", 2ª. Ed. Ed. Harla, México, 2001. p.710

y de no tenerlos o no ser suficientes, con los de su mujer o los de sus demás familiares, la misma pena pecuniaria y trascendental correspondía a los delitos culposos, como por ejemplo: el homicidio no intencional, el incendio por negligencia o por imprudencia.

De igual forma, la lapidación se aplicaba a los violadores y estupradores y el pueblo entero tomaba parte de la ejecución, a los homicidas se les aplicaba la Ley del talión y el batab la hacía cumplir y si el reo lograba darse a la fuga, la familia del muerto tenía derecho a ejecutar la pena sin límite de tiempo, y si el homicida era menor pasaba a ser esclavo de por vida con la familia del occiso, para compensar el daño con su fuerza de trabajo.

1.1.2. LOS AZTECAS.

Los aztecas son el último grupo en asentarse en el Valle de México a partir del cual fundan un imperio universal. Hazaña que acaso no hubiera sido posible sino hubiese sido favorecida por la decadencia de las viejas culturas locales y el previo trabajo de erosión de sus precesores, por lo que el imperio azteca surge sobre los restos de las antiguas sociedades.

El Derecho penal entre los aztecas, aún cuando su legislación no ejerció influencia en lo posterior era el reino o imperio de más relieve a la hora de la conquista, y asimismo tiene características propias como sucede en los regimenes despóticos, el soberano era el máximo legislador y suprema autoridad judicial, calidades derivadas de su estatus de supremo sacerdote, representante de dios en la tierra. Este pueblo no fue solo el que domino militarmente la mayor parte de los reinos de la altiplanicie mexicana, sino que impuso o influencio las prácticas jurídicas de todos aquellos núcleos que conservan su independecia a la llegada de los Españoles. En el pueblo azteca esencialmente guerrero y combativo se educaba a los jóvenes para el servicio de las armas, la animosidad personal se manifestaba en derramamiento de sangre, debilitándose la

potencialidad guerrera de la tribu, y fue preciso crear tribunales que ejercieran su jurisdicción en estos asuntos.

Como hemos dicho el Derecho penal azteca revela excesiva severidad, y carecían de una correcta proporción entre el delito y la pena, la legislación penal azteca no atendía en general a las causas exculpantes y la razón era que aquellos legisladores trataban a la gente con duro carácter, principalmente con relación a los delitos considerados como capaces de hacer peligrar la estabilidad del gobierno o la persona misma del soberano, las penas crueles se aplicaron también a otros tipos de infractores, tal y como lo explica el autor Castelianos Tena, al expresar: *"El derecho penal azteca revela excesiva severidad, principalmente con relación a los delitos considerados como capaces de hacer peligrar la estabilidad del gobierno o la persona misma del soberano; las penas crueles se aplicaron también a otros tipos de infracciones"*.⁴

En ese tiempo, se dice que existió un Código Penal llamado Código Penal de Nezahualcóyotl, en el cual se establecía que el juez tenía amplia libertad para fijar las penas entre las que se encontraba principalmente las de muerte, esclavitud, confiscación, destierro, suspensión o destitución de empleo y hasta prisión en cárcel, o en el propio domicilio.

En este sentido, se ve que existió una sanción pecuniaria tendiente a resarcir el daño ocasionado por el ilícito, ya que además de imponerse la pena de muerte, se le confiscaban los bienes; sin embargo, no se sabe cual era el destino que se le daba a dichos bienes, aunque si se le mataba en compañía de su familia o bien de su servidumbre, lógico es pensar que los bienes pasaban a formar parte del Estado, ya sea en forma de multa o como reparación del daño, de cualquier forma era un menoscabo patrimonial.

⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob cit. P.42

A pesar de lo anterior, existieron algunas figuras jurídicas como el de diferenciar entre un delito doloso y un delito culposo, así como atenuantes y agravantes, tal y como lo menciona el autor Raúl Carranca y Trujillo, al señalar: *“La distinción entre delitos intencionales y culposos fue también conocida, castigándose con la muerte el homicidio intencional y con la indemnización y esclavitud el culposo. Una excluyente o cuando menos atenuante: la embriaguez completa. Y una excusa absoluta: robar espigas de maíz por hambre”*.⁵

No obstante, el derecho azteca fue de nula influencia en el derecho colonial y en el derecho vigente.

1.2. ÉPOCA COLONIAL.

El proceso de descubrimiento y conquista del nuevo mundo, significa para los indígenas el fin de su organización sociopolítica y la imposición de una cultura desconocida y desconcertante.

La ocupación se prolonga por trescientos años, período en el cual se producen diversas transformaciones tanto en la sociedad como en el ejercicio del poder político, en el caso de México, cuando los españoles llegan a la región del Anahuac se encontraron con la civilización más desarrollada del continente y con uno de los territorios más ricos.

En esta época, no se consideraron las legislaciones de los grupos indígenas a pesar de la disposición del emperador Carlos V, en el sentido de respetar y conservar las leyes y costumbres de los aborígenes, a menos que se opusieran a la fe o a la moral; por lo tanto, la legislación de la Nueva España fue netamente europea, *“En nada de consideración influyeron las legislaciones de los grupos indígenas en el nuevo estado de cosas, a pesar de la disposición del emperador Carlos V, anotada más tarde en la Recopilación de Indas, en el sentido*

⁵ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Ob. Cit. P.78

Igualmente, en las Siete Partidas, se definió al delito, se señalaron casos de exención, atenuación y agravación de la pena, desarrollaba la tentativa, la prescripción, y la complicidad. En la reparación del daño del delito incluía gravísimas penas que iban desde la multa y reparación del daño hasta la muerte, para lo cual se empleaba diversas formas de ejecución: Ahorcar, quemar, descuartizar, cortar las manos y exhibirlas por ser los instrumentos del delito, estas eran penas habituales en el derecho colonial.

Frente a la variedad de ordenamientos aplicables en la práctica penal novohispana rigieron fundamentalmente las Partidas y en muchos casos fueron los autos dictado por la real sala del crimen, las que contemplaban el marco jurídico.

La legislación penal colonial compartía el casuismo del Derecho de la época y contemplaba conjuntamente las reglas probatorias observables, distinguía entre los delitos intencionales y los cometidos imprudencialmente y se prevenían como circunstancias que eximían la responsabilidad, la legítima defensa, propia o de un pariente; y no eran responsables penalmente los enajenados mentales, los menores, el marido o el padre de la adúltera que sorprendiéndola mataba a alguno o a ambos culpables.

No existía diferenciación entre la responsabilidad de autores y cómplices e instigadores, sin embargo se reconocían circunstancias personales que modificaban la responsabilidad, así se castigaban más al siervo que al libre, al hombre vil que al hidalgo, al mozo que al anciano, este principio contradecía mucho con la costumbre maya y azteca de atribuir mayor responsabilidad cuanto más importante era la posición social del delincuente.

Cabe destacar que en esta época toda la normatividad estaba embutida de un alto contenido religioso confundándose en ocasiones la noción del delito

de respetar y conservar las leyes y costumbres de los aborígenes, a menos que se opusieran a la fe o a la moral; por lo tanto la legislación de Nueva España fue netamente europea".⁶

En relación con lo anterior, en la Nueva España como en el resto de las colonias hispanas se aplicó el derecho de la metrópoli, principalmente la recopilación de las Leyes de Indias de 1680 y las Siete Partidas. Además se aplicaron cédulas, ordenes y provisiones reales, así como las disposiciones de la Real Audiencia, o de los virreyes, destacándose la colección de normas de índole criminal de 1787 de nombre "Recopilación Sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España y providencias de su superior gobierno; de varias reales cédulas y ordenes que después de publicada la Recopilación de Indias han podido recogerse, así de las dirigidas a la misma Audiencia o Gobierno como de algunas otras que por sus notables decisiones convendrá no ignorar".

Otras disposiciones sobre materia penal se encuentran dispersas en las Leyes de Toro, Ordenanzas Reales de Castilla, las de Bilbao, Ordenanzas de Minería de 1784; Ordenanzas de Intendentes de 1786; Ordenanzas de Gremios y la Novísima Recopilación de Leyes de España de 1805.

En estos ordenamientos se establecían las penas para quienes cometieran determinados delitos, es así como en el derecho penal colonial se caracterizó como el derecho penal de los tres siglos de la colonia ya que era draconiano y casuístico, discriminatorio para negros, mulatos y castas, la pena de muerte, la mutilación, las galeras, azotes y cargar de cadenas, son una parte del catálogo de penas, además de la aplicación, para quien era condenado a prisión y a las condiciones ínfrahumanas que privaban en muchas de ellas.

⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. P 44.

con la de pecado, y esto hizo que algunas conductas fueran objeto de persecución tanto de la justicia civil como de la religiosa.

La pena de muerte estaba prevista fundamentalmente para el homicida a traición, el asesinato y el homicidio premeditado, por los delitos no tan graves se prevenían penas corporales como mutilación y azotes, privativas de la libertad como las galeras, el presidio y trabajos públicos, existían también penas infamantes y pecuniarias.

De todo esto podemos concluir que los delitos cometidos por indios, eran castigados severamente, en razón de que los jueces indianos gozaban de gran amplitud para sentenciar, siéndole permitido salirse del marco de la Ley, si estimaban que esta podía resultar injusta para el caso concreto, a esto se le llamaba arbitrio judicial, que era muy utilizado, por lo que la obligación de resarcir el daño en la época colonial quedaba a merced del criterio del juez en cada caso particular.

1.3 ÉPOCA INDEPENDIENTE.

Para conocer el derecho penal actual, es necesario estudiar el desarrollo pretérito, tal y como lo establece el autor González Quintanilla José Arturo, al señalar: *"...es imprescindible acudir al pensamiento de quienes nos precedieron e indagar el pasado histórico para verificar el comportamiento o las tendencias de los detentadores del poder, en lo relativo a reprimir o prevenir tanto los delitos de autentico contenido ético-negativo, como los delitos artificiales creados por dichos detentadores, según las circunstancias prevalentes en su momento".*⁷

⁷ GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo. "Derecho Penal Mexicano" 4ª ed. Ed. Porrúa, México, 2001. p 134.

La independencia de las colonias en la primera mitad del siglo XIX fue resultado de la suma de factores estructurales y coyunturales que hicieron posible el despertar de los pueblos americanos. El centralismo de la Corona española en el ejercicio del poder, el reglamento de los criollos para los cargos más importantes, la existencia de un clero medio y bajo, muy alejado de los privilegios de la aristocracia eclesiástica, todo ello aunado a la propagación de ideas de la Revolución Francesa, dieron lugar al levantamiento de los sectores criollos ilustrados en las distintas ciudades hispanoamericanas, movimientos todos que culminaron con la perspectiva declaración de independencia y la incorporación de nuevos países a la esfera internacional.

En México, la independencia fue declarada en 1821, el surgimiento como país independiente está acompañado de décadas de inestabilidad política y económica como consecuencia de lucha entre sectores conservadores y liberales o invasiones extranjeras como en el caso de la de los Estados Unidos que se apodera de la mitad del pueblo mexicano, el ordenamiento jurídico del México independiente sigue los avances de la política mexicana elaborando distintos cuerpos constitucionales que respetan en más o menos las garantías individuales propias de la ilustración ya consagradas, es así que se establecen la abolición de la tortura, prohibición de la confiscación de bienes, el principio de legalidad en materia penal, etc.

En cuanto a la legislación penal en México, se siguió aplicando la vigente en la colonia con las normas y modificaciones que le fueron dictando los gobiernos independientes. Durante la década de 1820-1830 se suprimió la inquisición, asimismo se previó el procedimiento sumario para los salteadores de caminos, quienes representaron un grave problema durante todo el siglo XIX, se reglamentó la portación de armas y el consumo de bebida alcohólicas, se dictaron normas represivas contra la vagancia y la mendicidad y se trató de organizar la policía, y los tribunales fueron organizados siguiendo el modelo previsto en la Constitución de Cádiz.

En los años posteriores se intento en algunos estados codificar la legislación penal, tanto el bosquejo general para el Estado de México de 1831, como el Código Penal del Estado de Veracruz de 1822, que prácticamente no tuvo vigencia en el estado de origen. En 1852 Jose Tornel elabora un proyecto de Código Penal Federal que muestra un carácter conservador al incluir los delitos contra la religión, este proyecto no lleo a tener mayor trascendencia en el país.

Más importante fue el Código Penal del Estado de Veracruz de 1868, este Código de corte liberal desaparece los delitos contra la religión y la pena de muerte, incorpora el sistema de conmutación de penas corporales por pecuniarias, exceptuando el caso de delitos graves contra la vida e integridad física. En el orden federal durante el imperio de Maximiliano, en 1865 se intento implantar los Códigos Penal y de Procedimientos Penales de Francia, mismos que no llegaron a tener vigencia por la derrota de la Monarquía.

Como ya se menciono la primera codificación de la República en materia penal, se expidió en el Estado de Veracruz, por Decreto de 8 de abril de 1835; el proyecto había sido elaborado desde 1832. Esto prueba que fue el Estado de Veracruz la entidad que primeramente contó con un código penal local, pues si bien en el Estado de México se había redactado en 1831 un Bosquejo General de Código Penal, no llegó a tener vigencia. Es común la opinión en el sentido de que el primer código represivo es el veracruzano de 5 de mayo de 1869, pero como se ha visto, lo fue el de 1835. En la capital del país había sido designada una comisión, desde 1862, para la redacción de un proyecto de código penal, cuyos trabajos fueron interrumpidos por la intervención francesa durante el Imperio de Maximiliano. En 1868 se formó una nueva comisión, integrada por los señores licenciados Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. de Zamacona, que inicio sus trabajos y al expedirse el Código español de 1870 lo tomó como modelo de inspiración; al año siguiente, 7 de diciembre de 1871, fue aprobado el proyecto por el Poder Legislativo y comenzó a regir , para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja

California en materia común y para toda la República en la federal, el día primero de abril de 1872. Este ordenamiento se conoce como Código de 71, o Código de Martínez de Castro y se afilió, como su modelo, a las tendencias de la Escuela Clásica, estuvo vigente hasta 1929, sobre este código se habla más al respecto a continuación.

1.3.1 CÓDIGO PENAL DE 1871.

El nuevo Código Penal, fue sancionado en 1871 y rigió hasta el año de 1929, y comúnmente llamado el Código de Martínez de Castro ha sido catalogado como el libro típico representante de la escuela clásica "portador de la ideología retributiva, afirmación que se sustenta en el principio de que la pena estaba prevista conforme a la gravedad del delito y no al interés del delincuente".

El pensamiento de Martínez de Castro es resumible en sus propias palabras:

"... Las leyes penales deben ciertamente ser lo más favorables posible al acusado, pero al mismo tiempo deben ser muy precavidas para no dar armas al verdadero delincuente o por una mal entendida filantropía, fomentar el delito".⁸

Dicho código es extenso y casuista, consta de 1152 artículos y establece:

- a) Distinción entre delitos y faltas.
- b) Grados de delito incluido el delito imposible y de responsabilidad, intención y culpa.
- c) Circunstancias excluyentes de responsabilidad entre las que se incluyen a los enajenados, menores decrepitos y sordomudos, quienes podrán ser enviados a una institución correccional.

⁸MARTÍNEZ DE CASTRO, Antonio. "Actas de la Comisión del Código Penal de 1871 en Leyes Penales Mexicanas", tomo I, INACIPE, México, 2000, p. 269.

- d) Catalogo de atenuantes y agravantes con valor progresivo matemático.
- e) Catalogo de penas entre las que se incluye las de muerte.
- f) Enumeración especial de medidas preventivas.
- g) Libertad preparatoria.
- h) Reglas para la sustitución, reducción y conmutación de penas.
- i) La acción para la reparación del daño civil, como acción privada ejercitable por el ofendido o por sus sucesores.
- j) La parte especial se encabeza por los delitos patrimoniales.

Dicho Código Penal de 1871, consagra todo el libro segundo a la reparación del daño, pero bajo la denominación y concepto de responsabilidad civil en materia criminal.

En la exposición de motivos de este Código, el brillante Jurista Don Antonio Martínez de Castro, en su momento dijo: *"El que causa a otro daños o perjuicios o le usurpa alguna cosa, está obligado a reparar aquellos y restituir está, no es solo de estricta justicia, sino de conveniencia pública pues contribuye para la represión de los delitos; ya que así su propio interés estimaría eficazmente a los ofendidos a denunciar los delitos y a contribuir a la persecución de delincuentes, y ya porque, como observa Bentham, el mal no reparado es un verdadero triunfo para el que lo causo. Puede atribuírse en mucha parte la impunidad de que han gozado algunos criminales, que no teniendo bienes conocidos no se podía hacer efectiva la responsabilidad civil que había contraído, porque faltando a los perjudicados el aliciente de la reparación era natural que se retrajeran de hacer acusación alguna y hasta una simple queja, por no verse en la necesidad de dar pasos judiciales que le hicieran perder inútilmente su tiempo"*⁹

⁹ ALVEAR ACEVEDO, Carlos. "Elementos de Historia de México", sexta ed., Ed. Limusa, México, p. 32

Debido a la posición que adoptó la Comisión redactora en el artículo 92, en el que se enumera las penas y algunas medidas preventivas, no se incluyó a la reparación del daño, por haberse dado a esta, la calidad de responsabilidad civil, misma que se hizo consistir en:

1.- La restitución consistente en la devolución de la cosa usurpada, como los frutos existentes en los casos que el usurpador deba restituir estos con arreglo al derecho civil.

2.- La reparación que comprende el pago de todos los daños causados al ofendido, a su familia, o a un tercero, con la violación de un derecho formal, existente y no simplemente imposible, si aquellos son actuales y provienen directa o indirectamente del hecho u omisión de que se trate o hay certidumbre de que este o aquel nos han de causar necesariamente como una consecuencia próxima e inevitable.

Si el daño consiste en la pérdida o grave deterioro de alguna cosa, su dueño tendrá derecho al total valor de ella, pero si fuere de poca importancia el deterioro sólo se pagará la estimación de él y se restituirá la cosa.

3.- La indemnización importa el pago de los perjuicios, esto es, de lo que el ofendido deja de lucrar como consecuencia inmediata y directa de un hecho u omisión con que se ataca el derecho formal, existente y no simplemente posible, y del valor de los frutos de la cosa usurpada y consumidos en los casos que deban satisfacer con arreglo al derecho civil.

Los daños y perjuicios, posteriores al momento de la comisión del delito también podrá reclamarse, pero en nueva demanda, conforme se fuera produciendo.

4.- El pago de los gastos judiciales sólo comprende los absolutamente necesarios que el ofendido haga para averiguar los hechos u omisión que da origen al juicio criminal para hacer valer sus derechos en este juicio o en el civil.

Las características importantes respecto a la responsabilidad civil en materia criminal fueron las siguientes:

1.- La responsabilidad civil sólo podrá perseguirse a instancia de parte legítima.

2.- Para computar la responsabilidad civil los jueces que conocieran al respecto, al establecer el monto y los términos de pago se sujetarán en primer término al convenio que se fije entre las partes y a la falta de éste, se observarán las reglas que establezca el mismo código.

3.- Para que una persona fuera considerada civilmente responsable, ésta debería encontrarse en cualquiera de las siguientes hipótesis; que usurpó una cosa que sin derecho causó por sí mismo o por medio de otro perjuicios al demandado; o que pudiendo impedirlos el responsable se causaron por personas que se encontraban bajo su autoridad.

4.- Muerto el responsable se transmitirá a sus herederos la obligación de cubrir la responsabilidad civil, hasta donde alcancen los bienes que heredan, los cuales pasarán a ellos con ese gravamen.

De lo antes citado concluimos que el Código Penal de 1871, en cuanto a la reparación del daño, daba origen a dos acciones:

a) La penal que correspondía exclusivamente a la sociedad, la hacía valer el Ministerio Público y tenía por objeto el castigo del delincuente.

b) La civil que quedaba en manos de la parte ofendida, y consistía en la restitución, la reparación, la indemnización y el pago de gastos judiciales.

Era el incidente de responsabilidad civil un verdadero juicio civil, dentro del proceso penal, que según la cuantía de lo reclamado, podía seguirse en la vía sumaria, si excedía de esta cantidad, se substanciaba y decidía de conformidad con las normas del procedimiento civil al fallarse el fondo del proceso penal como objeto accesorio del juicio, el Ministerio Público quedaba al margen de la relación, porque no era necesario que interviniese, y se quedaba a la voluntad del ofendido constituirse en parte civil. Este sistema concluyó en el año de 1929, al promulgarse la llamada legislación de Almaraz.

1.3.2. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1929.

La época que va desde 1876 a 1911 se caracterizó por ser pacífica, autoritaria y centralista, en ella se originaron las causas que darían origen a la Revolución Mexicana, de donde posteriormente surgió la primera Constitución que consagró los derechos sociales, abriendo el camino al constitucionalismo social, sin embargo el primer Código Penal de la Revolución Mexicana, plasmó una ideología penal positivista acorde con los postulados filosóficos de los científicos porfiristas.

Dicho Código mejor conocido como Código de Almaraz, según su propio autor: *"Tiene el mérito de haber roto con los antiguos moldes de la escuela clásica y ser el primer cuerpo de Leyes en el mundo que inicia la lucha consciente contra el delito con base en la defensa social e individualización de sanciones"*.¹⁰

El código de 1929 establecía:

¹⁰ MARTÍNEZ DE CASTRO, Antonio. Ob. Cit. P 43

- a) Grados de delito y de la responsabilidad.
- b) Catalogo de atenuantes y agravantes con valor progresivo matemático, si bien otorga a los jueces la facultad de señalar otras nuevas y hasta valorar en forma distinta las establecidas en la Ley,
- c) Arbitrio judicial muy restringido;
- d) Prisión como sistema celular;
- e) La responsabilidad social en sustitución de la moral en los enajenados mentales;
- f) La supresión de la pena de muerte;
- g) La multa basada en la utilidad diaria del delincuente;
- h) La condena condicional;
- i) La reparación del daño exigible de oficio por el Ministerio Público, pero con la facultad de los particulares de exigirla en determinados casos;
- j) Un estado peligroso que en realidad no era, al menos en el sentido de peligrosidad y por tanto sanción sin delito;
- k) Individualización judicial de acuerdo con las siguientes reglas; dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, considerando este como un sistema de la temeridad del delincuente.

El licenciado José Almaraz Harrinson, atacó fuertemente el Código de Martínez de Castro, al considerar que la Comisión redactora al tomar como base la escuela clásica adopta con ellos todos sus vicios, se estudia el delito como una abstracción, es decir como algo sin vida y sin conciencia, sin realidad, olvida al delincuente y solo se preocupa por el ilícito cometido, como si este no fuera un fenómeno revelador de un Estado especialísimo, persiguiendo una igualdad matemática absoluta entre la pena y el delito, devolviendo mal por mal, dada la pena y carácter de venganza.

La Comisión aceptó el principio de defensa social, respecto de la reparación del daño, desapareciendo automáticamente la distinción entre la acción

civil y la penal, entre lesiones civiles y penales de derecho. Menos aún puede sostenerse la distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal, ya que la responsabilidad es única.

Advirtió la comisión redactora que el criterio establecido en el Código Martínez de Castro casi nunca se cumplió toda vez que en pocos casos se hacía efectiva la reparación del daño, en principios de cuentas por que las víctimas carecían de medios para intentarla, ya que por los perjuicios detenían y espantaban a quienes decidían entablarla, o por que los ofendidos después de mucho tiempo de espera y grandes molestias y apremiados por las circunstancias y por los ofensores, se veían reducidas al extremo de aceptar, por mera gracia, como transacción, por parte de estos una porción mínima de lo que tenían derecho a obtener.

Esta situación, producía como resultados que la intimidación penal fuera insuficiente, por que los responsables podían disfrutar tranquilamente e impunemente de los productos del delito, fomentándose en vez de combatirse, la temeridad de aquellos, por ser mayores las ganancias que las penas, derivadas de su conducta, y que la defensa social fuera incompleta porque la tradicional pena pública por sí sola, sin la reparación del daño causado resultaba ser ineficaz, como se advertía en la curva ascendente de la criminalidad.

Resumiendo casi textualmente la síntesis hecha por el propio Licenciado Almaraz, las innovaciones para el Código de 1929, en materia penal y relacionada con la figura en estudio, fueron las siguientes:

- 1.- Que la reparación del daño es parte de toda la sanción.
- 2.- Una mayor extensión de la reparación, para incluir en ella la restitución de la cosa, la restitución de esta o el derecho del lesionado y la indemnización por perjuicios no solo materiales, sino también morales.

- 3.- Que en casos de muerte, la reparación comprendía el pago de gastos funerales y de curación y la obligación de suministrar alimentos, sin excepción, es decir, a todos los que hubieren podido exigirlos legalmente de la víctima.
- 4.- El pago hecho subsidiariamente, por el Estado, de la reparación proveniente del delito, con el fondo de indemnizaciones, pudiendo repetir en estos casos excepcionales, del delincuente o reembolsándose con su trabajo.
- 5.- Que la acción de resarcir el daño se seguirá de oficio por el Ministerio Público y se decidirá por el Juez en la Sentencia.
- 6.- Aunque el perjudicado no lo quiera, la reparación se hará efectiva al delincuente, ya que forma parte de la sanción.
- 7.- Que ni el indulto, ni la condena condicional, ni libertad preparatoria, ni ninguna otra gracia podrá concederse sin que este cubierta la reparación del daño.
- 8.- Ayuda por parte del Estado al ofendido, para que gratuitamente ejercite su acción.
- 9.- Reparación garantizada de manera preferente.
- 10.- Constitución de un fondo de reserva por el consejo de defensa y previsión social, a fin de que siempre se repare el daño causado.
- 11.- Una tabla hecha con el mayor cuidado, y aceptada en varias instituciones, especificaba la valuación de las incapacidades y el monto de la reparación, por éste sólo hecho, se imponía derogar lo arbitrario en la apreciación de las incapacidades, para fijar el monto de la reparación del daño y sustituirlo por un sistema científico que diera satisfacción al ofendido y a la sociedad, dicha tabla comprendía 173 incisos y valuaba en función de días de utilidad de la víctima,

desde cuatro días de utilidad, por la pérdida de una porción del quinto dedo del pie hasta 720 días de utilidad por muerte o incapacidad permanente de trabajar.

La legislación de 1929, estableció que el resarcimiento del daño, cuando se demande al responsable del delito, forma parte integrante de la pena y debe reclamarse por el Ministerio Público. Declaró nulos de pleno derecho, convenios, cesiones y transacciones sobre el derecho a la reparación, tanto si se afectaban con el responsable, como con terceros, pero en cuanto a estos últimos, la prohibición se refería a la época anterior a cuando el fallo causara ejecutoria; se previno el modo de computar y hacer efectiva la reparación y cuando se extinguía el derecho a la misma, como novedad interesante se instituye un fondo de indemnizaciones, integrado, con un tercio de todas las multas impuestas por las autoridades judiciales penales, un cuarenta por ciento del producto del trabajo de los reos como mínimo, susceptible de aumentarse, si el reo no tenía familia o él moría antes de salir en libertad y con las cantidades que el Estado cobrará, cuando las víctimas renunciarán a la reparación.

Dicho enfoque con criterio defensista, dado al problema de la reparación del daño por la legislación penal de 1929, suscito numerosas controversias, alegando inclusive que se le había dado carácter penal a una cuestión estrictamente civil y hasta infringía el artículo 17 Constitucional, que prohíbe el aprisionamiento por deudas civiles.

Durante la vigencia del Código Penal de 1929 que fue muy corta y a pesar de los cambios que sufrió la figura de la reparación del daño, esta casi nunca se hizo efectiva, por múltiples motivos, siendo meramente ilusoria.

1.3.3. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL DE 1931.

El Código que le sucedió al Código de Almaraz, fue sancionado sin exposición de motivos, el dos de enero de 1931, dicho Código en un principio tenía 390 artículos y presentaba entre sus características primordiales las siguientes:

- a) Conserva la extensa lista de sanciones que provienen del Código Penal de 1871 sin distinguir las penas y medidas de seguridad.
- b) Admite la pena de prisión hasta por cuarenta años, limite que fue aumentado a cincuenta.
- c) Acoge el sistema de reincidencia, otorgándole un aumento a la punición específica, aun en cualquier caso el efecto agravante es mayúsculo, comparado con el Código anterior, llegando a ser de uno a dos tercios en la pena genérica y de dos tercios hasta el doble, en la específica. La comisión de un nuevo delito en los siguientes diez años transforma al delincuente en habitual.
- d) Establece una medida de seguridad privativa de libertad ilimitada para los inimputables, que según el texto original podrían permanecer recluidos de por vida sino sanaban.
- e) Prevé la presunción del dolo al establecer que la intención delictiva se presume, invirtiendo, así la carga de la prueba que recaerá sobre el acusado.

- f) Los menores permanecen, en el texto primigenio, sometidos a las medidas penales, posteriormente se les saca del Código Penal y se introduce en la ley que crea los consejos tutelares de menores infractores.
- g) Se autoriza, también en el texto inicial, la retención hasta por una mitad más del tiempo señalado en la punición a juicio de la autoridad carcelera.
- h) Se sancionaran los tipos de vagancia y mal vivencia, expresión extrema del derecho penal de autor que se vuelve contra las clases marginadas.
- i) Varias hipótesis de delitos contra la seguridad del Estado posibilitan una mayor punición para tales delitos que para el homicidio.
- j) La punibilidad asociada a las figuras patrimoniales depende del monto del ilícito, lo que da lugar a que en un delito de índole patrimonial pueda tener una punición más alta que un homicidio.

La comisión redactora del Código de 1931, se planteo la cuestión de volver al sistema del Código de 1871, *"con responsabilidad civil como acción privada patrimonial, a dar un paso hacia delante, declarando de un modo categórico que la reparación del daño sería exclusivamente pública. Se decidió por esto a sabiendas que el sistema tendría el mismo inconveniente que el de 1871, o sea la insolvencia real o simulada del delincuente unida a la negligencia del individuo para exigir la reparación"*.¹¹

Al problema de lograr la reparación del daño, se eligió un sistema análogo al referente a la multa, y se comprendió ambas bajo la denominación genérica de sanción pecuniaria. De conformidad con el Código, esta comprende la multa y la reparación del daño, que forma parte de la pena pública, y en cuanto

¹¹ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. "Código Penal Comentado", 8ª ed., Ed. Porrúa, S.A. DE C.V., México, 1998, p.47

a la reparación exigible a terceras personas, como de acuerdo a la constitución, no se les puede ser exigible sin juicio en su contra, por lo que se le considera con un carácter de responsabilidad civil, exigible mediante un índice especial.

Desde que esta en vigencia el Código de 1931, la reparación del daño, se reclama en el mismo juicio y de oficio, por el Ministerio Público, del que puede constituirse como coadyuvante el ofendido o su legítimo representante, tratándose de personas morales, esto cuando se le exige directamente al responsable y como acción privada y hecha por el agraviado, se solicita esta a terceros que no tienen responsabilidad penal, a través de un incidente que se regula con las disposiciones del derecho procesal civil.

Las tablas o tarifas para computar el monto de la reparación del daño, aun pretendiendo sustentárselas sobre una base científica, se considero que era poco adecuado admitir alguna ya que muy pronto se vuelven anticuadas, y dicha comisión de 1931, estimo que cualquier tabla que pudiera elegirse para graduar la responsabilidad civil, no podía aplicarse sino era oyendo en todo caso el dictamen de peritos, razón por la cual sin titubear no estableció alguna, dejando la solución al arbitrio judicial para cada asunto en particular.

Para garantizar en lo posible que la víctima del delito no quede sin el resarcimiento de sus daños, se ordena que los depósitos que importen la libertad caucional se aplicarán, al pago de la sanción pecuniaria cuando el inculpado se sustraiga de la acción de la justifica, y da facultades al juzgador para que teniendo en cuenta el monto del daño y la situación económica del obligado, pueda fijar los plazos par que se cubra esta, los que en su conjunto no deberá de exceder de un año, pudiendo para ello, exigir garantía si considera conveniente.

Con el objeto de lograr medidas adecuada tendientes a lograr en lo posible la indemnización de los perjuicios causados por el ilícito y teniendo presente la frecuencia con que se registran daños a causa de los modernos

sistemas mecánicos de transporte, el Código faculta al Ejecutivo de la Unión para reglamentar la forma que administrativamente deba de garantizarse dicha reparación mediante seguro especial.

Las reformas del Código Penal respecto a la reparación del daño, han sido favorables, sin embargo, a lo largo de la vida de dicho Código la situación del ofendido aun no halla una adecuada protección dentro del proceso penal.

CAPÍTULO II.

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL ESTADO DE MÉXICO.

2.1. CÓDIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1875.

El primer antecedente legislativo, relativo al Código Penal del Estado de México, se encuentra en el Decreto No. 1 expedido por la Junta Legislativa, creada por el Decreto No. 64 de la Legislatura Extraordinaria, que textualmente dice lo siguiente:

“... El C. Licenciado Francisco M. De Olaguibel, Gobernador Constitucional del Estado Libre y soberano de México, a todos sus habitantes sabed:

Que en virtud de las facultades extraordinarias (SIC) que me concede la Ley No. 63, de 16 de septiembre y de acuerdo con la Junta Legislativa, he tenido a bien decretar lo siguiente:

Artículo 1º. Se concede licencia al C. Presidente del Tribunal Superior del Estado, Licenciado D. Mariano Villela, para que no asista al despacho del Tribunal hasta fines de Agosto del año entrante de 1848, en cuyo tiempo podrá radicarse en el lugar del Estado que le convenga, y se dedicará a la formación de los proyectos de Código Penal y de Procedimientos en lo Criminal; con calidad de que presentará al Honorable Congreso el primero en el mes de mayo, y el segundo en el mes de agosto del mismo año entrante.

Artículo 2º . Dichos proyectos se redactarán en artículos, en la misma forma que se hayan los Códigos Franceses...”

Por lo tanto mando, circule y se le dé el debido cumplimiento.

Dado en Toluca a 20 de noviembre de 1847”.¹²

Como resultado de los trabajos antes referidos, el 3 de Noviembre de 1873, el Licenciado Alberto García, Gobernador Constitucional del Estado Libre y

¹² SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, Gerardo. “Panorámica Legislativa del Estado de México 1824-1993”, Ed. Toluca, México, 1993, p 204.

Soberano de México, promulgó el decreto No. 100, de fecha 9 de octubre de 1873, por virtud del cual, el Congreso del Estado, expidió el libro primero del Código Penal del Estado de México.

Este libro primero, no entró en vigor, por disposición expresa del decreto No. 27, promulgado también por el propio gobernador, que derogó el anterior, cuyo artículo segundo, autorizó al Ejecutivo, para formar y expedir los Códigos Penal, Administrativo, Municipal y de Procedimientos en Materia Criminal y Civil, para ponerlos en observancia, tan luego como fueran concluidos todos los libros que lo integraran.

Conforme a la autorización contenida en el Decreto antes referido, el 12 de enero de 1875, aún siendo gobernador Constitucional el Licenciado Alberto García, expidió el Código Penal siendo éste el primer ordenamiento, que estando integrado por 1802 artículos, distribuidos en tres libros, regulo en forma amplia y detallada las siguientes materias.

Los delitos, cuasidelitos y faltas, circunstancias agravantes y atenuantes, excluyentes de responsabilidad penal, personas responsables de los delitos, las penas y su enumeración, reglas generales y aplicación, agravación y atenuación de los delitos, extensión de la acción penal, responsabilidad civil: extensión, delitos, penas, requisitos, personas y bienes sobre los que pueda hacerse efectiva, extensión y acción para exigirla.

Delitos públicos, delitos oficiales, delitos comunes a todos los empleados, autoridades y funcionarios públicos, delitos políticos, delitos comunes, delitos en contra de la sociedad y del individuo, asociaciones delictuosas, contrabando, asentistas y proveedores, delitos contra la industria y el comercio, contra la libertad, remates públicos e interés particular, municipal o fiscal, delitos contra la salubridad pública, desobediencia y resistencia, destrucción o maltrato

de telégrafos del estado, destrucción o deterioro de acueductos, muros, edificios, monumentos y otros de propiedad pública.

Evasión de presos, falsedad, delitos sobre inhumación y exhumación, incendios, inundación, sumergimiento, desviación o supresión de corrientes o veneros de agua, juegos prohibidos, loterías o rifas, profanación de un cadáver humano y violación de sepulcros, portación de armas o instrumentos prohibidos, quebrantamiento de sellos públicos, revelación de secretos hecha con perjuicio público, ultrajes a la moral pública, ultrajes o atentados contra los funcionarios públicos, usurpación de funciones públicas o de profesiones, vagancia y ociosidad, delitos directamente en contra del individuo e indirectamente de la sociedad, abuso en el ejercicio de las profesiones, abandono de personas imposibilitadas de socorrerse a sí mismas.

Aborto procurado, del abuso de confianza, del abuso de firma en blanco, de abuso de pasiones de menores o incapaces y abuso del poder legal privado, de la alteración de límites en las heredades, de las amenazas, de atentados contra el pudor, de la bancarrota, de la bigamia y poligamia y otros matrimonios ilegales, del duelo, del despacho y usurpación, de los embaucadores, propagación de epizootia, delitos contra el estado civil de las personas, falsedad en general y falsificación de llaves, fraude contra la libertad, homicidio, parricidio, infanticidio, incesto, insolvencia punible, lenocinio, lesiones y heridas, lesiones simples, calificadas, delitos contra la libertad religiosa, perturbación de la paz doméstica, plagio, raptó, revelación de secretos, riña, robo, robo con o sin violencia, sustracción de personas, soborno de testigos, violación y falsificación de sellos particulares, violación de correspondencia, adulterio, injurias, difamación, calumnia extrajudicial y calumnia judicial.

El Código Penal de 1875, fue reformado por los decretos del 30 de abril de 1875, octubre 15 de 1878, mayo 7 de 1894, octubre 13 de 1903 y mayo 20 de 1912.

De 1912 a 1917, se suspende de hecho la vigencia de este Código, y es hasta el 18 de agosto de 1917, cuando la XXIV legislativa, ordeno la vigencia de los decretos 2, y 4 de 3, 5 y 10 de abril de 1916, expedidos por el General y Doctor Rafael Zepeda, por los cuales se declararon vigentes en el Estado de México los Códigos Federales.

El Código de Procedimientos Penales de 1876, tiene una existencia casi paralela al Código Penal, ambos tienen antecedentes contemporáneos; en efecto, el primer antecedente localizado en la colección de decretos del Estado de México, sitúa a la primera disposición formal que dio origen a este Código, en el decreto N. 1 de fecha 20 de noviembre de 1847, que ya se ha visto, autorizó el presidente del Tribunal Superior de Justicia, Licenciado Mariano Vilella, para que procediera a la formación tanto del Código Penal como de Procedimientos en lo Criminal, para presentar este último, a fines de 1848.

No obstante lo anterior de 1848 a 1874, se expidieron diversos decretos, en los cuales se contuvieron disposiciones de carácter procesal penal, y que articularon todo un procedimiento penal, como es el caso entre otros, de los decretos 55 y 56 del 1º de junio de 1868.

En el año de 1874, de nueva cuenta, el Congreso del Estado, según decreto No. 27 de fecha 1 de septiembre de ese año autorizó al Ejecutivo, para formar y expedir los Códigos Penal, Administrativo, Municipal y de Procedimientos en materia Criminal y Civil, facultándole además, para poner cada uno de ellos, en observancia, tan luego como estuvieran concluidos y simultáneamente publicados todos los libros que debían formarlos.

Como resultado de esta autorización el Licenciado Dionisio Villarello, Presidente del tribunal Superior de Justicia del Estado de México, y encargado del Ejecutivo del mismo, tuvo a bien expedir el Código de Procedimientos Judiciales en Materia Criminal el 1º de marzo de 1876.

Este Código de Procedimientos Judiciales en materia criminal, se integró con los Libros, Títulos y Capítulos siguientes:

Libro primero. De la organización y atribuciones de los funcionarios que forman el poder Judicial en lo que se refiere a la aplicación de las penas.

Título único. De la organización de los Tribunales y sus respectivas atribuciones.

Capítulos. De la organización de los Tribunales en Materia Penal; de las atribuciones de los Jueces Conciliadores; de las atribuciones de los jueces de Primera Instancia en Materia Penal; de las atribuciones del Tribunal Superior y Ministro Fiscal.

Libro segundo. De la instrucción del proceso y de la sentencia en Primera Instancia.

Título primero. De la instrucción del proceso.

Capítulos. De la base del procedimiento; del procedimiento por querrela voluntaria, del procedimiento por querrela necesaria; disposiciones relativas a la instrucción, de la acumulación de los procesos, de la comprobación del cuerpo del delito y de la persona del delincuente.

Secciones: Disposiciones generales, 1) Del cuerpo del delito en lo general, 2) La persona del inculpado; de las visitas domiciliarias y de los cateos; de los testigos: a) de las reglas generales, b) citación de los testigos, c) el examen de los testigos; de la confrontación; de los careos; de la prueba documental; disposiciones relativas al inculpado, d) de los diversos grados y causas en que pueda restringirse la libertad del inculpado y las personas que tienen facultad de hacerlo; e) de la libertad provisional bajo caución.

Capítulos.- de los cargos; de los defensores; de los incidentes; disposiciones generales para todos los tribunales y jueces del ramo criminal.

Título segundo.- del Juicio.

Capítulos.- Disposiciones generales; del juicio verbal; de la audiencia; del orden de la discusión; de los testigos y de los peritos; de las actas; y de la sentencia.

Título tercero.- de la prueba en materia criminal.

Libro tercero.- De los recursos ordinarios y extraordinarios.

Título primero.- De la apelación, de la súplica, de la revocación por contrario imperio y de la nulidad.

Capítulos.- De la apelación, de la súplica; de la revocación por contrario imperio; y de la nulidad.

Título segundo.- De los indultos y rehabilitaciones.

Capítulos.- Del indulto necesario, del indulto por gracia; de la rehabilitación.

Título tercero.- De las competencias de Jurisdicción.

Título Cuarto.- De los impedimentos, recusaciones y excusas.

Capítulos.- Impedimento y excusas; de las recusaciones.

Secciones.- Causas de recusación; recusación improcedente y causas en que tiene lugar; tiempo en que las recusaciones deben interponerse y modo de substanciarse el recurso.

Libro cuarto.- De la ejecución de las sentencias y de las prisiones.

Títulos.- De la ejecución de las sentencias, de las prisiones.

Capítulo.- De las visitas y de las prisiones.

Secciones.- De las visitas judiciales; de las visitas de las autoridades administrativas y disposiciones generales.

Otro antecedente se encuentra en el decreto No. 35 de fecha 8 de septiembre de 1876, promulgado por el Licenciado Gumersindo Enríquez, Gobernador Constitucional del Estado Libre y Soberano de México, por el que se establecen las reglas para la calificación de lesiones, distinguiéndolas en: mortales que pusieron en peligro la vida del ofendido, lesiones que no pusieron ni pudieron poner en peligro la vida del ofendido.

Un antecedente más, es el decreto No. 34 de fecha 19 de octubre de 1895, promulgado por el Licenciado Eduardo Villada, Gobernador Interino del Estado Libre y Soberano de México, por el que se autorizó al Ejecutivo estatal para revisar y poner en vigor las modificaciones que estimara pertinentes al Código de Procedimientos Penales.

A partir del año de 1895, el Código de Procedimientos Penales, es reformado por diversos decretos, hasta el año de 1911, y de este año a 1916, se produce la interrupción de hecho de este Código.

El 18 de agosto de 1917, por decreto No. 9, la XXVI Legislatura, ordenó la vigencia de los diversos 1, 2 y 4 de 1916, expedidos por el C. General y Doctor Rafael Zepeda, por los que se adoptaron los Códigos Federales en el Estado de México.

2.2. CÓDIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1937.

El 30 de diciembre de 1936, la XXXIV Legislatura Constitucional del Estado, mediante decreto No. 62, concedió facultades extraordinarias al gobierno del Estado, para que dentro del receso de la misma legislatura, comprendido del 1º de enero al 31 de agosto de 1937, procediera al estudio y expedición de nuevos Códigos Penal y de Procedimientos Penales, como se desprende del inciso b) del referido decreto, que fue promulgado por el entonces gobernador Eucario López Contreras, el 30 de diciembre de 1936 y publicado en la Gaceta de Gobierno el 6 de enero de 1937.

Como resultado del ejercicio de estas facultades extraordinarias, el citado gobernador del Estado expidió el 21 de julio de 1937 el Código Penal para el Estado de México, mismo que estuvo en vigor hasta el año de 1956, cuando la XXXIX Legislatura, mediante decreto número 71 aprobó el nuevo Código Penal para el Estado de México.

El Código de Procedimientos Penales de 1937, fue expedido Por decreto No. 62 por la XXIV Legislatura del Estado, el 23 de diciembre de 1936, se otorgaron facultades extraordinarias al C. Gobernador Estatal, para que dentro del receso comprendido del 1º de enero al 31 de agosto de 1937, procediera al estudio y expedición de nuevos códigos penal y de procedimientos penales, como se señala en el inciso C, del respectivo decreto, que se encuentra publicado en la Gaceta de Gobierno, el 6 de enero de 1937.

El 6 de julio de 1937, fue expedido el Código de Procedimientos Penales, como resultado del ejercicio de estas facultades extraordinarias, habiendo prolongado su vigencia hasta el año de 1956.

2.3 CÓDIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1956.

El Código Penal fue promulgado el 6 de abril de 1956, por el entonces gobernador Salvador Sánchez Colín, y publicado en la Gaceta de Gobierno del 7 de abril del propio año; este Código estuvo vigente hasta el año de 1960.

El Código de procedimientos Penales de 1956, fue expedido mediante decreto No. 127 del 29 de diciembre de 1956, correspondiente a la XXXIX Legislatura y publicado en la Gaceta de Gobierno el mismo día, mes y año, el cual tuvo vigencia hasta el año 1961, año en el cual se expidió otro Código.

2.4. CÓDIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1961

El Código Penal fue expedido por la XLI Legislatura de acuerdo al decreto No. 15 de fecha 29 de noviembre de 1960, publicado en la Gaceta de Gobierno, correspondiente al 4 de enero de 1961. Este Código prolongo su vigencia hasta el 8 de enero de 1986, al expedirse otro Código Penal del Estado.

Por el contrario el Código adjetivo de 1961, fue expedido mediante decreto No. 16 de fecha 9 de diciembre de 1960, correspondiente a la XLI Legislatura, y publicado en la Gaceta de Gobierno el 7 de enero de 1961 con lo cual se creó un nuevo Código de Procedimientos Penales, que es el anterior al vigente.

A partir de esta fecha su articulado se ha modificado en la siguiente forma: se derogo el artículo 170, y se han reformado los artículos 138, 440 y 5, según se contiene en los decretos Nos. 5, 11, 25 y 36, publicados en la Gaceta de Gobierno, correspondientes a los días 11, 28, 31 del mes de diciembre de 1963 y 3 de febrero del mismo año respectivamente.

Decreto No. 54 de fecha 2 de marzo de 1982, se reforman los artículos 2 fracción I, 5 primer párrafo, rubro del título séptimo, publicado en la Gaceta de Gobierno el día 6 del mismo mes y año.

Decreto No. 247 de fecha 7 de abril de 1984, por el que se adiciona el artículo 137 bis, publicado en la Gaceta de Gobierno el 30 del mismo mes y año.

Decreto No. 54 de fecha 30 de diciembre de 1985, mediante el cual se reforman los artículos 5, 36 fracción II, 39 fracciones II y V, 43, 108, 110, capítulo segundo, 116, 118, 119 primer párrafo, 121, 124 segundo párrafo, 125, 126, 131 tercer párrafo, 133, 130, 152 primer párrafo, 160, 161, 171 fracción I, 173, 174, 182, 184, 197, 202, 211, 214, 238 segundo párrafo, 273, 274, 275, 276, 291, 292, 311 primer párrafo, 324, 388, 339, 344 primer párrafo, 346, 348, 349, 356 segundo párrafo, 357 fracción II, 359, 366, 397, 416 primer párrafo, 418, 429 primer párrafo, 432, 436, 437, 438, 443 y 448; se adiciona el artículo 17 bis, y el 169 con la fracción IV y se derogan la fracción IV del artículo 2 y el artículo 450, publicado en la Gaceta de Gobierno el 16 de enero de 1986.

Decreto No. 26 de fecha 24 de septiembre de 1991, por el que se reforman los artículos 338 y 340 y se adicionan los artículos 177 y 341, publicado en la Gaceta de Gobierno en fecha 23 de septiembre de 1991.

2.5. CÓDIGO PENAL DE 1986.

En el decreto No. 53 de la XLIX Legislatura de fecha 30 de diciembre de 1985 y publicado en la Gaceta de Gobierno el 16 de enero de 1986, se expidió un nuevo Código de Procedimientos penales, el cual fue reformado y adicionado en diversas ocasiones, mediante los decretos:

45 de fecha 17 de octubre de 1988, por el que se adiciona el artículo 139, se reforma el primer párrafo del artículo 301, publicado en la Gaceta de Gobierno el 20 de octubre de 1988.

32 de 14 de octubre de 1991, por el que se adiciona el artículo 33 A y el Subtítulo séptimo al título segundo, que comprende los artículos del 233 A al 233 D.

166 de 2 de marzo de 1993, por el que se adiciona el Título Quinto, Capítulo único los artículos 329, 330 y 331, publicado en la Gaceta de Gobierno el 10 de marzo de 1993.

Este ordenamiento, fue ampliamente cuestionado por que se estimó que en rigor no aportaba ninguna figura novedosa e importante sino que fue un reacomodo de figuras delictivas y ajuste en las denominaciones jurídicas.

Las razones que se tuvieron en cuenta para proponer ante la Legislatura el Código Penal de 1986, se contiene en la respectiva exposición de motivos en la que se dice lo siguiente:

*"... La obligación permanente que tiene el Estado de vigilar que el marco normativo que regula su quehacer responda a los requerimientos actuales, han llevado a mi Gobierno desde un principio, a una revisión de las Leyes que por algún motivo ya no están acordes con los planteamientos y necesidades de la Entidad. El Código Penal forma parte relevante de la legislación que se ha analizado y reformado en aquellos renglones que presentan niveles de obsolescencia frente a nuevas situaciones de conductas delictivas."*¹³

¹³ SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, Gerardo. Ibidem p. 340

En relación al tema que nos incumbe, que es lo referente a la reparación del daño, se estableció lo siguiente:

"En la practica cotidiana ante los Tribunales o en las oficinas de la Representación Social, la víctima del delito expresa que le interesa más el pago de los daños que le fueron ocasionados, que una pena de prisión o multa para el inculpado, que en nada le beneficia. Se ha percibido este sentir y a ello obedece la propuesta del artículo 39 que busca cumplir cada uno de los fines esenciales de la pena consistente en resarcir el daño causado y que hasta la fecha no ha logrado su verdadero sentido y eficacia.

*El texto propuesto tiende a ser más operante el cumplimiento de la reparación del daño, lo cual no sucede en el Código Penal vigente. Se establece que si el responsable de un delito patrimonial no agravado, paga espontáneamente la reparación del daño el juez podrá a su prudente arbitrio, reducir la pena hasta en una mitad de su duración."*¹⁴

¹⁴ SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, Gerardo. *ibidem*, p. 345.

CAPÍTULO III.

REPARACIÓN DEL DAÑO.

3.1. CONCEPTO.

Para abordar este capítulo empezaremos por definir lo que significa la palabra reparación, misma que proviene del latín "reparare", que quiere decir aderezar, componer o enmendar el menoscabo que ha padecido una cosa, remediar, satisfacer, desagraviar al ofendido.

También se establece que la palabra daño deriva del latín *damnum*. Que significa deterioro, menoscabo, destrucción ofensa o dolor que se provoca en la persona, cosa o valores morales o sociales de alguien.

El licenciado Jorge Ojeda Velázquez, establece: *"que la reparación del daño es la cantidad que en dinero o su equivalente se debe pagar a la víctima o persona ofendida y en caso de renuncia al Estado, por el daño directo y efectivo ocasionado al cometerse en contra de aquellos un hecho jurídico"*.¹⁵

Por otra parte el autor Guillermo Colín Sánchez señala que: *"La reparación del daño, es un derecho subjetivo del ofendido y la víctima del delito, para ser resarcidos de los perjuicios causados en sus bienes, jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal"*.¹⁶

Al respecto, algunos autores se han pronunciado respecto de esta figura jurídica por ejemplo Fernando Arilla Bas incluye un capítulo denominado "La acción de reparación del daño", donde deslinda la pretensión punible de la reparadora, según la vieja codificación.

¹⁵ OJEDA VELAZQUEZ, Jorge. "Derecho Punitivo, Ed. Trillas, México, 1991, p. 190.

¹⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, décimo octava ed., Ed. Porrúa, México, 2001, p.668.

Del citado concepto se desprende que son dos las fuentes de la responsabilidad civil.

- a) El hecho ilícito, y
- b) La responsabilidad objetiva.

El Código Penal para el Estado de México en vigor, no establece propiamente una definición de la figura de reparación del daño, sino que en su artículo 26 nos enumera en cuatro fracciones, lo que comprende la reparación del daño.

"Artículo 26. La reparación del daño comprende:

I. La restitución del bien obtenido por el delito, con sus frutos y accesorios, y el pago en su caso del deterioro y menoscabo.

La restitución se hará aun en el caso de que el bien hubiere sido pasado a ser propiedad de terceros; a menos que sea irrevindicable o sea haya extinguido el derecho de propiedad, los terceros serán oídos en un incidente tramitado en la forma que señala el Código de Procedimientos Penales.

II. El pago de su precio si el bien se hubiere perdido, o incorporado a otro por derecho de accesión, o por cualquier causa no pudiere ser restituido.

III. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima.

El monto de la indemnización por el daño moral no podrá ser inferior a treinta ni superior a mil días multa y será fijado considerando las circunstancias objetivas

del delito, las subjetivas del delincuente y las repercusiones del delito sobre el ofendido; y

IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados¹⁷.

De las definiciones anteriores, se observa que todas tienen en común, que señalan que la reparación del daño, consiste en enmendar el daño causado al ofendido o a la víctima de un delito.

En relación lo anterior, se deduce que el delito no solamente da origen a la pena que impone sino también a la reparación del daño, por eso algunos autores le han denominado a esta situación del delito como un cuasicontrato porque genera obligaciones en el ámbito civil, la reparación del daño puede ser material o moral y en lo material no se tiene problema, porque es el daño que se ha causado con el ilícito y debe repararlo el sujeto, el problema surge con el daño moral, en donde existen grandes lagunas y grandes situaciones .

La reparación del daño como toda figura jurídica tiene su fundamento en la Constitución General de la República, ya que a la fecha se encuentra elevada a garantía constitucional del ofendido del delito.

Pero aún cuando la figura de la reparación del daño esta elevada a rango de garantía individual, en la práctica la víctima del delito, aun no recibe la atención adecuada a efecto de que sea resarcido del daño causado por el causante de la conducta ilícita.

Es necesario señalar que la reparación del daño se puede exigir mediante dos acciones: la penal cuya reparación compete al Estado, y la civil la cual compete al ofendido, tal y como lo señala el autor Fernando Arilla Bas, al señalar: *"según la doctrina más autorizada, el delito origina por lo general, además*

¹⁷ LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO. 2ª. Ed., Ed. Sista, S.A. DE C.V., México, 2004, p29.

de la lesión al bien jurídico tutelado por la figura que describe la conducta punible, otra de índole patrimonial, es decir, un daño, y por lo tanto viene a ser una fuente de obligación de índole extracontractual. Y de ahí que, para la mayoría de las legislaciones, la ejecución de un delito origine dos pretensiones – la punitiva y la reparadora-, de las cuales nacen, a su vez, dos acciones: la penal, cuyo ejercicio compete al Estado, y la civil, susceptible de ser ejercitada por el ofendido o por sus causahabientes¹⁸

3.1.1. PENA PÚBLICA.

El artículo 29 del Código Penal del Estado de México, establece que la reparación del daño proveniente del delito que deba cubrir el sentenciado tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público.

Al respecto, el citado artículo menciona textualmente lo siguiente:

"ART. 29. La reparación del daño proveniente del delito que deba cubrir el sentenciado tiene el carácter de pena pública; se exigirá de oficio por el Ministerio Público, quien deberá acreditar su procedencia y monto. Tratándose de delitos patrimoniales, será siempre por la totalidad del daño. El ofendido o sus causahabientes podrán aportar al Ministerio Público o al Órgano jurisdiccional, en su caso, los datos y pruebas que tengan para tal efecto, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales.

Quien se considere con derecho a la reparación del daño y no pueda obtenerla ante el órgano jurisdiccional penal en virtud de sobreseimiento o sentencia absolutoria, o del no ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente".¹⁹

¹⁸ ARILLA BAS, Fernando. "El Procedimiento Penal en México", 12 ed., Ed. Kratos, México, 2003, p. 35

¹⁹ LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO. Ob. Cit. p 29.

De lo anteriormente señalado podemos desprender que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública y que esta se impondrá de oficio, lo que se traduce en que su exigibilidad y procedimiento de la figura en estudio son ajenas a la voluntad de los ofendidos, en virtud de que la reparación no sólo es interés público sino de orden público.

Debe ser reclamada de oficio por el Ministerio Público con el que podrá coadyuvar el ofendido, su derechohabiente, o su representante, mismo que asistirá a las audiencias y reclamarán todo lo relativo al resarcimiento de los daños tal y como lo establece el artículo 162 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México, que señala lo siguiente:

"ART 162. En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a:

- I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite ser informado del desarrollo del procedimiento penal;*
- II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciba todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes*

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

- III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;*
- IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el*

juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria;

- V. *Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estará obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y*
- VI. *Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio”.*²⁰

Entendiéndose por pena, el método que el Estado aplica al sujeto que ha cometido una conducta típica o que constituya un peligro para la vida en sociedad, está, al aplicarse puede afectar su libertad, su patrimonio y sus derechos restringiéndolos o suspendiéndolos.

Asimismo, por público se comprende todo aquello que atañe o interesa al Estado o a la comunidad, relativo a la colectividad, interés público, como de todos.

De lo anterior podemos establecer que pena pública es la sanción que aplica el Estado a un individuo que ha cometido una conducta típica de algún delito, restringiéndose a su patrimonio y a sus derechos para el efecto de poder resarcir el daño que causó en la sociedad.

De manera que la reparación del daño al ser pena pública, tiene ese carácter, por ser impuesta por el Estado, es una actividad típicamente pública, es la imposición de las penas por parte del órgano estatal, es la expresión máxima del poder interno, ejercitando su poder soberano, estableciendo una relación jurídica entre el Estado y el delincuente, aquél lo persigue y lo sanciona, el vínculo no se presenta exclusivamente entre particulares, sino que interviene

²⁰ LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO. Ob. Cit. p65

directamente en la organización estatal. Por lo que el activo del delito no puede sustraerse al resarcimiento de los daños que causo.

De igual forma lo señala el autor Cuello Calón, al expresar: "*La pena es una institución de derecho público sustraída a la voluntad privada, por el contrario la obligación de resarcir e indemnizar es una institución de derecho privado susceptible de ser modificada por renuncia, por perdón*"²¹

La reparación del daño será fijada por el Juez de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, mismo que no esta sujeto a transacciones o convenios entre ofendidos y responsables, aclarando que al decir convenio nos referimos a los privados que se celebran extrajudicialmente, entre el ofendido y el activo cuando el proceso se encuentra en la etapa de instrucción no debiéndose confundir con los convenios que señala el artículo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, además debe hacerse mención que los convenios extrajudiciales son ratificados ante el Juzgador por parte del ofendido, solo manifestando dentro de la audiencia que se le ha hecho la reparación del daño a su entera satisfacción aun cuando en muchas ocasiones no es resarcida la reparación del daño en su totalidad.

Buscando con lógica y justicia la congruencia necesaria, la ley anota que la sanción reparadora será impuesta atendiendo al daño causado; sin embargo considera también las condiciones relativas a la capacidad económica del obligado, para la cualificación de la sanción para reparar el daño moral, pues el Juez no cuenta más que con su prudente arbitrio para imponer esta. Por daño moral se entiende el que se refiere en la consideración, el honor, la reputación o en las afectaciones de una persona.

²¹ CUELLO CALÓN, Eugenio. "Derecho PENAL", 18 ED., Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p 800

La reparación del daño procede como pena pública, a través de la aportación de pruebas que acreditarán en forma fehaciente el daño causado, pruebas que podrán ser puestas a disposición del Juez por el coadyuvante.

La sanción de reparación del daño con el carácter de pena pública, debe quedar asentada en los resultandos de la sentencia, es decir que el Juez deberá, en su caso, dictar las medidas tendientes a hacer efectiva la reparación.

Así en cada caso concreto podrá ejecutarla a través del embargo precautorio que se haya efectuado, haciendo entrega del billete de depósito que se haya solicitado, por medio del procedimiento económico coactivo que señala el Código Penal, haciendo efectiva la fianza que se hubiere solicitado con el objeto de garantizar daños.

También se puede ejecutar la sanción en los casos de conmutación de sanción, condena condicional, amnistía, indulto, perdón del ofendido, etcétera; donde el juzgador deberá verificar que sea pagado el daño producido, o bien, que éste quede garantizado, para que tengan procedencia jurídica las figuras en comento, ya que sería ilógico que no se ajustarán tales medidas a derecho, esto es, que se efectuarán sin llenar el requisito de procedibilidad que marca el Código Penal.

Las formas que han quedado descritas tendientes a la ejecución de dicha sanción, inevitablemente no siempre se llevan a cabo, ya que en ocasiones sabemos que hay ofendidos que no coadyuvan con el representante social, por lo que éste solamente se ocupa de que se haga efectiva la sanción privativa de libertad, dejando a un lado la obligación de exigir tal reparación, de esta manera deja al juzgador en aptitud de absolver al reo de que repare el daño causado, lo anterior no obstante que tratándose de la sanción con carácter público, como ya ha quedado asentado anteriormente, el Ministerio Público tiene la obligación de solicitar la reparación de daño, aún en el supuesto de que no haya habido

coadyuvancia, pues es más importante que el Estado reciba dicha cantidad para beneficio de la administración de justicia, a que se deje sin que se pague tal cantidad, otorgándosele al procesado un tipo de gracia por su actuación delictiva.

Por lo que hace a las figuras mencionadas en segundo término sabemos que en realidad no siempre se ejecutan pues el juzgador puede conceder la libertad condicional, amnistía, indulto, etcétera, sin el requisito de procedencia, que como ya hemos visto, consiste en que se repare el daño causado o, en su caso, se garantice la forma de pago.

En el caso de que vaya a ser exigida a un tercero procede a través del incidente de reparación exigible a terceras personas.

3.1.2. RESPONSABILIDAD CIVIL.

La reparación del daño tiene el carácter de responsabilidad civil, cuando es exigido a terceras personas y no al autor del delito, en esta situación, la reparación del daño se tramitará como un incidente, previa solicitud del ofendido ante el Juez Instructor, y hasta antes de que se haya concluido la instrucción, de no ser así, la reclamación correspondiente, solo podrá elevarse por la vía civil, atendiendo a las prescripciones del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Estado de México, tal y como lo señala el autor Pérez Palma Rafael al señalar: *"... hay casos en los que dicha reparación debe ser pagada por el propio delincuente y otros en los que la obligación de pago pasa a terceras personas. En este último caso, la reparación del daño cambia de nombre y de calidad, para convertirse en responsabilidad civil, aunque haya necesidad de aclarar, para evitar confusiones, responsabilidad civil, proveniente de delito".*²²

²² PÉREZ PALMA, Rafael. "Guía de Derecho Procesal Penal", Cárdenas, Editor y Distribuidor, 2ª ed., México, 1995, p 409.

Al respecto el autor Guillermo Colín Sánchez señala lo siguiente: *"La doctrina, más generalizada, se ha empeñado en afirmar que, al llevarse a cabo la ejecución del delito, se da lugar, no solo a la acción penal, sino también a una acción civil. Esta última, es el medio adecuado, para hacer efectiva la reparación del daño, en los órdenes morales y patrimoniales, que el ofendido hubiese resentido"*.²³

La acción en reparación del daño, de acuerdo con la legislación penal es absorbida por el Ministerio Público y éste la ejerce oficiosamente, pero la acción en responsabilidad civil proveniente de delito, no compete al Ministerio Público sino a la ofendida, no se tramita dentro de la misma pieza de los autos, sino en incidente.

Sin embargo, entre la reparación del daño proveniente de delito y reparación del daño causado con motivo de un acto ilícito, existen grandes diferencias como:

El primero se rige por lo dispuesto en el Código Penal, que previene que la reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso y atendiendo también a la capacidad económica del obligado a repararla.

El monto de la reparación del daño que deba ser hecha como consecuencia de un acto ilícito, se determina, sin deducciones ni limitaciones de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1910 y 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, aunque con la salvedad de que, si tal daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima, no habrá lugar a su pago.

²³ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. P. 668

Otra diferencia que existe, es que cuando la reparación del daño es exigible al autor del delito, tendrá el carácter de pena pública y se considera como objeto principal del proceso, en cambio cuando es exigida a terceros ajenos al ilícito tiene el carácter de objeto accesorio del mismo.

En este orden de ideas es necesario señalar según el Código Penal vigente en el Estado de México, quienes son los terceros obligados a la Reparación del daño:

"Artículo 33. Son terceros obligados a la reparación del daño:

I. Los ascendientes por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad;

II. Los tutores y los custodios por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad.

III. Los directores de internados o talleres que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices, por los delitos que éstos ejecuten durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado y dirección de aquellos.

IV. Las personas físicas o jurídicas colectivas por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados domésticos o artesanos con motivo y en el desempeño de sus servicios;

V. Las personas jurídicas colectivas, por los delitos de sus socios, agentes, o directores en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables de las demás obligaciones que aquéllas contraigan.

VII. En el caso de la fracción III inciso c) del artículo 15, la persona o personas beneficiadas con la afectación del bien jurídico; y

*VII. El Estado, los municipios y organismos descentralizados subsidiariamente por sus servidores públicos cuando el delito se cometa con motivo o en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones”.*²⁴

Este incidente, se tramitará ante el Juez o tribunal del proceso, siempre y cuando éste no se haya cerrado. Se inicia a través de un escrito, en donde se expresarán los hechos o circunstancias que hubieren originado el daño, fijando con precisión la cuantía de éste, los conceptos por los que proceda la reparación, y agregando las pruebas que para esos efectos se tengan (documentales).

Al respecto el citado código menciona en sus artículos 394 al 398, la forma en que debe tramitarse este incidente, los que a la letra señalan:

“SECCIÓN QUINTA
INCIDENTE CIVIL DE REPARACIÓN DEL DAÑO.

Artículo 394. La acción para exigir la reparación del daño a personas distintas del inculpado, de acuerdo con el artículo 36 del código penal puede ejercitarse por quien tenga derecho a ello, ante el órgano jurisdiccional penal, mientras dure el proceso. Concluido éste deberá intentarse en la vía civil correspondiente.

Artículo 395. La acción a que se refiere el artículo anterior, se tramitará y decidirá conforme a lo que disponga el código de procedimientos civiles sobre incidentes.

Artículo 396. Si el incidente llega al estado de resolución antes de que concluya la instrucción, resuspenderá hasta que el proceso se declare visto para dictar sentencia; esta se pronunciará resolviendo sobre la acción penal y sobre la reparación del daño exigible a personas distintas del inculpado.

²⁴ LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO. Ob. Cit. p30.

Artículo 397. En el caso de hallarse prófugo el inculpado, se suspenderá la tramitación del incidente, si se hubiere iniciado, dejando a salvo los derechos del interesado para que los ejercite en la vía civil. En caso de que no sea entregado a la víctima o al ofendido, por acuerdo previo.

Artículo 398. Las providencias precautorias que pudiere intentar quien tenga derecho a la reparación se regirán por lo que disponga el código de procedimientos civiles, sin perjuicio de las facultades que las leyes concedan al fisco para asegurar su interés”²⁵

3.2. ASPECTOS QUE COMPRENDE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

El artículo 26 del Código Penal para el Estado de México, establece que la reparación del daño comprende:

I. La restitución del bien obtenido por el delito, con sus frutos y acciones, y el pago en su caso del deterioro y menoscabo.

La restitución se hará aun en el caso de que el bien hubiere pasado a ser propiedad de terceros; a menos que sea irreivindicable o se haya extinguido el derecho de propiedad, los terceros serán oídos en un incidente tramitado en la forma que señala el Código de Procedimientos Penales.

II. El pago de su precio si el bien se hubiere perdido, o incorporado a otro por derecho de accesión, o por cualquier otra causa no pudiera ser restituido.

III. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima.

²⁵ LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO. Ob. Cit. p.213.

El monto de la indemnización por el daño moral no podrá ser inferior a treinta ni superior a mil días multa y será fijado considerando las circunstancias objetivas del delito, las subjetivas del delincuente y las repercusiones del delito sobre el ofendido; y

IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

3.3 PERSONAS QUE TIENEN DERECHO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

Según el artículo 32 del Código Penal vigente para el Estado de México, establece que tienen derecho a la reparación del daño:

- I. La víctima;
- II. El ofendido;
- III. Las personas que dependieran económicamente de él;
- IV. Sus descendientes, cónyuge o concubinario;
- V. Sus ascendientes;
- VI. Sus herederos; y
- VII. El Estado a través de la Institución encargada de la asistencia a las víctimas del delito.

En este orden, se entiende por víctima según el autor Guillermo Colín Sánchez como: *"Es aquél que, por razones consanguíneas, sentimentales o de dependencia económica con el ofendido, es afectado por el hecho ilícito"*.²⁶

Por ofendido se entiende: *"es la persona física que resiente, directamente, la lesión jurídica, en aquellos aspectos tutelados por el Derecho Penal"*.²⁷

²⁶COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. p. 345

²⁷COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. p. 346

En épocas primitivas, ante la inexistencia de una regulación jurídica, el ofendido, se veía precisado a hacerse justicia por su propia mano, y como la venganza rebasaba el campo de lo equitativo, surgían nuevas ofensas, como consecuencia del excesivo castigo impuesto.

En una etapa más avanzada, al cometerse el delito, cualquier persona podía presentar la acusación; más tarde, en la antigua Roma se señalaron limitaciones y sólo podía ser acusador, el ofendido, su familia o sus representantes; finalmente un órgano del Estado eliminó al ofendido de esa función y así quedó colocado en un plano secundario.

Las funciones del ofendido en el proceso penal, han sufrido cambios notables, que responden a la evolución natural de las tendencias imperantes en el desenvolvimiento histórico procesal.

Ante esto, no han faltado protestas y hasta señalamientos concretos en contra de que el Representante del Ministerio Público ejercite la acción penal, y que a la vez en representación del ofendido sea el *factotum* de la acusación, sin oportunidad ninguna para que aquél intervenga de alguna manera y toda la actuación en el orden apuntado dependa del acusador. Como contraste el ofendido no tiene más intervención que aportar elementos con relación a la reparación del daño, inconformarse con las resoluciones judiciales, únicamente si afectan sus intereses en cuanto a la reparación del daño.

Los constituyentes de 1857, obedientes a la tradición, no lo privaron del derecho a acudir directamente a los tribunales; quizá, por eso no franquearon la entrada a la institución, Ministerio Público, muy en boga en ese entonces en el Derecho Francés; en cambio, los integrantes del Constituyente de 1917, colocando a aquél en un nivel inferior en cuanto a que se le excluyó del ejercicio de la acción penal, aunque no como titular de derechos civiles.

Las facultades del Ministerio Público en términos generales, durante el procedimiento, facultades para ser portador de la notitia criminis y presentar querellas; aportar ante el Agente del Ministerio Público los elementos de prueba que estén a su alcance; deducir derechos contra terceros en lo concerniente a la reparación del daño; y, también, interponer los recursos señalados por la ley, únicamente en lo concerniente a la reparación del daño.

Asimismo, tiene el carácter de coadyuvante, coadyuvante significa ayudar a algo, colaborar con, para el logro de un fin determinado, así lo hace el ofendido ante el representante social para el logro de la condena del procesado y la obtención de la reparación del daño.

La coadyuvancia, se inicia desde el momento en que hace saber la notitia criminis, o ante el órgano de la acusación, satisfaciéndose con ello los requisitos de procedibilidad, y facilitando, además, la tipificación del o los delitos; por ejemplo: en los casos de lesiones, habrá de darse fe de las mismas, al igual que en la violación, estupro, etc., es por esto que el autor Guillermo Colín Sánchez afirma que: *"independientemente de esto, el más indicado para aportar datos y así integrar la averiguación, lo es la persona que resintió directamente el daño o el agravio, ya sea, a través de sus imputaciones directas que lleve a cabo o de otros elementos y circunstancias que en su momento contribuyan a satisfacer los requisitos para el ejercicio de la acción penal"*.²⁸

La reparación es renunciable por el ofendido, pero la renuncia no libera al responsable, produce el único efecto de que su importe se aplique al Estado.

El crédito por la sanción pecuniaria es preferente con respecto a cualquiera otra obligación contraída con posterioridad al delito.

²⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. p. 348

La preferencia exceptúa las obligaciones preferentes, es decir a los alimentos y a las relaciones de trabajo, ya que los acreedores alimenticios como laborales no tienen porque sufrir el agravio de sus legítimos intereses, en cuanto es posible evitar, las condiciones de la conducta delictiva del deudor.

El resarcimiento del daño prevalece sobre la multa, si no se logra hacer efectivo todo el importe de la sanción pecuniaria se cubrirá de preferencia la reparación del daño, tal como lo establece el artículo 35 del Código Penal del Estado de México, el cual señala:

*“ART. 35. El sentenciado cubrirá de preferencia la reparación del daño, y, en su caso, se distribuirá proporcionalmente entre los ofendidos, por los daños que hubieren sufrido; y una vez cubierto el importe de esta reparación se hará efectiva la multa”.*²⁹

En caso de reparación de varios responsables del delito la deuda de reparación del daño es mancomunada y solidaria, según el artículo 34 del citado ordenamiento, el cual señala:

*“ART. 34. Los responsables de un delito están obligados solidariamente a cubrir el importe de la reparación del daño.”*³⁰

La naturaleza solidaria de la obligación implica la facultad de exigir su monto total a cualquiera, sin perjuicio de que el que pague pueda repetir contra los otros en la parte proporcional.

Así la responsabilidad solidaria de satisfacer los daños alcanza a todos los que intervinieron en el delito en las formas previstas en el artículo 11 del Código Penal del Estado de México.

²⁹ LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO. Ob. Cit. p 31

³⁰ LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO. Ob. Cit. p 30

La muerte del delincuente, extintora de la acción penal y de las sanciones no lo es de la obligación de resarcir el daño. Esto por considerarse que desde el momento de la comisión del delito, el patrimonio personal de sus autores se disminuye por la deuda del delito quedando sólo pendiente la declaración y liquidación judiciales su importe. Los herederos del delincuente muerto, reciben el caudal hereditario mermado por el crédito de los ofendidos, en ese presupuesto, no se debe considerar la reparación como una pena trascendental, prohibida por el artículo 22 de la Constitución, porque la sanción no se implica a los herederos, asimismo la sustitución y la conmutación de sanciones, la libertad preparatoria, la condena condicional, la amnistía y el indulto no exigen ni liberarán de la reparación del daño.

La prescripción de la reparación del daño es de diez años contados a partir de que cause ejecutoria la sentencia, tal como lo establece el artículo 105 del Código Penal para el Estado de México, el cual a la letra señala:

"ART. 105. La reparación del daño prescribe en diez años contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria la sentencia."³¹

Por otra parte el artículo 36 del citado ordenamiento señala que la reparación del daño debe ser reclamado dentro de los treinta días siguientes de haber sido requerido para ello, de lo contrario su importe se aplicará de forma equitativa a la procuración y administración de justicia.

Asimismo, y en relación con el artículo 36 anteriormente citado la prescripción de la reparación del daño a favor de la procuración y administración de justicia se interrumpe por el inicio del procedimiento fiscal respectivo, o por la presentación de la demanda para hacerla efectiva, tal y como lo señala el artículo 107 del multicitado Código.

³¹ LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO. Ob. Cit. p.48

3.4. JUSTIFICACIÓN Y PROCEDENCIA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Estado entrega en manos del Ministerio Público la obligación de demandar desde el proceso, la sanción de resarcimiento como pena pública, aunque esta tiene esencia civil contiene aspectos de derecho público que lo faculta a exigirla, así como la pena corporal.

No se considera que se le quite fuerza al ofendido dentro del procedimiento penal, ni se le trata de afectar en sus derechos patrimoniales, pues solamente al representante social como su nombre lo indica, sustituye al ofendido en la facultad de promover la restitución del daño o perjuicio ocasionado y más aún cuando este no se presenta ante el Juzgado de la causa a solicitar lo que legalmente le corresponde, ya que en este caso la condena no se deja a la deriva, sino que pasa a beneficio de la administración de justicia.

De acuerdo con el artículo 29 del Código Penal del Estado de México, la reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público.

De lo anterior se concluye que el Representante Social tiene obligación de exigir la misma desde el momento en que realiza el Pliego de Consignación que envía al Juez Penal.

De conformidad con el artículo 157 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, le corresponde al Representante Social ejercitar la acción penal, que entre otras cosas tiene por objeto que este pida al juez la sanción de reparación del daño, solicitando en su caso el embargo precautorio de bienes.

El mencionado artículo establece lo siguiente:

"Artículo 157. En el ejercicio de la acción penal compete al Ministerio Público:

- I. Promover la incoación del procedimiento judicial;*
- II. Solicitar las órdenes de comparecencia y de aprehensión;*
- III. Pedir el aseguramiento de bienes para los efectos de reparación del daño;***
- IV. Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculpados;*
- V. Pedir la aplicación de las sanciones respectivas; y*
- VI. En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la pretensión punitiva y la tramitación pronta y expedita de los procedimientos".³²*

Por otra parte, en el momento de presentar conclusiones éste debe solicitar la aplicación de la sanción de reparación del daño, tal solicitud no debe ser realizada como un mero trámite, ya que para que tenga valor formal debe, durante el proceso, recabar las pruebas que acrediten el daño o perjuicios causados.

Es necesario señalar, que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 162 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México, el ofendido puede coadyuvar con el Ministerio Público poniendo a su disposición los datos que conduzcan a comprobar la culpabilidad del procesado y a que quede justificado la reparación del daño, además el ofendido o su representante pueden alegar en el procedimiento lo que a su derecho convenga.

De lo anterior, vemos que si bien es cierto el ofendido tiene dentro del procedimiento penal facultad de ministrar datos tendientes a acreditar el daño que le produjo el delito, también lo es que el Ministerio Público en ejercicio de su función pública tiene encomendada la representación de la sociedad, quedando inmersa dentro de ésta el ofendido, por lo que al ser la reparación del daño una pena de carácter público, aunque tiene un matiz civil, al ser él la autoridad

³² LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO. Ob. Cit. p. 173

facultada para exigir dicha pena, queda relegado a segundo término el ofendido y por tanto se dice que extingue la parte civil, tan es así que cuando por cualquier causa el ofendido no se llegare a presentar dentro del procedimiento para comprobar el daño que fue producto de la conducta delictiva de su ofensor, la autoridad que nos ocupa tiene obligación de solicitarla para que en caso de que sea condenado el reo a reparar el daño, esta reparación pase a favor del Estado.

La coadyuvancia es una figura que pasa a segundo término, sin embargo, es la forma en que el ofendido se puede presentar por sí o por medio de su representante a auxiliar al representante de la sociedad, a poner en conocimiento del juez instructor todos los datos que tiendan a justificar el daño que le produjo el delito, además de que como ha quedado señalado no es una obligación sino más bien una especie de garantía que lo faculta a presentarse dentro del procedimiento, pues de hecho desde que hace del conocimiento de la autoridad investigadora el delito que se cometió, su actuación de alguna manera se encamina a que le sea resarcido el daño.

Otro de los medios por el cual el ofendido puede hacer efectiva la reparación del daño es por medio del juicio de amparo, contra actos que emanen de la mala aplicación de la Ley referente a la reparación del daño; al respecto el artículo 10 de la Ley de Amparo establece: " El ofendido o las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, sólo podrán promover el juicio de amparo contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil. También podrá promover el juicio de amparo contra actos surgidos dentro del procedimiento penal relacionados inmediatamente y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil.

Como se desprende del presente artículo, el juicio de amparo relacionado con la reparación del daño, solo se podrá promover a instancia de

parte agraviada, es decir del ofendido y referente a esto el artículo 5º en su fracción III, inciso b, establece como parte del juicio de amparo al ofendido o a las personas que conforme a la ley, tengan derecho a la reparación del daño.

CAPÍTULO IV.

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

4.1. CONCEPTO.

La libertad provisional bajo caución que se conceda a una persona en tanto en el proceso se discute la responsabilidad en que incurrió o en que pudo haber incurrido, tiene dos aspectos: uno, el de orden constitucional, consignado como garantía en la Fracción I, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y otro el procesal, que consiste en la regulación que la ley hace de aquella garantía.

En un país como el nuestro, 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 su libertad, el alejamiento de su centro de trabajo, la incapacidad para seguir cumpliendo las obligaciones alimentarias para con aquellos que dependen de él económicamente, la privación de las comodidades, etc.

Por otra parte, 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.

Así pues, 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, y se encuentre en mejores condiciones para atender a su defensa. Esta medida es la de la libertad provisional bajo caución establecida como garantía de orden constitucional.

Antes de dar la definición de esta figura procesal, es conveniente distinguir la diferencia que existe entre los términos caución y fianza, ya que generalmente se confunden estos conceptos, es así que caución es entendida como una obligación subsidiaria que se constituye para el cumplimiento de una obligación principal. Puede constituirse por un tercero, o bien por la persona sujeta del acto. También se denomina fianza el dinero y objeto que da en prenda el contratante para asegurar su obligación, tal y como lo afirma el autor Pérez Palma Rafael, al señalar: "*Gramaticalmente la caución es la garantía que alguien otorga para dejar a otro exento de alguna obligación legal, la seguridad que se da para que se cumpla con lo pactado, con lo prevenido o con lo mandado. Y la fianza, sea que se otorgue en efectivo o por terceras personas, es simplemente una de tantas maneras de otorgar una caución. De aquí que con razón se haya dicho que, en tanto la caución es el género, la fianza es la especie*"³³

A su vez el autor Arturo Arriaga Flores, al referirse a esta situación menciona que: "*la caución es el genero y la fianza una especie de éste, y que en la práctica forense penal a la libertad se le conoce bajo caución, cuando se otorga ante el órgano jurisdiccional cantidad de dinero determinada; y libertad bajo fianza, a la libertad concedida mediante póliza de una casa afianzadora que otorga la garantía exigida por el tribunal respectivo*".³⁴

³³ PÉREZ PALMA, Rafael. "Guía de Derecho Procesal Penal", 3ª ed., Ed. Porrúa, Méx, 1993, p. 403

³⁴ ARRIAGA FLORES, Arturo. "Derecho Procedimental Penal Mexicano". Difusión y Publicaciones de la Escuela Nacional de Estudios Profesionales ARAGÓN de la UNAM, México, 1999.p 204

Para los efectos penales, se distingue entre la prisión como sanción, es decir, el encarcelamiento resultante de una condena, y la prisión preventiva, que solamente figura como una medida cautelar, cuya finalidad es pugnar por que se asegure la feliz prosecución de una causa penal.

En tal sentido, cuando se solicita la libertad provisional bajo caución, se puede elegir la especie de caución que el procesado pueda exhibir, tal y como lo señala el autor Leopoldo de la Cruz Agüero al señalar: *"en esta virtud, cuando procede la libertad provisional del acusado, en términos de la fracción I, del artículo 20 Constitucional invocado, el abogado defensor al solicitar tal beneficio deberá señalar al juez de los autos la especie de caución que su cliente puede exhibir o depositar. No obstante tal señalamiento, el juez concederá dicho beneficio señalando el género y la especie, es decir, en cualquiera de las garantías señaladas por la ley, sea póliza, bajo protesta, en efectivo o billete de depósito en una institución bancaria, etcétera"*³⁵

*"La libertad bajo caución: es el derecho otorgado en la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos a toda persona sujeta a un procedimiento penal, para que, previa satisfacción de los requisitos especificados en la ley, pueda obtener el goce de su libertad."*³⁶

González Bustamante precisa que: *"bajo el nombre de libertad provisional o libertad bajo caución, se conoce en el procedimiento penal a la libertad que con carácter temporal se concede a un detenido por el tiempo que dure la tramitación del proceso, previa satisfacción de determinadas condiciones establecidas en la ley."*³⁷

³⁵ DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. "Procedimiento Penal Mexicano", 2ª ed. Ed. Porrúa, México, 1996, p. 588.

³⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", 18 ed., Ed. Porrúa, México, 2001, p.668

³⁷ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. "Principios de Derecho Procesal Mexicano", 8ª ed., Ed.porrúa, México, 1999 p. 298

Por su parte, don Manuel Rivera Silva define la libertad bajo caución de la siguiente forma:

*"como el procedimiento promovido por el inculpado, su defensor o su legítimo representante en cualquier tiempo... y con el objeto de obtener su libertad mediante caución económica que garantice la sujeción del propio inculpado a un órgano jurisdiccional."*³⁸

De igual forma, González Bustamante afirma que: *"la caución tiende a garantizar que el inculpado no se sustraiga a la acción de la justicia"*.³⁹

COLIN SÁNCHEZ señala que la caución sirve para: *"que el acusado comparezca a participar en los actos procedimentales, cuantas veces sea requerido."*⁴⁰

Julio Antonio Hernández Pliego, señala que: *"La libertad provisional bajo caución, es la institución procesal por virtud de la cual, se otorga a una persona inculpada de la comisión de un delito, el beneficio de evitar la prisión preventiva o, en su caso, de sustituirla, por el otorgamiento de una caución, mientras dura su procesamiento"*.⁴¹

De las definiciones expuestas se puede deducir lo siguiente:

- a) Es un derecho que la ley máxima del país y las procedimentales penales, tanto del Distrito Federal, del Estado de México y el Federal conceden a toda persona sujeta a proceso.

³⁸ RIVERA SILVA, Manuel. "El Procedimiento Penal", 22ª ed., Ed. Porrúa, México, 1993, P. 346

³⁹ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan Jose. Ob. Cit., p. 300

⁴⁰ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. p. 670

⁴¹ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. "Programa de Derecho Procesal Penal". 10ª ed., Ed. Porrúa, México, 2003, p. 316

- b) Para obtener la libertad provisional bajo caución deben cubrirse los requisitos que la misma ley establece.
- c) Podrá concederse, si procede, en cualquier momento del proceso.
- d) El juzgador para establecer el monto de la garantía a fin de concederla,
- e) deberá atender a las circunstancias concretas del caso: gravedad del delito, antecedentes del inculgado, etc.
- f) Cuando se concede, será de carácter temporal, operando el tiempo de tramitación del proceso, independientemente de poder revocarse por las causas que la misma ley establece.
- g) La garantía otorgada en la concesión de la libertad provisional bajo caución, responderá por la persona del inculgado.

De esta forma se observa que la libertad provisional bajo caución significa una manera de evitar o hacer cesar, la medida cautelar privativa de libertad, sustituyendo la aflicción que produce, por el dinero de la caución.

Se ha dicho y no sin razón, que la libertad provisional bajo caución, es una institución que propicia dos tipos de justicias, una para los que carecen de dinero y no pueden acogerse a ella, y otra para quienes pueden contar con el dinero que importa la caución.

El fundamento legal de la libertad provisional bajo caución, lo encontramos en nuestro máximo ordenamiento, en el artículo 20, fracción I, así como en los códigos procedimentales penales existentes.

"Artículo 146. El Ministerio Público, durante la Averiguación previa deberá conceder al indiciado inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución; siempre y cuando no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio; pudiendo negársele cuando el indiciado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado por la ley como grave o cuando existan datos fehacientes para establecer que la libertad del indiciado representa por su conducta precedente, por las circunstancias o características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad. El monto y la forma de la caución se fijarán conforme a lo dispuesto por el artículo 319 de éste código".⁴²

Los elementos que deben tomarse en cuenta para concederla son:

- a) las circunstancias personales del acusado; la palabra circunstancia equivale a requisito, calidad, etc el legislador en este caso se refiere a las peculiaridades del sujeto: edad, educación, estado civil, condición económica, antecedentes penales, etc.
- b) Gravedad del delito, con este calificativo se trata de hacer notar que, el juez, debe tomar en cuenta la sanción que, en su caso, habrá de aplicarse, atento al tipo o tipos penales, ya que esto, es realmente el mejor indicador para determinar la gravedad del delito.
- c) Modalidades del delito; modalidad significa modo de ser o manifestarse una cosa; o bien, acción externa para hacerse notar.

En el ámbito jurídico penal, cuando se alude a las modalidades del delito, se está indicando lo concerniente a los aspectos que agravan, disminuyen o excluyen la penalidad, en relación a una conducta o hecho; por lo tanto, para resolver, si procede o no la libertad caucional, el juez, en las primicias del

⁴² LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO. Ob. Cit. p. 170

proceso, quiérase o no, habrá de anticipar un juicio, respecto a la existencia o ausencia de las llamadas calificativas, atenuantes, causas de justificación, etc.

4.2 REQUISITOS PARA OBTENER LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20, apartado A, fracción I, establece los requisitos necesarios para obtener la libertad provisional bajo caución, el cual a la letra establece:

"ART. 20. En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculcado:

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

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculcado y la capacidad 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.⁴³

De lo anterior se deduce que para conceder la libertad caucional, deberá atenderse en forma exclusiva a la Constitución Federal; en ella se señalan los requisitos máximos para alcanzar el beneficio de esta garantía del hombre. Salvo en el caso que las Constituciones Locales señalen condiciones más liberales para su otorgamiento, las que regirán el acto.

Así lo ha señalado la 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.

Criterio visible en el tomo I, Pág. 648: Bajo el rubro: Amparo Penal en revisión, Ramírez, Herlindo, 6 de nov. De 1917.

Aunque ha quedado implícito, debemos señalar que si los códigos procesales de las entidades federativas establecen mayores exigencias que la Carta Magna de la República, para ser procedente el goce de la libertad caucional, sus dictados no obligan a la autoridad judicial; y en términos del artículo 133 de la Ley Fundamental, sin que se formulen pronunciamientos sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición local, deberá sujetar sus actos a lo que dispone el artículo 20 fracción I de la Constitución.

Por exclusión, podemos afirmar que si los códigos procesales en materia penal establecen requisitos más benignos para alcanzar los beneficios de

⁴³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 1ra. Ed. Ed. Porrúa, México, 2004.. p.

la libertad provisional bajo caución, sus dictados serán aplicables y no constituirán violación alguna a la garantía constitucional que se estudia.

Los requisitos que establece la Constitución son: garantizar el 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; dichos requisitos se estudian a continuación.

4.2.1 QUE NO SE TRATE DE ALGUNO DE LOS DELITOS SEÑALADOS COMO GRAVES EN LA LEY PENAL.

El artículo 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como uno de los requisitos para obtener la libertad provisional bajo caución, que no se trate de alguno de los delitos considerados como graves en la Ley Penal.

Al respecto el artículo 9 del Código Penal para el Estado de México, en vigor, señala los delitos graves, el cual se transcribe a continuación:

“Artículo 9. se califican como delitos graves para todos los efectos legales : el cometido por conductores de vehículos de motor, indicado en el artículo 61 segundo párrafo, el de rebelión, previsto en los artículos 107 último párrafo, 108 primer y tercer párrafos y 110; el de sedición, señalado en el artículo 113 segundo párrafo; el de cohecho previsto en los artículos 129 y 130 en términos del párrafo segundo del artículo 131, si es cometido por elementos de cuerpos policíacos o servidores de seguridad pública; el de abuso de autoridad, contenido en los artículos 136 fracciones V, X y 137 fracción II; el de peculado señalado en el artículo 140 fracción II; el de prestación ilícita del servicio público de transporte de pasajeros señalado en el artículo 148 párrafo segundo; el de encubrimiento previsto en el artículo 152 párrafo segundo; el de falso testimonio contenido en las fracciones III y IV del artículo 156; el de evasión a que se refiere el artículo 170

fracción II; el que se refiere a la falsificación y utilización indebida de títulos al portador, documentos de crédito público y documentos relativos al crédito señalado en el artículo 174; el delito de usurpación de funciones públicas o de profesiones prevista en el artículo 176 penúltimo párrafo; la delincuencia organizada, prevista en el artículo 178; los cometidos por fraccionados, señalados en el artículo 189; el de ataques a las vías de comunicación y transporte, contenido en los artículos 193 tercer párrafo y 195; el de corrupción de menores, señalado en los artículos 205 tercer párrafo y 208, el de lenocinio y trata de personas, previstos en los artículos 209 y 210; el tráfico de menores, contemplado en el artículo 219; el de cremación de cadáver señalado en el artículo 225; el deterioro de área natural protegida, previsto en artículo 230; el de lesiones que señala el artículo 238 fracción V; el de homicidio, contenido en el artículo 241; el delito de peligro de contagio previsto en el artículo 252 último párrafo; el de secuestro, señalado por el artículo 259, excepto el último párrafo; el de privación de la libertad de infante, previsto en el artículo 262 primer párrafo; la extorsión contenida en el último párrafo del artículo 266; el asalto a una población a que se refiere el artículo 267; el de violación, señalado por los artículos 273 y 274; el de robo, contenido en los artículos 289 fracción V, 290 fracciones I, II, III, IV, V y último párrafo y 292; el de abigeato, señalado en los artículos 297 fracciones II y III, 298 fracción II, y 299 fracciones I y IV; el de fraude a que se refieren los artículos 306 fracción VIII y 307 fracción V; el de despojo a que se refiere el artículo 308, en su fracción III, párrafos tercero y cuarto; y el de daño en los bienes, señalado por el artículo 311; y, en su caso, su comisión en grado de tentativa como lo establece este Código, y los previstos en las leyes especiales cuando la pena máxima exceda de diez años de prisión".⁴⁴

Por otro lado, tratándose de delitos no graves, se podrá negar por el Juzgador, la libertad provisional bajo caución, cumpliendo los siguientes requisitos:

- a) Que el Ministerio Público lo solicite,

⁴⁴ LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO. Ob. Cit. p

- b) Que el ministerio público pruebe, que se trata de delitos graves, cometido por reincidente que fue sentenciado por delito grave, y
- c) En su caso, que el Ministerio Público pida y pruebe, que por la forma que se cometió el delito es un riesgo para el ofendido o la sociedad el brindarte la libertad provisional bajo caución.

Lo anterior, según lo establecido por el artículo 320 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en vigor.

El poder constituyente permanente, cuando determina los requisitos de procedencia de la libertad provisional bajo caución y su prohibición en delitos no graves, de manera casuística señala los supuestos en que el Ministerio Público Federal puede solicitar y obtener se niegue por el Juzgador la Libertad Procesal al inculpado.

El legislador ordinario, no puede ir más allá de los dictados constitucionales y establecer casos distintos de prohibición, de la procedencia de la libertad provisional bajo caución en delitos no graves.

4.2.2. QUE GARANTICE EL MONTO ESTIMADO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

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.

Se entiende, que la garantía de la reparación del daño no es el pago; o, exhibirse el importe de la cantidad que equivale mediante el 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 garantizada, esto independientemente de la multa.

Esto último, se debe a 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 inculpado 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. Asimismo que se le impone como sanción multa, además de la pena privativa de la libertad.

Particular atención, merecen los delitos fiscales sobre el tema. 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.

Significa, que en los procesos penales en donde se juzgue por delitos fiscales, no existe la obligación 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.

Es importante señalar, que los dictados del artículo 92 del Código Fiscal de la Federación, no plantean con el numeral 94 de ese Código un conflicto de leyes. Lo ordenado por el artículo 92, se aplicará en aquellos delitos fiscales en donde sí exista el derecho de la reparación del daño.

4.2.3. QUE GARANTICE LAS SANCIONES PECUNIARIAS.

En este aspecto el artículo 319 del Código de Procedimientos Penales, establece como uno de los requisitos para obtener la libertad provisional bajo caución, que se garanticen las sanciones pecuniarias, fijándose al efecto el medio aritmético de la que corresponda al delito.

Para tal efecto, se comprende por sanciones pecuniarias, o penas pecuniarias particularmente a la multa, la cual es variable dependiendo de la conducta delictiva realizada, asimismo se entiende a la multa como una pena que consiste en la obligación de pagar al Estado una suma de dinero.

El artículo 24 del Código Penal del Estado de México, es explícito al señalar que:

"Artículo 24. La multa consiste en el pago de una suma de dinero al Estado que se fijará por días multa, los cuales podrán ser de treinta a mil.

El día multa equivale a la percepción neta diaria del inculcado de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos, que en ningún caso serán inferiores al salario mínimo general vigente en el lugar donde se consumó.

En los delitos continuados se atenderá al salario mínimo vigente en el momento consumativo de la última conducta y para los permanentes el que esté en vigor en el momento en que cesó la conducta delictiva.

En caso de insolvencia del sentenciado, la autoridad judicial la sustituirá, total o parcialmente, por prestación de trabajo a favor de la comunidad, saldándose un día multa por cada jornada de trabajo.

En caso de insolvencia e incapacidad física del sentenciado, la autoridad judicial sustituirá la multa por el confinamiento, saldándose un día multa por cada día de confinamiento".⁴⁵

Algunas ventajas de la multa son los siguientes según el autor Ignacio Villalobos al señalar: "no es repugnada en ninguna forma por la moral ni por los sentimientos humanitarios; porque es perfectamente divisible y reparable; porque no degrada ni lastima la dignidad del penado; porque no separa al hombre de sus atenciones familiares, de su trabajo ni de la vida en sociedad; y finalmente, porque en lugar de significar una carga para el Estado, representa una contribución importante para el sostenimiento de los servicios públicos".⁴⁶

Por el contrario alguno de los inconvenientes de la multa son: "*...insuficiencia para la represión de los delitos de alguna consideración, pues el pobre sabe que no ha de pagarla y el rico la tomará como una forma de impunidad; por eso para esta clase de infracciones, apenas si puede utilizarse como una pena complementaria.*"⁴⁷

Para resolver alguno de estos inconvenientes, se ha tratado de conocer la verdadera capacidad económica del procesado, sin embargo en la actualidad no se ha podido conocer a ciencia cierta tal situación, ya que no basta informarse de sus ingresos, pues es muy difícil investigar su capital.

Por otro lado, la multa como pena, tiene carácter personalísimo, esto significa que solo puede imponerse a quienes tengan responsabilidad penal en la comisión del delito y no a otras personas a quienes pudieran alcanzar las obligaciones civiles o de reparación de los daños causados, aun cuando estas últimas se haya dado en equipararlas con las penas públicas; y significa también que, si son varios los responsables de un delito, a cada uno se debe imponer la

⁴⁵ LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL. Ob. Cit. p 28

⁴⁶ VILLALOBOS, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano", 5ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, p. 608.

⁴⁷ VILLALOBOS, Ignacio. Ibidem. p. 608.

pena de acuerdo con el grado de su participación y de su culpabilidad, sin que se pueda fijar una sola multa para que sea cubierta por todos en forma solidaria o mancomunada.

La multa se presenta como la pena ideal para sustituir a la de corta privación de la libertad, al grado de que se sostiene que ésta nunca debe imponerse cuando la pena pecuniaria sea suficiente.

No obstante la pena de multa ha sido duramente criticada también porque se argumenta que para el rico representa la impunidad en tanto que para el pobre un cruento sacrificio cuando no la imposibilidad de cubrirla y, en consecuencia, la prisión u otra sanción la sustituye. Tan justa crítica sólo podría satisfacerse con un sistema que asegurase la exacta proporcionalidad entre la multa imponible y las condiciones económicas del obligado a satisfacerla. Pero hasta ahora la solución se ha sentido como imposible. Lo menos que debiera admitirse es que solo pueda dar lugar a prisión la insolvencia del sentenciado cuando tal insolvencia le sea imputable culpablemente.

En la doctrina y en las legislaciones se ha tratado de proporcionar la cuantía de la multa a las condiciones económicas del obligado a pagarla. Los sistemas empleados son varios: por el impuesto sobre la renta, o mejor dicho por la capacidad de pago, por la renta diaria o mensual, por el capital y renta del penado en relación con sus condiciones personales, propias y familiares.

4.2.4 QUE CAUCIONE EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PROCESALES.

El artículo 319, en su fracción III, del Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México, señala como requisito para obtener la libertad provisional bajo caución que el inculpado caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo que la ley establece en razón del proceso.

La naturaleza de la caución queda a elección del inculpado, quien, al solicitar la libertad, manifestará la forma que elige, en caso contrario, el órgano jurisdiccional correspondiente fijará la cantidad que corresponda.

Las obligaciones procesales que debe cubrir el inculpado consisten en lo siguiente:

- Presentarse ante el Juez, cuantas veces sea citado o requerido;
- Comunicar al Juez los cambios de domicilio que tuviere; y
- No ausentarse del lugar sin permiso de la autoridad, el que no se le podrá conceder por tiempo mayor de un mes.

Estas obligaciones se le hacen saber al procesado, acusado o sentenciado, al notificársele el auto correspondiente, y así se hará constar; pero la omisión de este requisito, no lo libra de ellas ni de sus consecuencias. En caso de que el inculpado desobedezca alguna de sus obligaciones, en especial no presentarse ante el Juez de la causa cuando sea requerido, puede ser una causa por la que una vez que se le conceda la libertad, la misma le sea revocada.

La Suprema Corte de justicia de la Nación así lo ha determinado en las siguientes tesis:

“LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. PROCEDE REVOCARLA CUANDO SE DESACATA EL MANDAMIENTO DEL JUEZ DE COMPARECER A LA AUDIENCIA FINAL DEL JUICIO. Debido a que es personalísima la obligación del procesado de comparecer ante el tribunal que conoce del juicio, si no cumple con ella, a pesar de que sabía de la misma desde que obtuvo la libertad caucional y en particular cuando se le notificó el proveído que lo cita a la audiencia final del juicio, es claro que transgrede, en su propio perjuicio, el artículo 411 del Código Federal de Procedimientos Penales y da motivo para que se le revoque su libertad provisional, en términos del numeral 412, fracciones I y VII, del mismo ordenamiento legal; sin que sea necesario para ello que incumpla por más de una vez esa obligación u otra diversa, porque este último precepto no

*establece que el desacato debe ser reiterado, para dar lugar a la revocación del beneficio caucional".*⁴⁸

Tesis No. P. XXII/98. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo VII, abril de 1998. Pleno, Salas y Tribunales Colegiados de Circuito, pág.119.

"PROCESO PENAL. LA OBLIGACIÓN DE COMPARECER A ÉL ES PERSONALÍSIMA E INSUSTITUIBLE. *Como se desprende de los artículos 73, 87, párrafos primero y segundo, 94, último párrafo y 411, entre otros, del Código Federal de Procedimientos Penales, en los juicios penales, por su propia naturaleza, no existe representación para efectos de responder de los actos u omisiones ilícitos que se atribuyan al inculpado, por lo que la obligación de comparecer en el proceso penal y de cumplir con la pena que en su caso se imponga es personalísima e insustituible, de tal manera que si el juzgador cita personalmente al procesado, que goza de la libertad provisional bajo caución, a comparecer a la audiencia final del juicio y solamente se presenta su defensor, es claro que existe incumplimiento al mandato del juez".*⁴⁹

4.3 FORMAS DE GARANTIZAR LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

Al respecto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no menciona en el artículo 20 Apartado A, cuales son las formas de garantizar la caución, sino que únicamente señala que esta debe ser asequible y que para resolver sobre la forma y 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.

⁴⁸ MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. "Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal", 9ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000, p.223

⁴⁹ MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. *ibidem*.p 224

En tales condiciones es la ley secundaria la que establece las formas de garantizar la libertad provisional bajo caución, las cuales podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso, figuras que se describen a continuación.

4.3.1 EFECTIVO, FIANZA, PRENDA, HIPÓTECA Y FIDEICOMISO.

EFECTIVO:

El dinero en efectivo se depositará en la Institución de Crédito autorizada, la cual es la denominada Nacional Financiera, teniendo esta la obligación de expedir un certificado que ampara la cantidad depositada. Al ser presentado el certificado respectivo ante el Tribunal que conozca de la causa deberá ser colocado en la caja de valores de éste, tomándose razón de ello en autos. En los casos de que por motivo de la hora o por ser día feriado, no pueda constituirse el depósito directamente en la institución de crédito, el juez deberá recibir la cantidad exhibida y la mandará depositar, en la institución de crédito, el primer día hábil. (Artículo 562, fracción I, y 404 del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal y Federal, respectivamente.

CAUCIÓN HIPOTECARIA:

Este tipo de caución podrá otorgarla el propio inculpado, o bien un tercero, pero para su acreditación, el inmueble no deberá tener gravamen alguno y exceder en valor catastral, cuando menos de tres veces el monto de la suma fijada como caución. En este sentido debemos entender a la hipoteca como una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley.

FIANZA PERSONAL:

En estos casos el fiador deberá comprobar que tiene bienes raíces inscritos en el Registro Público de la Propiedad, salvo que se trate de empresas afianzadoras legalmente constituidas y autorizadas, debiendo, también, presentar certificado de libertad de gravámenes expedido por el encargado del Registro Público de la Propiedad, que comprenda un término de 20 años y constancia de estar al corriente en el pago de las contribuciones respectivas.

FIDEICOMISO:

Es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario para la realización de un fin determinado, que en la mayoría de los casos viene a afectar la esfera jurídica del fideicomisario.

Las partes de este negocio son:

1.- Fideicomitente: Persona que por declaración unilateral de voluntad constituye un fideicomiso.

2.- Fiduciario: Persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el fideicomiso. De conformidad con lo establecido en el artículo 350 de la Ley de Título y Operaciones de Crédito, sólo pueden ser fiduciarias las instituciones autorizadas por la Ley General de Instituciones de Crédito.

3.- Fideicomisario: Persona que tiene derecho a recibir los beneficios del fideicomiso.

PRENDA:

La prenda es un contrato accesorio, por el cual el deudor o una persona distinta de éste, constituyen un derecho real sobre un bien mueble, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

4.4. REVOCACIÓN.

Antes que nada hay que señalar que la palabra revocar significa "*dejar sin efectos una concesión, un mandato o una resolución, por tanto, si se deja sin efectos la libertad caucional, lo que procede es que el inculcado regrese a prisión preventiva o, en su caso, compurgue la pena que se le haya impuesto*".⁶⁰

El artículo 20-I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su párrafo tercero autoriza a revocar la libertad provisional bajo caución cuando se incumplan en forma grave las obligaciones procesales que la Ley reglamentaria impone:

Los artículos 333, 334 y 335 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México establecen las causales de la revocación de la libertad provisional bajo caución, los cuales se transcriben:

"Artículo 334. La libertad caucional concedida al inculcado se le revocará en los siguientes casos:

1. Cuando desobedezca sin causa justa y comprobada, las órdenes legítimas del órgano jurisdiccional del conocimiento, previa garantía de audiencia sobre ese particular;

⁶⁰ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. Ob. Cit. P. 322.

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

III. Cuando amenazare al ofendido o a algún testigo de los que hayan depuesto o tengan que deponer en su causa, trate de sobornar a alguno de éstos, o cohechar a cualquier servidor público del órgano jurisdiccional o agente del Ministerio Público que intervengan en el caso;

IV. Cuando lo solicite el mismo inculpado y se presente al órgano jurisdiccional competente;

V. Cuando durante la instrucción aparezca que el delito o los delitos materia del auto de formal prisión son de los considerados como graves;

VI. Cuando en el proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia; y

VII. Cuando el inculpado no cumpla con alguna de las obligaciones a que se refiere el artículo 333 de este Código.

Artículo 333. Al notificarse al inculpado el auto que le conceda la libertad caucional, se le hará saber que contrae, ante el órgano jurisdiccional, las siguientes obligaciones:

I. Presentarse ante él los días fijados que estime conveniente señalarle y cuantas veces sea citado o requerido para ello;

II. Comunicar los cambios de domicilio que tuviere; y

III. No ausentarse del lugar sin su permiso, el que no se le podrá conceder por tiempo mayor de un mes.

También se le harán saber las causas de revocación de la libertad caucional.

Artículo 335. Cuando un tercero haya garantizado la libertad del inculpado por medio de depósito en efectivo, de fianza o de hipoteca, aquélla se revocará:

- I. En los casos que menciona el artículo anterior;*
- II. Cuando el tercero pida que se le releve de la obligación y presente al inculpado;*
- III. Cuando se demuestre la insolvencia del fiador; o*
- IV. En el caso del artículo 339 de este Código”.⁵¹*

Uno de los efectos de la revocación de la libertad provisional bajo caución, importantes para este trabajo, es que la garantía relativa a la reparación del daño se hará efectiva a favor de la víctima o del ofendido, así como las relativas a la sanción pecuniaria y obligaciones procesales, las que se harán efectivas a favor de la procuración y administración de justicia, *“por regla general, la revocación de la libertad provisional bajo caución, apareja la orden de reaprehensión del inculpado y la orden para hacer efectiva la garantía otorgada: a favor del ofendido o de la víctima, la parte que garantizó la reparación del daño y a favor del Estado la que se hubiere otorgado en relación con las sanciones pecuniarias”*.⁵²

Lo anterior lo señala el artículo 337 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México, al establecer:

“Artículo 337. En caso de revocación de la libertad bajo caución, se mandará reaprender al inculpado y, salvo los casos previstos en las fracciones IV, V y VI del artículo 334 de este Código, la garantía relativa a la reparación del daño se hará efectiva a favor de la víctima o del ofendido; las cauciones que garanticen

⁵¹ LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL. Ob. Cit. 203.

⁵² HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. Ob. Cit. P. 324.

las sanciones pecuniarias y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del proceso se harán efectivas a favor de la procuración y administración de justicia".⁵³

Es necesario señalar que la revocación de la libertad provisional bajo caución, por alguna de las causales anteriormente señaladas no constituye una violación a la garantía de audiencia, tal y como lo señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al establecer:

LIBERTAD PROVISIONAL. PARA REVOCARLA NO ES INDISPENSABLE OIR PREVIAMENTE AL PROCESADO.

Para que tenga vigencia la garantía de audiencia, es necesario, de acuerdo con el artículo 14 Constitucional, que el acto reclamado sea privativo de la vida, de la libertad, o de las propiedades, posesiones o derechos del quejoso y, por acto privativo, debe entenderse aquél que en el menoscabo o privación ocasionada al gobernado consume el objetivo perseguido, como fin último y no como un medio para que a través de otros actos se obtengan fines diversos, en cuyos casos sólo se requiere que dicho acto esté fundado y motivado, a efecto de que no conculque la garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 Constitucional; así, en un procedimiento penal, cada acto realizado por el Juez lleva un objetivo que en sí mismo no es la finalidad perseguida, sino un medio para obtenerla, y la cual se consume mediante la sentencia definitiva, ya que es ésta la que produce una verdadera privación, mediante la resolución del conflicto, en la esfera jurídica de las partes, y para lo cual es necesario que previamente se oiga en defensa al agraviado. Por tanto, si el auto de revocación de la libertad provisional bajo caución no es un acto privativo, puesto que el objetivo perseguido, o sea, el de proceder a la detención del procesado, es el medio, primeramente para asegurar la continuación del proceso instruido en contra de dicho procesado, y después, para que mediante la sentencia definitiva que se pronuncie se le prive de su libertad como penalmente responsable de un delito, basta para que dicho auto no sea inconstitucional, que cumpla con la garantía de legalidad comprendida en el artículo 16 Constitucional, mayormente cuando el Juez del proceso revoca la libertad provisional del acusado por el temor de que se hubiera substraído a la justicia, fundado en el

⁵³ LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL. Ob. Cit. p. 204

incumplimiento de este último hacía alguna de las obligaciones contraídas al concedérsele aquel beneficio.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO

Amparo en revisión 701/69. Penal. Mario Ontiveros Avalos. 25 de marzo de 1970. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Chan Vargas.

Véase: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 75, pág. 13, tesis por contradicción 1a./J.2/94.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 15 Sexta Parte. Tesis: Página: 28. Tesis Aislada.

CAPÍTULO V.

PROBLEMÁTICA DE GARANTIZAR EN EFECTIVO LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

5.1. MARCO JURÍDICO.

En este apartado se realizara un análisis de los ordenamientos jurídicos que fundamentan la garantía de la libertad provisional bajo caución, a efecto de determinar diferencias entre cada uno de ellos.

Comenzaremos por analizar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución Política del Estado de México y el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

5.1.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

La libertad provisional bajo caución, como ya se ha mencionado es una garantía individual que se encuentra consagrada en el artículo 20 Constitucional, este precepto se refiere en general al procedimiento penal, por lo que las garantías establecidas en este artículo son objeto de normación de los ordenamientos adjetivos en materia penal, es decir, tanto el Código Federal de Procedimientos Penales como los diversos códigos penales procesales locales reglamentan el mencionado precepto, tal y como lo afirma el Doctor en Derecho Ignacio Burgoa Orihuela, al señalar: *"Dichas garantías de seguridad jurídica se imputan, evidentemente, al gobernado en su calidad de indiciado o procesado e imponen a la autoridad judicial que conozca el juicio correspondiente diversas obligaciones y prohibiciones a título de requisitos constitucionales que debe llenar todo procedimiento criminal"*⁵⁴

⁵⁴ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Las Garantías Individuales", 31 ed., Ed. Porrúa, México, 1999, p.646

Constitucionalmente, la exigibilidad de garantizar la reparación del daño en efectivo como requisito para obtener la libertad provisional bajo caución, no tiene fundamento alguno, ya que el precepto que hace referencia a lo anterior es el artículo 20, Apartado A, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin embargo, dicho precepto no establece tal exigibilidad, textualmente señala lo siguiente:

“ARTICULO 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

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 la 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.⁵⁵

De lo anterior se observa que en relación a la caución, señala que esta debe ser asequible para el inculpado, entendiendo por asequible lo que puede conseguirse o alcanzarse, en tal sentido, no establece que la reparación del daño como requisito para obtener la libertad provisional bajo caución, sea garantizado mediante depósito en efectivo.

En relación a la Constitución Política del Estado de México, esta no hace referencia en ninguno de sus artículos a tal disposición, sino que lo trata directamente en el Código de Procedimientos Penales, específicamente en el artículo 319 y 325.

Esta Constitución fue expedida el día 31 de octubre de 1917 mediante Decreto No. 5 por la XXVI Legislatura en funciones de Congreso Constituyente, de conformidad con lo mandado en la Disposición transitoria primera, comenzó a regir desde el 20 de noviembre de ese año.

Actualmente la Constitución Política del Estado de México presenta la siguiente estructura:

Cuatro libros que se denominan:

- a) Del Estado de México en general;
- b) De la organización política del Estado de México;
- c) De la organización política de los Municipios;
- d) Prevenciones generales a que deberá sujetarse la Administración Pública.

⁵⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Ob. Cit.

En relación a lo anterior, se observa que ni en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni en la Constitución Política del Estado de México, se exige garantizar la reparación del daño en efectivo, por lo que tal exigibilidad deviene en inconstitucional.

5.1.2. FUNDAMENTO LEGAL

La disposición legal de la obligación de garantizar la reparación del daño en efectivo, la encontramos en los artículos 319 y 325 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México, mismos que señalan:

“Art. 319. Desde el momento en que quede a disposición del órgano jurisdiccional, 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, se observarán las disposiciones establecidas en el Código Penal.

II. Que garantice las sanciones pecuniarias, fijándose al efecto el medio aritmético de la que corresponda al delito;

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

IV. Que no se trate de alguno de los delitos señalados como grave en la ley penal.

La garantía a que se refiere la fracción I debe 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..

Artículo 325. Con excepción de la reparación del daño, 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 o su defensor no hagan la manifestación mencionada, el órgano jurisdiccional correspondiente, de acuerdo con el artículo que antecede, fijará la cantidad que corresponda a cada una de las formas de la caución”⁵⁶

Hay que señalar que estos artículos originalmente no señalaban tal exigibilidad, sino que es a partir de una reforma, la cual entro en vigor el 3 de septiembre de 1993, al entrar en vigor las reformas al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El actual artículo 319 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México, antes correspondía al artículo 340, el cual textualmente establecía, antes de las reformas:

“340.- Todo inculpado tendrá derecho inmediatamente que lo solicite, a ser puesto en libertad bajo caución, cuando el término medio aritmético de la sanción que corresponda al delito imputado no exceda de cinco años de prisión. En caso de concurso de delitos se atenderá al que tenga señalada la pena más grave.

En los casos en que la pena del delito imputado rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión, el juzgador concederá la libertad provisional, en resolución fundada y motivada; siempre que el inculpado satisfaga los siguientes requisitos:

- I.- Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social;*
- II.- Que no se trate de reincidentes o habituales.*
- III.- Que no exista riesgo de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia;*
- IV.- Que garantice debidamente, a criterio del Juez la reparación del daño; y*

⁵⁶ LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL. Ob. Cit. p.202

V.- Que no se trate de los delitos previstos por los artículos 63, 109 último párrafo, 110 párrafos primero y tercero, 112, 115 párrafo segundo, 161, 193, 199, 210 párrafo tercero, 214, 215, 217, 238 fracción III, 246, 247, 248, 249, 255, 268 párrafo primero y fracciones IV y V, 269, 274 segundo párrafo última parte, 279, 281, 298 fracción V, 300, 301, 310, 320 párrafo último y 322 del Código Penal.

Para que surta efectos la resolución que conceda libertad bajo caución en los términos del segundo párrafo de este precepto deberá ser revisada por el Tribunal de Alzada, quien en su caso la confirmará, modificará o revocará, abriendo de oficio la segunda instancia en términos de los Artículos 338 y 339 de este Código".⁵⁷

A su vez, en la exposición de motivos de dicha reforma se menciona lo siguiente:

"En ejercicio de las facultades que me confieren los artículos 59 fracción II y 88 fracción I de la Constitución Política del Estado libre y soberano de México, me permito someter a disposición de esa H. Legislatura, por el digno conducto de ustedes, la iniciativa de Decreto de reformas y adiciones al Código Penal y al Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de México, la cual tiene su fundamento en lo siguiente:

Las reformas a los artículos 16, 19, 20 y 119 y la derogación de la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicadas en el Diario Oficial el 3 de septiembre de 1993, previa aprobación de las Cámaras de Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, así como por la mayoría de las Legislaturas de los Estados de la República, hacen necesaria la modificación de diversos artículos del Código Penal y del Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de México, a fin de

⁵⁷ CÓDIGOS PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO. 3ª ed. Ed. Cajica, S.A. México, 1995, p. 345

incorporar a estos ordenamientos a la protección de los derechos humanos, de las garantías individuales, así como la administración rápida y expedita de la justicia, tanto en las etapas de investigación como durante el procedimiento judicial, conforme al texto constitucional.

(...)

Los derechos de las víctimas u ofendidos por el delito, relativos a obtener la reparación del daño, a poder coadyuvar con el Ministerio Público, a recibir atención médica de urgencia cuando lo requiera, y otros que se establecen en la fracción X del artículo 20 Constitucional, dan contenido a los artículos 29 y 32 del Código Penal.

(...)

En el capítulo relativo a los incidentes de libertad que se contienen en los artículos 340 al 359, se establecen reglas que conforme a los principios contenidos en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se aplicarán al derecho que tiene el inculcado para ser puesto en libertad provisional, desglosando los requisitos que habrán de cumplirse ante la autoridad judicial para ese efecto, y en el caso, las causas y consecuencias de la revocación de dicha libertad, en relación con el destino de las garantías relativas a la reparación del daño y sanciones pecuniarias".⁵⁸

De la lectura a la exposición de motivos, se observa que las reformas al artículo 340, actualmente el artículo 319 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México, se debieron a querer adecuar dicho ordenamiento a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual fue reformada en el año de 1993.

⁵⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA, 5ª ed., Talleres de Impresos Chávez, México, 1994, p. 92.

Las reformas constitucionales publicadas el 3 de septiembre de 1993 introdujeron varios cambios importantes al artículo 20 en cuanto a los siguientes aspectos:

- A) Bases para conceder la libertad bajo caución;
- B) Sanción penal a las conductas atentatorias de los derechos humanos de los inculpados;
- C) Reforzamiento y extensión de las garantías de los presuntos responsables,
y
- D) Introducción del concepto de derechos de la víctima.

Originalmente el texto aludía a las garantías de quienes estuviesen sujetos a un juicio penal, tanto que el artículo original iniciaba diciendo: "*En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:...*" con motivo de estas reformas se modificó la redacción inicial para expresar: "*En todo proceso de orden penal tendrá el inculpado las siguientes garantías:...*" Se aprecia claramente la sustitución de la expresión juicio del inculpado en lugar del de acusado. Ello tiene por objeto definir correctamente la etapa procesal íntegra que se desarrolla ante el juez y no solamente la fase final en que se precisa la acusación y se dicta la sentencia.

Además de las garantías estrictamente procesales a favor del inculpado se prevé la aplicación de varias de ellas a la etapa de la averiguación previa, de acuerdo con lo dispuesto en el penúltimo párrafo. Adicionalmente se alude a los derechos que corresponden a las víctimas. Estos dos últimos aspectos constituyen una ampliación novedosa que extiende al alcance de las previsiones del artículo 20, por un lado, a la fase indagatoria de los delitos y en consecuencia a los indiciados y no sólo a los procesados; por el otro, contempla a la víctima

también como protagonista del hecho delictuoso y no solamente a quien aparece como presunto responsable.

La fracción establece la garantía de poder obtener la libertad provisional bajo caución. Esta institución tiende a armonizar el interés que la sociedad tiene de no privar injustamente de la libertad a los individuos y al mismo tiempo, el de no dejar sin sanción una conducta punible. A fin de no privar de la libertad a una persona acusada y al mismo tiempo asegurar que quede sujeta a la acción de los tribunales, esta figura jurídica consiste en conceder el goce de la libertad cuando ha sufrido la detención preventiva por haber sido objeto de imputación de un hecho delictuoso, mediante el otorgamiento de una garantía económica.

El criterio sostenido por el Constituyente desde 1917 fijaba un límite que alcanzaba simultáneamente al legislador y al juzgador. En cuanto al primero de ellos porque señalaba como condición para otorgar este tipo de libertad, que solo se concediese a quienes fueran inculcados por delitos cuyo término medio aritmético no rebasará los cinco años de prisión. De esta manera, el legislador al determinar la sanción establecía simultáneamente la posibilidad o imposibilidad de otorgar dicha libertad. Por otro lado el juez estaba sujeto a la misma regla.

Sabido es que el término medio aritmético de la penalidad aplicable a un delito se obtiene sumando el mínimo y el máximo de la pena de prisión y dividiendo entre dos el total de la mencionada suma. Este concepto ha desaparecido del texto vigente de la fracción I del artículo 20 de manera que no queda condicionada la concesión de la libertad bajo caución a una determinada duración de la pena de prisión, sino a la gravedad del delito según lo estime el legislador ordinario.

Así lo afirma el autor Zamora Pierce al decir: *"En efecto, con anterioridad a esta reforma, y con fundamento en lo dispuesto por los artículos 18 y 20, fracción I, de la Constitución, la regla era que todo procesado por delito que*

mereciera pena corporal debía ser sometido a prisión preventiva, con la sola excepción de aquellos a quienes se imputase delito sancionado con pena cuyo término medio aritmético no fuese mayor de cinco años de prisión, quienes tenían derecho a obtener su libertad bajo caución; ahora, y como resultado de la reforma en estudio, la regla resulta ser que todo procesado tiene derecho a la libertad, con excepción de aquéllos casos en que la ley prohíba expresamente conceder este beneficio, en virtud de la gravedad del delito imputado” ⁵⁹

En el dictamen de la Cámara de Diputados se establece que “el propósito político-criminal de esta medida es ampliar el margen de libertades y restringir a lo necesario el uso de la prisión preventiva”.

Es cierto, que los delitos que tienen una mayor penalidad son considerados más graves que otros, pero la disposición actual permite como regla general, el otorgamiento de esta forma de libertad provisional y la ley penal correspondiente de cada entidad federativa y la que rige en el ámbito federal, expresan claramente cuales delitos no dan lugar a la libertad caucional en atención a su gravedad. Esto hace posible por ejemplo que si una legislación contempla con un delito con una penalidad media de seis años, pero el legislador no estima que sea lo suficientemente grave para evitar la concesión de la libertad caucional, podrá ésta otorgarse independientemente de que la pena esté por encima del término medio que tradicionalmente se había considerado como indicador para conceder o no esta forma de liberación.

Es conveniente indicar que estos conceptos tienen vigencia a partir del 3 de septiembre de 1994, ya que el párrafo primero de la fracción I del artículo 20 entró en vigor en esta fecha. La decisión de disponer de esta *vacatio legis* de un año tuvo por objeto permitir la adecuación de las legislaciones locales y durante dicho periodo rige el texto referente al término medio aritmético de cinco años y los

⁵⁹ ZAMORA PIERCE, Jesús. “Garantías y Proceso Penal”, 9ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998, p. 168

demás aspectos contenidos en el ya mencionado párrafo primero, según la redacción anterior a la reforma de septiembre de 1993.

Para otorgar la libertad provisional bajo caución, además de que esta no esté expresamente prohibida por la ley, el juez deberá verificar que se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que, en su caso, puedan imponerse al inculpado. Esto significa que el juez debe estimar el monto del daño causado, tanto el material como el moral, y para ello podrá auxiliarse de peritos y considerar el nivel máximo de la multa imponible a fin de garantizar que se cubrirá a la víctima la reparación del daño y se hará efectiva la sanción en dinero que señale la ley.

El párrafo segundo de dicha reforma introdujo un elemento de juicio adicional para fijar la caución, el cual se relaciona con las condiciones del inculpado y señala que el monto y la forma de aquélla deberán ser "asequibles" a este. Tal condición impuesta por el constituyente puede resultar en algunos casos, contradictoria de lo previsto en el párrafo primero. Este, como hemos visto, da reglas bien precisas para determinar el monto de la caución, abstracción hecha de la capacidad económica de quien deba cubrirla, ya que esto último es lo que significa el término asequible usado en el párrafo segundo, es decir, que esté razonablemente al alcance del inculpado la cobertura correspondiente según sus condiciones económicas.

Podría alegarse que la solución estaría en la aplicación del principio in dubio pro reo y que en consecuencia el juez debe atender primero a la capacidad económica de este y no al monto que resulta de la aplicación de la regla del párrafo primero. Sin embargo, el propio artículo en su último párrafo consagra como derecho de la víctima la satisfacción de la reparación del daño y, por otro lado, en la parte final del párrafo segundo se prevé que el monto de la caución inicial, que debe entenderse como aquella que fija el juez en un primer momento, basado en el párrafo primero, puede ser disminuida "en circunstancia que la ley

determine". Este criterio adicional constituye una complicación, ya que cabe preguntarse si el constituyente quiere dejar al juez la apreciación del monto en función de la capacidad económica del inculpado o, como lo dice expresamente, prefiere que sea el legislador el que determine las circunstancias en las cuales el juez podrá reducir la cantidad inicialmente fijada.

Debe considerarse, pues, que el monto se establecerá en razón de las reglas dispuestas en el párrafo primero, ya que no se trata de la aplicación definitiva de una pena en la que tendría que imperar el in dubio pro reo, sino de una medida precautoria tendente a sujetar al inculpado a someterse a la acción de la justicia y proteger el derecho de la víctima a ver el daño reparado.

En todo caso, la forma de la caución es lo que deberá atender a las circunstancias personales del inculpado de manera que el juez no solicite, por ejemplo, un depósito en efectivo a quien sabe que no dispone de dinero, sino que facilite formas, como la fianza, prenda o hipoteca.

La ley por otro lado, deberá prever las circunstancias de personas de escasos recursos en las que el juez, motivando su determinación, reduzca el monto de la garantía. La disminución de la caución queda sujeta a requisitos establecidos en la ley a fin de resolver el conflicto entre el interés de la víctima y el derecho del inculpado. Al respecto es muy orientador el texto del dictamen producido en la Cámara de Diputados en relación con este punto: *"Sin embargo, en aquellos casos en que exista un conflicto grave 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 las características del 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".*⁶⁰

En Conclusión, el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, precisamente en sus artículos 319 y 325, en aras de adecuar las reformas hechas al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estableció restricciones a la garantía de libertad provisional bajo caución, al señalar que la garantía para reparar el daño debe hacerse mediante depósito en efectivo, lo anterior para favorecer los intereses de la víctima u ofendido por un delito, sin considerar que dicha disposición vulnera las garantías individuales de la persona sujeta a procedimiento penal.

5.2. PROBLEMÁTICA ECONÓMICA PARA EL PROCESADO.

La caución, es una garantía económica 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, con independencia de otras medidas de seguridad que se dicten.

El monto caucional, debe de establecer el equivalente de las sanciones pecuniarias y las garantías que se exijan, para dar la seguridad de que se han de cumplir con las obligaciones procesales que imponga el juzgador, al procesado.

El artículo 319 del Código de procedimientos Penales para el Estado de México, en vigor, establece la obligación de caucionar el cumplimiento de la

⁶⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA, *ibidem* p. 94

reparación del daño, de las sanciones pecuniarias, y de las obligaciones procesales a su cargo.

El artículo 324 del mismo ordenamiento prevé que el monto de la caución debe de determinarse teniendo presente:

- a) Los antecedentes del inculpado;
- b) La gravedad y circunstancias del delito imputado;
- c) El mayor o menor interés que pueda tener el inculpado en sustraerse a la acción de la justicia;
- d) Sus condiciones económicas;
- e) La naturaleza de la garantía que se fije; y
- f) En su caso, la satisfacción previa de la garantía del monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que puedan imponérsele.

Los elementos descritos, deben de evaluarse en su conjunto para fijar la caución. Si el monto caucional se resuelve por la gravedad del delito, sin tomar en cuenta la situación económica del acusado al momento de delinquir, ello es violatorio de garantías individuales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado Jurisprudencia en estos términos.

SITUACIÓN ECONÓMICA 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.*

Tesis visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1965, segunda parte, primera sala, bajo el No. 276, pág. 550.

El artículo 403 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece la Obligación Procesal del inculpado o su defensor de indicar la manera que ha de garantizarse la caución. El no establecer forma de garantía da 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.

No obstante lo anterior, los artículos 319 y 325 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en vigor, contrarían tal disposición al establecer lo siguiente:

"Art. 319. Desde el momento en que quede a disposición del órgano jurisdiccional, 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, se observarán las disposiciones establecidas en el Código Penal.

II. Que garantice las sanciones pecuniarias, fijándose al efecto el medio aritmético de la que corresponda al delito;

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

IV. Que no se trate de alguno de los delitos señalados como grave en la ley penal.

La garantía a que se refiere la fracción I debe ser siempre mediante depósito en efecto, y las señaladas en las fracciones II Y III podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.⁶¹

En lo que respecta a monto y forma de la caución, el texto constitucional fija una regla que pretende poner ese beneficio, en la realidad, al alcance del inculpado: que sean asequibles a este. Asequible es "lo que puede conseguirse o alcanzarse". Si se quiere hacer de la libertad provisional bajo caución habida cuenta del hipotético supuesto de inocencia que sigue al inculpado, desde la sospecha hasta la sentencia un verdadero derecho a favor de aquel, y no apenas una declaración ilusoria o un favor impracticable, es preciso que el Tribunal ajuste los términos de la garantía a las posibilidades del inculpado.

En el supuesto de que resulte materialmente imposible que el inculpado constituya una garantía por determinado monto, como lo exige la reparación de daños y perjuicios probados, no obstante que despliegue el "máximo esfuerzo" debe prevalecer el acceso a la libertad provisional, como garantía preferente sobre la reparación de daños y perjuicios, garantía secundaria, porque aún no es posible asegurar formalmente, dado que no hay sentencia, la responsabilidad penal del reo.

5.3. SITUACIÓN JURÍDICA DEL OFENDIDO.

El ofendido según Sergio García Ramírez es la sociedad o el individuo que miran dañados o puestos en peligro sus intereses y sus derechos, el mismo textualmente señala que: *"pueden ser ofendidos, y lo son de jure y de facto, la sociedad que se ve agraviada o amenazada por el hecho punible, y el individuo –o los individuos- y la persona colectiva- o las personas colectivas- que miran dañados o puestos en peligro sus intereses y sus derechos"*.⁶²

⁶¹ Legislación Penal Procesal Para el Estado de México. Ob. Cit. P.202.

⁶² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "Temas y Problemas de Justicia Penal", 1ª. Ed. Ed. Seminario de Cultura, México, 2000, p 19

Alguna de las más recientes novedades jurídicas para favorecer al ofendido, establecen la convergencia de su interés con el interés del inculpado, en este sentido, podemos llamar figuras de convergencia a los casos en que el ejercicio de un derecho del inculpado se encuentra subordinado a, o vinculado con la garantía de un interés jurídico del ofendido. Así se alienta la satisfacción de la víctima mediante prohibiciones, limitaciones o condiciones que pesan sobre derechos del procesado o del condenado.

Aquí fue necesaria la formulación de requisitos más razonables y practicables, a fin de no impedir el acceso del reo a beneficios recomendables por una política criminal avanzada, como son la libertad provisional, antídoto de la cárcel preventiva, y las medidas en libertad y la prelibertad, antídoto de la prisión punitiva.

En este orden de cosas, el otorgamiento de la libertad provisional con garantía patrimonial se vinculó a la existencia de una caución que asegure el resarcimiento del daño y, más recientemente, del perjuicio. Así se hizo, con creciente y hasta excesiva amplitud en las normas sobre libertad caucional contenidas en la fracción I del Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por ello se ha dicho que esta norma no sólo consagra una garantía del inculpado, sino también una del ofendido. La observación, que algunos elevaron para impugnar ese precepto porque iba más allá de su propósito, se dijo, y sujeto la libertad de uno a la seguridad del otro, contribuye más bien a destacar el acierto de la ley suprema, que fija una garantía de doble vertiente.

En las otras formas de libertad provisional que recoge el derecho mexicano se ignora el interés del ofendido. Tales son los casos de libertad bajo protesta y de la libertad sin garantía.

La tutela al ofendido se vio reducida en la medida en que se abrió el ámbito de aplicación de la libertad bajo protesta y se creó una posible liberación sin garantía alguna, a costa de la aplicabilidad de la libertad caucional. El reformador preocupado con razón por la suerte del inculpado, no ha tomado en cuenta la suerte del ofendido, que no debió desdeñar.

También hay figuras de convergencias de intereses en el momento de la sentencia y en la etapa de ejecución de la condena. Aquél es el caso de los sustitutivos de la pena privativa de libertad, porque la sustitución solo opera cuando se garantiza la reparación de daños y perjuicios. Otro tanto ocurre en la Institución sustitutiva por excelencia, la condena condicional o suspensión condicional de la ejecución de la condena. En la fase ejecutiva, se condiciona igualmente el otorgamiento de la libertad preparatoria y de la remisión de la pena.

En este punto hay que tomar en cuenta el compromiso que significó la primera reforma penal amplia al Código de 1931, realizada en 1971. se necesitaba favorecer la libertad del sentenciado a través de la condena condicional y la libertad preparatoria, y también era necesario que en esas mismas circunstancias se procurase asegurar la satisfacción jurídica del ofendido. Se obtenía esto, pero no aquello en un medio donde son numerosos los reos insolventes, cuando se exigía del solicitante de libertad la constitución de una garantía patrimonial en el estricto sentido de la palabra.

Por otro lado, se sostuvo la idea de que el respeto de los intereses legítimos del ofendido es un dato que expresa la readaptación social, concepto que, a su vez, determina la libertad preparatoria y la remisión de la pena. Se trata, obviamente, de puntos discutibles, pero en todos los casos esas normas y esos criterios obedecieron a la idea de mejorar la suerte del ofendido

Al respecto, hay que señalar, que existe una similitud de derechos del ofendido con los derechos del inculpado, en el sentido de que las mejoras de la

situación jurídica del procesado son obra de la ley secundaria, no de la constitución misma, de que la declaración constitucional de derechos solo contiene el catalogo mínimo de las garantías del individuo, pero de ningún modo el catalogo máximo. Por ende, las leyes subordinadas a la Constitución pueden ampliar los derechos del inculpado, sin necesidad de que previamente se reforme la Constitución para reconocer nuevas garantías.

Lo que aconteció en el caso del inculpado ha ocurrido también en el del ofendido. Hasta antes de 1993, la posición jurídica de éste avanzo en la legislación secundaria. En la norma Constitucional se protegió al ofendido a través de las disposiciones sobre garantía patrimonial de la libertad provisional, que establecieron la garantía de doble vertiente a la que antes nos hemos referido. En 1993 se abrió paso la idea de establecer en la Ley suprema un número de derechos del ofendido. Algunos de estos implican prestaciones inmediatas del Estado. Otros aparejan la creación de condiciones que permitan, a la postre, la satisfacción de esos derechos.

Algunos derechos del ofendido que se plasmaron en las reformas fue el derecho de la víctima a recibir asesoría jurídica, al respecto el autor Eduardo Andrade Sánchez señala: *"Ni en la exposición de motivos, ni en el dictamen de la iniciativa se alude al contenido de este concepto. Es evidente que si el Ministerio Público, al actuar en defensa de la sociedad lo hace también a favor de la víctima, la asesoría jurídica puede comprender la participación de abogados que actúen ante el propio juez de manera paralela al Ministerio Público, en una función que vaya más allá de la coadyuvancia tradicional y se convierta realmente en coparticipación; ello permitiría que el Ministerio Público vea disminuidas sus cargas de trabajo en relación con víctimas que pueden costearse una defensa por sí mismas".*⁶³

⁶³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA, Ob. Cit. p. 660

En tal situación, las garantías o derechos que la Constitución reconoce al ofendido son garantías mínimas, como en el supuesto del inculpado en todos los supuestos de tutela jurídica de particulares, que la Ley secundaria puede extender indefinidamente. Vale decirlo, para salir al paso de discusiones desconcertantes como las que se plantearon cada vez que el legislador secundario añadió derechos a los previstos por la Constitución, como sucedió en los casos de libertad provisional, defensa y auto de formal prisión, entre otros.

Sería absurdo pretender que nuevas mejoras en la situación del ofendido requerirían, en lo sucesivo de una reforma constitucional. Tal vez por ello el poder revisor de la Constitución creyó adecuado decir al cabo del artículo 20, una vez enumerado los derechos específicos que la Ley suprema reconoce al ofendido que éste tendrá también "los demás que señalen las leyes." Ahora bien, es obvio que el ofendido puede tener otros derechos, y que estos serán estipulados en Leyes. Sería curioso que el artículo 20 dijera, a propósito del inculpado, lo que dice acerca del ofendido, esto es, que aquél también tendrá los demás derechos que las Leyes le atribuyan.

Hay que señalar que ente los derechos del ofendido los hay los que son exigibles al Estado en forma inmediata y directa, en tanto que otros implican una contrapartida diferente. Esto lleva a replantear el sentido de los preceptos constitucionales: algunos como normas jurídicas en el más riguroso e inmediato sentido de la palabra, creadoras de derechos oponibles a obligados concretos, que a su turno tienen deberes precisos, directos, frente al derechohabiente; otros, como disposiciones programáticas que señalan grandes objetivos generales u obligan a establecer determinadas condiciones y medios en bien de los sujetos cuyos derechos proclama la norma.

En relación con lo anterior, hay que señalar que la libertad provisional constituye una garantía para el inculpado; la negativa, una garantía para el ofendido y la sociedad. La disposición constitucional, en consecuencia, es una

medalla de doble faz: una tutela al inculpado; otra, al ofendido y a la sociedad. Aquí se muestra muy claramente, la colisión de intereses y la necesidad de resolverla con equilibrio.

En tal situación, no parece posible que el ofendido inste la negativa de libertad: la constitución no le confiere tal derecho, y si la ley secundaria se lo otorgase, estaría creando una desventaja para el inculpado sin asidero constitucional. En cambio, parece pertinente que el ofendido sea convocado al procedimiento o solicite su acceso a él, una vez propuesta la negativa por el Ministerio Público, para que aduzca y demuestre lo que a su interés convenga.

No obstante lo anterior, es decir que la Ley Secundaria puede ampliar los derechos del ofendido, ya que la Constitución General de la República señala el mínimo de derechos, hay que aclarar y destacar que esto puede ser posible jurídicamente siempre y cuando el espacio para la ampliación este disponible, es decir que no se invadan derechos de tercero, en este caso del inculpado.

Es aplicable a lo anterior, la siguiente tesis jurisprudencial:

“LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL HECHO DE QUE EL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA ESTABLEZCA MENORES REQUISITOS PARA OBTENERLA, QUE LOS SEÑALADOS EN EL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO LO HACE VIOLATORIO DE ÉSTA, PUES RESULTA MÁS FAVORABLE AL PROCESADO.

Si bien el precepto citado en primer término al referirse a la libertad provisional del inculpado y, específicamente, a la caución correspondiente, únicamente considera para acceder a dicho beneficio la reparación del posible daño causado y el cumplimiento de las obligaciones procesales de aquél, ello no implica que deba considerarse contrario a la Carta Magna. Esto es, el artículo 20, fracción I, constitucional obliga al juzgador a tener en consideración para fijar el monto de la garantía, 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

*y la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado; lo que significa que son menores los requisitos previstos en el artículo 122 del código indicado, no resultando éste inconstitucional por ello, puesto que resulta más favorable al procesado facilitándose la obtención de la libertad provisional y limitándose, por ende, la restricción de la garantía de libertad por la autorización de la prisión preventiva.*⁶⁴

2a. LXXXVIII/2000

Amparo en revisión 532/2000.-16 de junio del año 2000.-Cinco votos.-Ponente: Mariano Azuela Gúitrón.-Secretaria: Lourdes Minerva Cifuentes Bazán.

Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Epoca: Novena Epoca. Tomo XII, Agosto del 2000. Tesis: 2a. LXXXVIII/2000 Página: 366. Tesis Aislada.

5.4. EL AMPARO INDIRECTO COMO FORMA DE IMPUGNAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE GARANTIZAR LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EFECTIVO.

La acción constitucional se ejercita ante un Juez de Distrito cuando los actos de autoridad que se reclamen no sean sentencias definitivas o laudos laborales definitivos.

El artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala cuando es procedente el juicio de amparo, el que textualmente establece:

“Artículo 107.- Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

I.- El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada;

⁶⁴ CD-ROOM. JURISCONSULTA 2004. "Jurisprudencia y Tesis Aisladas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1917-2004". Enterprise Software.

II.- La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de esta Constitución.

Cuando se reclamen actos que tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos o a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o a los ejidatarios o comuneros, deberán recabarse de oficio todas aquellas pruebas que puedan beneficiar a las entidades o individuos mencionados y acordarse las diligencias que se estimen necesarias para precisar sus derechos agrarios, así como la naturaleza y efectos de los actos reclamados.

En los juicios a que se refiere el párrafo anterior no procederán, en perjuicio de los núcleos ejidales o comunales, o de los ejidatarios o comuneros, el sobreseimiento por inactividad procesal ni la caducidad de la instancia, pero una y otra si podrán decretarse en su beneficio. Cuando se reclamen actos que afecten los derechos colectivos del núcleo tampoco procederán el desistimiento ni el consentimiento expreso de los propios actos, salvo que el primero sea acordado por la Asamblea General o el segundo emane de ésta.

III.- Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:

a) Contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo; siempre que en materia civil haya sido impugnada la violación en el curso del procedimiento mediante el recurso ordinario

establecido por la ley e invocada como agravio en la segunda instancia, si se cometió en la primera.

Estos requisitos no serán exigibles en el amparo contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten al orden o a la estabilidad de la familia;

b) Contra actos en el juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera del juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan, y

c) Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio.

(...)

XII.- La violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 se reclamará ante el superior del tribunal que la cometa, o ante el juez de Distrito o Tribunal Unitario de Circuito que corresponda, pudiéndose recurrir, en uno y otro caso, las resoluciones que se pronuncien, en los términos prescritos por la fracción VIII.

Si el juez de Distrito o Tribunal Unitario de Circuito no residieren en el mismo lugar en que reside la autoridad responsable, la ley determinará el juez o tribunal ante el que se ha de presentar el escrito de amparo, el que podrá suspender provisionalmente el acto reclamado, en los casos y términos que la misma ley establezca....”⁶⁵

⁶⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Ob. Cit., P. 37

El artículo 114 de la Ley de Amparo, al establecer los casos de procedencia del juicio indirecto de garantías, no hace sino desenvolver el consabido principio en los supuestos previstos en sus distintas disposiciones.

El citado artículo textualmente señala:

"ARTÍCULO 114.- El amparo se pedirá ante el juez de Distrito:

I.- Contra leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional, reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, u otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación, causen perjuicios al quejoso;

II.- Contra actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.

En estos casos, cuando el acto reclamado emane de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo sólo podrá promoverse contra la resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento, si por virtud de estas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso o privado de los derechos que la ley de la materia le conceda, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la controversia.

III.- Contra actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo ejecutados fuera de juicio ó después de concluido.

Si se trata de actos de ejecución de sentencia, solo podrá promoverse el amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, pudiendo reclamarse en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante ese procedimiento, que hubieren dejado sin defensa al quejoso.

Tratándose de remates, sólo podrá promoverse el juicio contra la resolución definitiva en que se aprueben o desapruében.

IV.- Contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación;

V.- Contra actos ejecutados dentro o fuera de juicio, que afecten a personas extrañas a él, cuando la ley no establezca a favor del afectado algún recurso ordinario o medio de defensa que pueda tener por efecto modificarlos o revocarlos o revocarlos, siempre que no se trate del juicio de terceraía;

VI. Contra leyes o actos de la autoridad federal o de los Estados, en los casos de las fracciones II y III del artículo 1º. De esta ley.

VII. Contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento”.⁶⁶

En el caso que nos ocupa, como lo es la negativa del Ministerio Público o del Juez, según sea el caso, a otorgar la libertad provisional bajo caución al indiciado o procesado, le ocasiona un daño de imposible reparación, por lo que el amparo se pide con fundamento en la fracción IV del artículo anteriormente mencionado.

Interpretando literalmente la fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo y el inciso b de la fracción III del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se observa que el factor determinante de la impugnabilidad en vía de amparo de una resolución que se dicte dentro de juicio, sin que el agraviado deba esperar a que en éste se pronuncie el fallo definitivo, consiste en la irreparabilidad material que su ejecución pueda tener sobre las personas o las cosas. En otras palabras de acuerdo con los términos en que está

⁶⁶ AGENDA DE AMPARO. 7ª. Ed. Ediciones Fiscales ISEF, enero 2004. p. 38

concebida la fracción IV del artículo 114, el amparo indirecto es procedente para evitar que, por un acto judicial, se produzcan situaciones físicamente irreparables para las partes o para los bienes materia de controversia.

En los casos en que un acto dentro de juicio tenga una ejecución que sea de imposible reparación, el amparo indirecto que contra él se enderece, necesariamente debe tener efectos preventivos para impedir dicha ejecución, pues de lo contrario, consumada esta, la acción constitucional sería improcedente, por la imposibilidad de que se realice su objeto, consistente en volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación.

En atención a lo anterior, es necesario definir lo que se entiende por actos de imposible reparación, al respecto el doctor Burgoa señala lo siguiente: "Por nuestra parte, estimamos que teóricamente el concepto de "reparabilidad imposible" de un acto dentro de juicio, se puede forjar atendiendo a la circunstancia fundamental de si éste o sus consecuencias procesales, es decir, su cumplimiento, pueden ser invalidados dentro del propio procedimiento, por virtud de una resolución que dicte la misma autoridad ante la cual se desarrolla la secuela procesal o su superior jerárquico, mediante la decisión de un recurso o medio de defensa legalmente establecido. Por ende cuando un acto dentro de juicio no sea susceptible de invalidarse en los términos anteriormente indicados, de tal manera que al afectado se le causen agravios no reparables en la resolución definitiva que en el procedimiento correspondiente se dicte, consideramos que el amparo directo o bi-instancial es procedente, en tal caso, con fundamento en la fracción IV del artículo 114. En otras palabras, si dicha resolución definitiva no puede, por su propia índole, ocuparse de la cuestión a que un acto procesal se contraiga, éste ostentará el carácter de irreparable"⁶⁷

⁶⁷ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "El juicio de Amparo", 36ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, P 638.

Al respecto, es pertinente señalar lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación define como actos de ejecución de imposible reparación, transcribiendo las siguientes tesis jurisprudenciales:

ACTOS DE IMPOSIBLE REPARACION. PROCEDIMIENTO JUDICIAL.

Los actos irreparables revisten la característica de que la afectación que produzcan dentro del procedimiento judicial trascienda a los derechos fundamentales tutelados por las garantías individuales del quejoso y no que solamente tengan una consecuencia simplemente procesal, para de ahí determinar la ejecución de imposible reparación a que se refiere la fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo. Luego, no basta que un determinado proveído y la posible violación que en él se cometa en juicio ya no sean materia de la sentencia que en dicho procedimiento se dicte, sino que es necesario, además, que tal cuestión afecte inmediata y directamente los derechos fundamentales protegidos por las garantías individuales que la ley suprema tutela en favor del quejoso, para que sea susceptible de impugnación mediante el juicio de amparo indirecto; por tanto, mientras los actos dictados en el procedimiento judicial no produzcan una afectación tal, sino que sólo entrañen una nueva posibilidad de hacerlo al resolverse la controversia (en la medida en que influyen para que el fallo sea adverso a los intereses del agraviado) se estará en presencia de una afectación a derechos adjetivos, que sólo producen por regla general, efectos de carácter formal o intraprocesal".⁶⁸

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 355/92. Francisco Camilo Flores Bonilla. 18 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

Amparo en revisión 122/92. Pinturama Nacional, S. A. 24 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

Amparo en revisión 536/91. Banco de Oriente, S. A. 26 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

⁶⁸ CD-ROOM JURISCONSULTA 2004. Ob. Cit.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo XI-Marzo. Tesis: Página: 201. Tesis Aislada.

“EJECUCION IRREPARABLE, ACTOS DE (INTERPRETACION DEL ARTICULO 107, FRACCION III, INCISO B; CONSTITUCIONAL).

En la legislación constitucional y secundaria que rige actualmente la procedencia del juicio de amparo contra actos de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, la correcta interpretación del artículo 107, fracción III, inciso b), de la Carta Magna, conduce a determinar que los actos procesales tienen una ejecución de imposible reparación, si sus consecuencias son susceptibles de afectar inmediatamente alguno de los llamados derechos fundamentales del hombre o del gobernado, que tutela la Constitución por medio de las garantías individuales, como la vida, la integridad personal, la libertad en sus diversas manifestaciones, la propiedad, etc., porque esta afectación o sus efectos, no se destruyen fácticamente con el solo hecho de que quien la sufre obtenga una sentencia definitiva favorable a sus pretensiones en el juicio. Los actos de ejecución reparable no tocan por sí tales valores, sino que producen la posibilidad de que ello pueda ocurrir al resolverse la controversia, en la medida en que influyan para que el fallo sea adverso a los intereses del agraviado. El prototipo de los primeros está en la infracción de los derechos sustantivos, en razón de que éstos constituyen especies de los que la Ley Fundamental preserva al gobernado como géneros. El supuesto de los segundos, se actualiza esencialmente respecto de los denominados derechos adjetivos o procesales, que sólo producen efectos de carácter formal o intraprocesal, e inciden en las posiciones que van tomando las partes dentro del procedimiento, con vista a obtener un fallo favorable, por lo que, cuando se logra este objetivo primordial, tales efectos o consecuencias se extinguen en la realidad de los hechos, sin haber originado afectación alguna a los derechos fundamentales del gobernado y sin dejar ninguna huella en su esfera jurídica. El diverso concepto de irreparabilidad que se ha llegado a sostener, que se hace consistir en la imposibilidad jurídica de que la violación procesal de que se trate pueda ser analizada nuevamente al dictar la sentencia definitiva, no se considera admisible, dado que contraría la sistemática legal del juicio de garantías, en cuanto que si se sigue al pie de la letra ese concepto, se llegaría a sostener que todos los actos de procedimiento son reclamables en el amparo indirecto, ya que los principios procesales de preclusión y firmeza

de las resoluciones judiciales impiden que las actuaciones que causen estado puedan revisarse nuevamente en una actuación posterior, y esta apertura a la procedencia general del amparo indirecto judicial, pugna con el sistema constitucional que tiende a delimitarlo para determinados momentos solamente; además de que la aceptación del criterio indicado, traería también como consecuencia que hasta las violaciones procesales que únicamente deben impugnarse en el amparo directo fueran reclamables en el indirecto a elección del agraviado, aunque no fueran susceptibles de afectar inmediatamente las garantías individuales, lo que evidentemente no es acorde con la sistemática del juicio constitucional; y por último, desviaría la tutela del amparo hacia elementos diferentes de los que constituyen su cometido, contrariando sus fines y su naturaleza, al ensanchar indebidamente su extensión. A guisa de ejemplos de los actos procesales que tienen una ejecución de imposible reparación, vale la pena citar el embargo, la imposición de multas, el decreto de alimentos provisionales o definitivos, el arresto, el auto que ordenara la interceptación de la correspondencia de una de las partes en las oficinas de correos, el que conminara a una parte para que forzosamente desempeñe un trabajo, el arraigo, etc., pues en los primeros tres casos se pueden afectar las propiedades y posesiones, en el cuarto la libertad personal, en el quinto el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, en el sexto la libertad de trabajo, y en el séptimo la de tránsito; y ninguna de estas afectaciones se podrá reparar en una actuación posterior en el juicio, ya que, verbigracia, en el caso del embargo, el derecho al goce, uso y disfrute de los bienes secuestrados, de que se priva por el tiempo que se prolongue la medida, no se restituye mediante el dictado de una sentencia definitiva favorable, aunque se cancele el secuestro y se devuelvan los bienes; el goce y disponibilidad del numerario pagado por concepto de multa no se puede restituir en el procedimiento; la libertad personal tampoco; la correspondencia interceptada ya no podrá volver a su secreto, etc., y en todos estos supuestos, la posible violación de garantías individuales subsistiría irremediablemente en unos, y en otros se haría cesar hacia el futuro únicamente hasta que se emitiera la sentencia definitiva".⁶⁹

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL
PRIMER CIRCUITO.

Octava Época:

Amparo en revisión 304/88. Lisette Merino de Itubarry. 28 de abril de 1988. Unanimidad de votos.

⁶⁹ CD-ROOM JURISCONSULTA 2004. ob cit.

Amparo en revisión 429/88. Guillermo Amado Molina Gómez. 28 de abril de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 439/88. María Concepción T. de Muñoz. 4 de mayo de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 529/88. Foreign Credit Insurance Association. 12 de mayo de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 539/88. Oscar J. Osorio Pérez. 19 de mayo de 1988. Unanimidad de votos.

NOTA:

Tesis I.4o.C.J/2, Gaceta número 2-6, pág 104; Semanario Judicial de la Federación, tomo I, Segunda Parte-2, pág. 827.

Véase: Contradicción de tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 3/89, J/3a. 41 27/89, Octava Epoca del Semanario Judicial de la Federación Tomo IV, Primera Parte, pág. 278, rubro: "AMPARO DIRECTO. CUANDO PROCEDE RESPECTO DE VIOLACIONES PROCEDIMENTALES".

"EJECUCION DE IMPOSIBLE REPARACION. ALCANCES DEL ARTICULO 107, FRACCION III, INCISO B), CONSTITUCIONAL.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 107, fracción III, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos procede el amparo indirecto "Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación...". El alcance de tal disposición, obliga a precisar que los actos procesales tienen una ejecución de imposible reparación, si sus consecuencias son susceptibles de afectar directamente alguno de los llamados derechos fundamentales del hombre o del gobernado que tutela la Constitución por medio de las garantías individuales, porque la afectación o sus efectos no se destruyen con el solo hecho de que quien la sufre obtenga una sentencia definitiva favorable a sus pretensiones en el juicio. Por el contrario no existe ejecución irreparable si las consecuencias de la posible violación se extinguen en la realidad, sin haber originado afectación alguna a los derechos fundamentales del gobernado y sin dejar huella en su esfera jurídica, porque tal violación es susceptible de ser reparada en amparo directo"⁷⁰

Octava Epoca:

⁷⁰ CD-ROOM. JURISCONSULTA 2004. ob. Cit.

Contradicción de tesis 3/89. Entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado de la misma Materia y Circuito. 13 de noviembre de 1989. Cinco votos.

NOTA:

Tesis 3a./J.43 (número oficial 29/89), Gaceta número 22-24, pág. 59; Semanario Judicial de la Federación, tomo IV, Primera Parte, pág. 291; Informe 1989, Parte II, con la tesis número 16, localizable en la página 81.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Epoca: Octava Epoca. Tomo VI, Parte SCJN. Tesis: 232 Página: 157. Tesis de Jurisprudencia.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Apéndice de 1995. Epoca: Octava Epoca. Tomo VI, Parte TCC. Tesis: 774 Página: 523. Tesis de Jurisprudencia.

EJECUCION IRREPARABLE. SE PRESENTA, PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL AMPARO INDIRECTO CONTRA ACTOS DENTRO DEL JUICIO, CUANDO ESTOS AFECTAN DE MODO DIRECTO E INMEDIATO DERECHOS SUSTANTIVOS.

*El artículo 114 de la Ley de Amparo, en su fracción IV previene que procede el amparo ante el juez de Distrito contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación, **debiéndose entender que producen "ejecución irreparable" los actos dentro del juicio, sólo cuando afectan de modo directo e inmediato derechos sustantivos consagrados en la Constitución, y nunca en los casos en que sólo afectan derechos adjetivos o procesales,** criterio que debe aplicarse siempre que se estudie la procedencia del amparo indirecto, respecto de cualquier acto dentro del juicio.*

Octava Epoca:

Contradicción de tesis 47/90. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Cuarto en Materia Civil del Primer Circuito. 9 de enero de 1992. Mayoría de dieciséis votos

NOTA:

Tesis P./J.24/92, Gaceta número 56, pág. 11; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo X-Agosto, pág. 5.

Instancia: Pleno. Fuente: Apéndice de 1995. Epoca: Octava Epoca. Tomo VI, Parte SCJN. Tesis: 244 Página: 164. Tesis de Jurisprudencia.

Como se observa de las anteriores tesis transcritas el juicio de amparo bi-instancial, permite obtener los beneficios de la libertad caucional; se rige por los dictados del artículo 20, fracción I Constitucional.

Para mayor ilustración se transcriben los artículos 1º y 136 de la Ley de Amparo que hablan al respecto:

"ART. 1º. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales".

"ART. 136. Si el acto reclamado afecta la libertad personal, la suspensión sólo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de Distrito únicamente en cuanto a ella se refiera, quedando a disposición de la autoridad que deba juzgarlo, cuando el acto emane de un procedimiento del orden penal por lo que hace a la continuación de este. ... Cuando el acto reclamado consista en la detención del quejoso efectuada por autoridades administrativas distintas del Ministerio Público como probable responsable de algún delito, la suspensión se concederá, si procediere, sin perjuicio de que sin dilación sea puesto a disposición del Ministerio Público, para que este determine su libertad o su retención dentro del plazo y en los términos que el párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional lo permite, o su consignación. ... De consistir el acto reclamado en detención del quejoso efectuada por el Ministerio Público, la suspensión se concederá y desde luego se pondrá en inmediata libertad, si del informe previo que rinda la autoridad responsable no se acreditan con las constancias de la averiguación previa la flagrancia o la urgencia, o bien si dicho informe no se rinde en el término de veinticuatro horas. De existir flagrancia o urgencia se prevendrá al Ministerio Público para que el quejoso sea puesto en libertad o se le consigne dentro del término de cuarenta y ocho horas o de noventa y seis horas según sea

el caso, a partir de su detención, ... Si se concediere la suspensión en los casos de órdenes de aprehensión, detención o retención, el juez de Distrito dictará las medidas que estime necesarias par el aseguramiento del quejoso , a efecto de que pueda ser devuelto a la autoridad responsable en caso de no concedérsele el amparo. Cuando la orden de aprehensión, detención o retención, se refiera a delito que conforme a la Ley no permita la libertad provisional bajo caución, la suspensión sólo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del Juez de Distrito en el lugar en que éste señale, únicamente en lo que se refiere a su libertad personal, quedando a disposición de la autoridad a la que corresponda conocer del procedimiento penal para los efectos de su continuación... Cuando el acto reclamado consista en la detención del quejoso por orden de autoridades administrativas distintas del Ministerio Público, podrá ser puesto en libertad provisional mediante las medidas de aseguramiento para los efectos que expresa el párrafo anterior. ... En los casos en que la afectación de la libertad personal del quejoso provenga de mandamiento de autoridad judicial del orden penal o del Ministerio Público o de auto de prisión preventiva, el Juez dictará las mediadas adecuadas para garantizar la seguridad del quejoso y éste podrá ser puesto en libertad bajo caución conforme a la fracción I del artículo 20 Constitucional y a las Leyes federales o locales aplicables al caso, siempre y cuando el juez o tribunal que conozca de la causa respectiva no se haya pronunciado en esta sobre la libertad provisional de esa persona, por no habersele solicitado. ... La libertad bajo caución podrá ser revocada cuando incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del juicio de amparo o del procedimiento penal respectivo. ... Las partes podrán objetar en cualquier tiempo el contenido del informe previo. En los casos previstos en el artículo 204 de esta ley, se considerará hecho superveniente la demostración de la falsedad u omisión de datos en el contenido del informe y el juez podrá modificar o revocar la interlocutoria en que hubiese concedido o negado la suspensión; además, dará vista al Ministerio Público Federal para los efectos del precepto legal citado⁷¹

⁷¹ AGENDA DE AMPARO. Ob. Cit. p. 45

En el juicio de amparo, se puede plantear la procedencia de la libertad caucional de las siguientes formas: como acto de autoridad por la violación de la garantía, para que en la sentencia de fondo se resuelva sobre su constitucionalidad; o bien, solicitar sus beneficios como consecuencia de la suspensión del acto reclamado en el incidente suspensivo.

Según lo ordenan los artículos 107, fracción III, inciso b), de la Constitución y 114, fracción IV, de la Ley de Amparo, así como las tesis anteriormente mencionadas, contra la resolución que fije el monto y la forma para obtener la libertad provisional bajo caución procede el juicio de amparo indirecto.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto de la siguiente forma:

“LIBERTAD PROVISIONAL. CONTRA EL AUTO QUE SEÑALA, LA FORMA Y MONTO DE LA CAUCIÓN QUE DEBE OTORGAR EL INculpADO, PROCEDE EL AMPARO INDIRECTO.

*Cualquier acto, en relación con la restricción o privación de la libertad personal se traduce en una lesión, de manera cierta e inmediata, a ese derecho sustantivo que tutela la Constitución General de la República. En tal virtud, la resolución que fije el monto y la forma de la caución para obtener la libertad provisional (artículo 20, fracción I), produce una afectación que no puede ser modificada, revocada o nulificada, ni siquiera a través del dictado de una sentencia favorable. Por tanto, en contra de dicha resolución, por ser un acto dictado dentro del juicio que afecta directamente la libertad, procede en su contra el juicio de amparo indirecto, por ser un acto cuya ejecución es de imposible reparación, de acuerdo a los artículos 107, fracción III, inciso b), de la Constitución y 114, fracción IV, de la Ley de Amparo”.*⁷²

1a./J. 85/99

Contradicción de tesis 62/98.-Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito y el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito.-20 de octubre de 1999.-Unanimidad de cuatro votos.-Ausente: Juan N.

⁷² CD-ROOM JURISCONSULTA 2004. Ob. Cit.

Silva Meza.-Ponente: Juventino V. Castro y Castro.-Secretario: Teófilo Ángeles Espino.

Tesis de jurisprudencia 85/99.-Aprobada por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de veinte de octubre de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo X, Diciembre de 1999. Tesis: 1a./J. 85/99 Página: 79. Tesis de Jurisprudencia.

La resolución del juicio de Garantías se regirá por las disposiciones del artículo 20, fracción I de la Constitución; excluyéndose las disposiciones del juicio de amparo, pues lo que se va a determinar es si se ha violado o no la Constitución afectándose esa garantía del hombre.

Es importante señalar que las demandas de amparo que reclaman la validez del auto que niega o concede la libertad caucional por no cumplir con los requisitos del artículo 20-I Constitucional, son procedentes no obstante que no se agoten los recursos ordinarios, aunque con ello, se incumpla con el principio de definitividad que rige en materia de amparo, pues se esta en presencia de actos de autoridad que violan directamente garantías constitucionales.

Ahora bien, sin tener que agotar los recursos ordinarios, por no constituir una violación al principio de definitividad, se tiene derecho de acción en el juicio de amparo indirecto, para reclamar el monto y la forma de garantizar la caución, para gozar de la libertad provisional bajo caución.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado Jurisprudencia en tal sentido.

"LIBERTAD PROVISIONAL. EL AUTO QUE FIJA EL MONTO Y FORMA DE LA GARANTÍA PARA DISFRUTARLA CONSTITUYE UNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD Y PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO.

Si se reclama un auto que fija el monto y forma de la garantía para gozar del beneficio de la libertad caucional, solicitada con fundamento en la fracción I del artículo 20 constitucional, dicho acto constituye una excepción al principio de definitividad que se deriva de lo establecido en la fracción XII del artículo 107 de la Constitución General de la República y en el artículo 37 de la Ley de Amparo, toda vez que puede implicar una violación directa a la fracción I del artículo 20 de la Carta Magna; en tales condiciones, no es necesario agotar los recursos que las leyes ordinarias establecen, antes de acudir al juicio de garantías".⁷³

1a./J. 82/99

Contradicción de tesis 93/98.-Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito y los Tribunales Colegiado Primero del Sexto Circuito y Primero en Materia Administrativa y de Trabajo del Séptimo Circuito.-20 de octubre de 1999.-Unanimidad de cuatro votos.-Ausente: Juan N. Silva Meza.-Ponente: Juan N. Silva Meza; en su ausencia hizo suyo el asunto la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas.-Secretario: Germán Martínez Hernández.

Tesis de jurisprudencia 82/99.-Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veinte de octubre de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo X, Diciembre de 1999. Tesis: 1a./J. 82/99 Página: 92. Tesis de Jurisprudencia.

La demanda de amparo indirecto, debe cumplir con los requisitos que establece el artículo 116 de la ley de amparo, los cuales consisten en:

⁷³ CD-ROOM. JURISCONSULTA 2004. *ibidem*.

- I. El nombre y domicilio del quejoso y de quien promueve en su nombre;
- II. El nombre y domicilio del tercero perjudicado;
- III. La autoridad o autoridades responsables;
- IV. La ley o acto que de cada autoridad se reclame; el quejoso manifestará, bajo protesta de decir verdad, cuales son los hechos o abstenciones que le consten y que constituyen antecedentes del acto reclamado o fundamentos de los conceptos de violación;
- V. Los preceptos constitucionales que contengan las garantías individuales que el quejoso estime violadas, así como el concepto o conceptos de las violaciones, si el amparo se pide con fundamento en la fracción I del artículo 1º de la ley de amparo.

Por lo que se refiere a la suspensión, en este caso no se permite dada su naturaleza, tal y como se explica en el Manual del Juicio de Amparo, en el que se señala: *"Pero no todos los actos autoritarios permiten dada su naturaleza, que opere en cuanto a ellos la suspensión. Tales actos pueden ser positivos o negativos. Los primeros se traducen en una actuación, en una conducta activa, en un hacer o en un dar, actos estos que pueden ser suspendidos; en tanto que los segundos constituyen una abstención, una inacción, un cruzarse de brazos de la autoridad, actos que no son suspendibles, a menos que se considerara que la suspensión pueda tener la virtud de forzar a la autoridad a que actúe, consideración que sería errónea porque, además de ser contraria a la esencia de la suspensión (detener, paralizar; no impulsar, no imponer una actuación) el reconocerle ese alcance equivaldría a darle efectos restitutorios, de los que carece por ser éstos propios de la sentencia de fondo"*⁷⁴

⁷⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Manual del Juicio de Amparo, 2ª ed., Ed. Themis, México, 2000, p. 110.

En atención a lo anterior, si se solicita la suspensión del acto reclamado; en la suspensión provisional o definitiva, no se podrá brindar la libertad provisional porque ello equivaldría dejar sin materia al juicio de garantías.

Así lo ha resuelto la Suprema Corte de justicia de la Nación al decir:

*"LIBERTAD CAUCIONAL. Si el amparo versa sobre la negativa de la autoridad responsable, a otorgar al quejoso la libertad caucional a que cree tener derecho, es indebido que es el Juez de Distrito conceda dicha libertad, en el incidente de suspensión, porque tanto equivaldría como ha resolver en este el fondo del negocio".*⁷⁵

Sentencia de amparo visible en el tomo XX, pág, 1137, bajo el rubro: Barrios, Gabriel, Quinta época.

El único efecto jurídico de la suspensión provisional o definitiva, será que el quejoso quede a disposición del juez de distrito únicamente en lo que se refiere a su libertad personal para salvaguardar su integridad física, quedando a disposición de la autoridad que deba juzgarlo.

Por último, la defensa de la libertad personal aunque dé origen a demandas de amparo notoriamente improcedentes, no podrá motivar multas que sancionen al quejoso por su pretensión en apariencia excesiva; pues la libertad es el valor más sagrado del hombre y para salvaguardarla se autoriza el empleo de todo medio de defensa que la Ley prevea.

Una vez establecido lo anterior, se puede analizar el artículo 319 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México, el que textualmente señala:

⁷⁵ MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Ob. Cit. P. 233.

"Artículo 319. Desde el momento en que quede a disposición del órgano jurisdiccional, 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, se observarán las disposiciones establecidas en el código penal.*
- II. Que garantice las sanciones pecuniarias, fijándose al efecto el medio aritmético de la que corresponda al delito;*
- 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 constituido⁷⁶

El citado artículo establece como requisito para obtener la libertad provisional bajo caución exhibir en billete de depósito o en efectivo el monto caucional, contrariando los dictados del artículo 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al señalar que para garantizar la libertad provisional no debe exigirse que la caución sea exhibida en una forma determinada, porque ello resultaría discriminatorio y haría nugatorio el beneficio, ya que en los casos de que el inculcado no pudiera exhibir la caución en la forma requerida por el juzgador, aun cuando tuviera la posibilidad de garantizar sus obligaciones por otro medio distinto al exigido y permitido por la ley, no lo haría, lo cual es contrario al espíritu del legislador al establecer el término "asequible" en el precitado artículo

⁷⁶ LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL. Ob. Cit. p.201

constitucional, a continuación se transcribe una tesis jurisprudencial que hace referencia a lo anterior:

"LIBERTAD PROVISIONAL. PARA GARANTIZARLA NO DEBE EXIGIRSE QUE LA CAUCIÓN SEA EXHIBIDA EN UNA FORMA DETERMINADA.

Es incorrecto que el juzgador, al conceder la libertad provisional del inculcado, exija que la caución para garantizarla, sea exhibida en una forma específica, en virtud de que de una correcta interpretación del artículo 20, fracción I, párrafo segundo de nuestra Carta Magna, la caución debe ser "asequible" para el inculcado y en circunstancias que la ley determine, de donde se advierte que dicho precepto además de imponer la obligación al juzgador de que la caución que requiera el inculcado esté al alcance de éste, también ordena que para establecer las formas de exhibir esa garantía, se deben seguir las reglas contenidas en la ley secundaria, como es el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual en su artículo 562 contempla las diversas formas de garantizar la libertad, ya que señala que la caución podrá consistir: En depósito en efectivo, hipoteca, prenda, fianza personal o fideicomiso. De ahí que sea inaceptable que la exhibición de la caución se exija en una forma determinada, porque ello resultaría discriminatorio y haría nugatorio el beneficio, ya que en los casos de que el inculcado no pudiera exhibir la caución en la forma requerida por el juzgador, aun cuando tuviera la posibilidad de garantizar sus obligaciones por otro medio distinto al exigido y permitido por la ley, no lo haría, lo cual es contrario al espíritu del legislador al establecer el término "asequible" en el precitado artículo constitucional. Sin que por la circunstancia de que al inculcado se le otorgue la libertad de exhibir la garantía en cualesquiera de las formas referidas por el artículo 562 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se vulneren garantías individuales de la víctima, en virtud de que la finalidad de exigir la exhibición de la caución, no es más que una mera medida precautoria para garantizar que el inculcado no se sustraerá a la acción de la justicia con motivo de la libertad que obtuvo, para no sufrir prisión preventiva mientras se le instruye proceso y, que la forma en que sea exhibida la caución siempre tendrá igual eficacia para garantizar al Estado el pago de la multa y al ofendido del delito el de la reparación del daño, para el caso de concluir el proceso con una sentencia condenatoria definitiva, o porque se revoque la libertad provisional por culpa del inculcado. Luego entonces, conviene resaltar que las garantías que consagra el artículo 20 constitucional a favor del inculcado y

de la víctima del delito no pugnan entre sí y por el contrario, se trata de derechos fundamentales paralelos, ya que el enjuiciado para obtener la libertad caucional puede elegir cualesquiera de las formas establecidas por la ley para que de esa manera se tome asequible ese derecho público que tiene, pero al mismo tiempo la parte ofendida podrá hacer efectivo su derecho en la vía legal correspondiente, sin importar la forma como haya garantizado el pago de ese daño el inculcado al obtener su libertad caucional".⁷⁷

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

I.2o.P.28 P

Amparo en revisión 602/99.-José Alfredo Juárez López.-16 de junio de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Alicia Rodríguez Cruz.-Secretario: J. Trinidad Vergara Ortiz.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IV, agosto de 1996, página 691, tesis I.1o.P12 P, de rubro: "LIBERTAD PROVISIONAL. NO DEBE LIMITARSE A LA EXHIBICIÓN DE BILLETE DE DEPÓSITO LA FORMA DE GARANTIZAR LAS SANCIONES PECUNIARIAS Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO."

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo X, Octubre de 1999. Tesis: I.2o.P.28 P Página: 1297. Tesis Aislada.

De la anterior, se desprende que ninguna Ley Secundaria puede establecer mayores requisitos o restricciones a la garantía de la libertad provisional bajo caución.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió declarar inconstitucional el artículo 340 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, mismo que actualmente corresponde al artículo 319 del mencionado código, al decir:

⁷⁷ CD-ROOM. JURISCONSULTA 2004.Ob. cit.

"LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL ARTÍCULO 340, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MÉXICO, QUE RESTRINGE LA FORMA DE GARANTIZARLA, ES INCONSTITUCIONAL.

El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, como garantía de todo inculcado, que: "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. El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado.". Los ordenamientos procesales secundarios, en cumplimiento a este mandato constitucional, han establecido como medios de caución, entre otros, los consistentes en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca y fideicomiso, para que el procesado opte por el que le sea más fácil conseguir, pues ese es el significado de asequible (aquello posible de ser alcanzado o conseguido). El último párrafo del artículo 340 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México se aparta de este principio al exigir, como requisito para obtener la libertad provisional, que la caución para garantizar la reparación del daño se haga mediante depósito en efectivo. Tal disposición es inconstitucional, pues restringe la garantía establecida en el artículo 20 de la Ley Fundamental, al excluir cualquier otro medio de caución asequible para el procesado e igualmente idóneo para garantizar las responsabilidades a su cargo, sin que exista razón alguna, ya que igual seguridad jurídica le dan a la víctima del delito las otras formas de caución que han sido aceptadas por el legislador ordinario como efectivas".⁷⁸

P.J. 37/99

Amparo en revisión 1494/96.-Adolfo Vázquez Morales.-19 de junio de 1997.Unanimidad de diez votos.-Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.-Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo.-Secretaria: Guadalupe Ortiz Blanco.

Amparo en revisión 2831/96.-Hugo Marín Delgado.-19 de junio de 1997.-Unanimidad de diez votos.-Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.-Ponente: Juventino V. Castro y Castro.-Secretario: José Pablo Pérez Villalba.

Amparo en revisión 1715/97.-Rodolfo Horacio Rosales Serna.-9 de julio de 1998.Unanimidad de ocho votos.-Ausentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza.-

⁷⁸ CD-ROOM. JURISCONSULTA 2004. Ob. Cit.

Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano.-Secretaría: Adriana Escorza Carranza.

Amparo en revisión 2429/97.-Eustacio Damián Quiroz Reynoso.-9 de julio de 1998.-Unanimidad de ocho votos.-Ausentes: Juventino V Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza.-Ponente: Mariano Azuela Güitrón.-Secretaría: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo en revisión 3196/97.-María Eugenia Ramos Pérez.-9 de julio de 1998.Unanimidad de ocho votos.-Ausentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza.-Ponente: Juan Díaz Romero.-Secretario: Jacinto Figueroa Salmorán.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el diecinueve de abril en curso, aprobó, con el número 37/1999, la tesis jurisprudencial que antecede.-México, Distrito Federal, a veinte de abril de mil novecientos noventa y nueve.

Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo IX, Abril de 1999. Tesis: P./J. 37/99 Página: 18. Tesis de Jurisprudencia.

A su vez, el ofendido, no tiene ninguna facultad para inconformarse en contra de la determinación que fija el monto para gozar de la libertad provisional, así lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia, en la siguiente tesis jurisprudencial:

“OFENDIDO EN EL PROCESO PENAL. CARECE DE INTERÉS JURÍDICO PARA PROMOVER JUICIO DE GARANTÍAS EN CONTRA DE LA DETERMINACIÓN QUE FIJA EL MONTO PARA GOZAR DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

De acuerdo con la segunda parte del artículo 10 de la Ley de Amparo, el ofendido en el proceso penal puede promover juicio de amparo contra actos surgidos en el procedimiento relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación del daño o a la responsabilidad civil, de donde se sigue que no en todos los supuestos la parte ofendida está en aptitud de acudir al juicio de garantías, pues esa posibilidad se limita a casos específicos. La determinación que fija el monto para gozar de la libertad provisional del acusado, si bien se emite dentro del procedimiento, no guarda relación directa ni inmediata con bienes afectos a la reparación del daño, que como condición sine qua non requiere el artículo 10 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107

*Constitucionales, en cuanto la exigencia impuesta por la ley de incluir en la cuantía el importe de la reparación del daño, debe entenderse como medida preventiva que a mediano o largo plazo, según el tiempo en que se dicte la sentencia condenatoria correlativa con fuerza de cosa juzgada, se constituya en una auténtica garantía a los intereses del ofendido; por tanto, las características de mediatez y provisionalidad implícitas en la fracción I, del artículo 20 de la Constitución Federal y 349 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Sonora, desvirtúan las condiciones impuestas por el artículo 10 de la Ley de Amparo, relativas a que el acto surgido en el proceso esté relacionado en forma inmediata y directa con bienes afectos a la reparación del daño".*⁷⁹

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 228/99.-21 de octubre de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Jesús María Flores Cárdenas.-Secretario: Rodrigo Rodríguez Tepezano.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Epoca: Novena Epoca. Tomo XI, Enero del 2000. Tesis: V.3o.4 P Página: 1023. Tesis Aislada.

Una vez que es substanciado el amparo indirecto en todas y cada una de sus partes, se dicta sentencia, la cual forzosamente deberá proteger y amparar al quejoso en contra de la resolución que le niega el beneficio de obtener su libertad provisional bajo caución, esta es una sentencia de condena porque fuerzan a las autoridades responsables a actuar de determinado modo, y es el resultado del análisis del acto reclamado que el juzgador realiza a la luz de los conceptos de violación expresados en la demanda de garantías, o de las consideraciones que oficiosamente se formula supliendo sus deficiencias cuando esto es legalmente factible.

Esta sentencia hace nacer derechos y obligaciones, entendiéndose de esta manera: *"Estas sentencias si hacen nacer derechos y obligaciones para las partes contendientes: respecto del quejoso el derecho a exigir de la autoridad la destrucción de los actos reclamados, de manera que las cosas vuelvan a quedar*

⁷⁹ CD-ROOM. JURISCONSULTA 2004. Ob. Cit.

*en el estado en que se encontraban antes de que se produjeran los actos reclamados si éstos son de carácter positivo; o a forzarla para que realice la conducta que se abstuvo de ejecutar, si los actos reclamados son de carácter negativo”.*⁸⁰

De igual forma lo establece el artículo 80 de la ley de amparo al establecer: *“La sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte lo que la misma garantía exija”*⁸¹, en el caso que nos ocupa se trata de un acto negativo, es decir la negativa a no conceder el beneficio a obtener la libertad provisional bajo caución, por lo que la sentencia que resuelva la demanda interpuesta deberá indicar a la autoridad responsable que acepte la garantía de la reparación del daño en cualquiera de las formas establecidas, como son fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso.

5.5. PROPUESTA DE REFORMA A LOS ARTÍCULOS 319 Y 325 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES VIGENTE PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

Del estudio realizado en el presente trabajo, se ve la necesidad de adecuar los ordenamientos secundarios que establecen los requisitos necesarios para obtener la libertad provisional bajo caución, en este caso nos referimos a los artículos 319 y 325 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México, los cuales deben armonizar con los dictados de nuestra Carta Magna, específicamente con el artículo 20, Apartado A, fracción I.

En tal sentido, se ha observado, que dichos artículos poseen un espíritu a favor del ofendido o víctima de un delito, sin embargo hay que considerar que

⁸⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Ob. Cit. p. 142.

⁸¹ AGENDA DE AMPARO. Ob. Cit. p.32.

dichas disposiciones pueden causar un daño de imposible reparación a la persona sujeta a procedimiento penal, ya que como se ha visto, la situación económica del procesado no siempre permite exhibir mediante depósito en efectivo la garantía de la reparación del daño, ocasionando con esto que permanezca interno durante el tiempo que dure el proceso, o en el mejor de los casos hasta el momento en el que pueda ser capaz de reunir la cantidad fijada por el Juez; sin haberse probado plenamente su responsabilidad penal, por lo que dicha exigibilidad va en contra de la igualdad que debe predominar entre ofendido y procesado o inculcado.

Al respecto, es necesario transcribir una vez más los artículos de referencia los cuales señalan:

“Art. 319. Desde el momento en que quede a disposición del órgano jurisdiccional, todo inculcado tendrá derecho a ser puesto en libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

V. *Que garantice el monto estimado de la reparación del daño. Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, se observarán las disposiciones establecidas en el Código Penal.*

VI. *Que garantice las sanciones pecuniarias, fijándose al efecto el medio aritmético de la que corresponda al delito;*

VII. *Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo que la ley establece en razón del proceso;*

VIII. *Que no se trate de alguno de los delitos señalados como grave en la ley penal.*

La garantía a que se refiere la fracción I debe 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.⁸²

En el caso de este artículo, para que armonizará con los dictados de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se sugiere suprimir el último párrafo específicamente la parte que señala: *"La garantía a que se refiere la fracción I debe ser siempre mediante depósito en efectivo"*, y podría quedar así: *"Las garantías señaladas en este artículo podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido"*.

El siguiente artículo establece:

*"Artículo 325. Con excepción de la reparación del daño, 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 o su defensor no hagan la manifestación mencionada, el órgano jurisdiccional correspondiente, de acuerdo con el artículo que antecede, fijará la cantidad que corresponda a cada una de las formas de la caución"*⁸³

En lo que respecta a este artículo, de igual forma se sugiere adecuarlo a las disposiciones constitucionales, lo anterior se lograría si se suprimiera la parte inicial la cual específicamente señala: *"Con excepción de la reparación del daño, la naturaleza de la caución quedará a elección del inculpado"*, en relación con el resto del artículo este conservaría su redacción.

⁸² LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL. Ob. Cit. p 201

⁸³ LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL. Ob. Cit. p 202

Con estas modificaciones, los artículos del citado código de Procedimientos Penales para el Estado de México, armonizarían plenamente con los dictados de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y mas aún significaría evitarle un daño de imposible reparación a la persona sujeta a procedimiento penal.

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- La libertad provisional bajo caución es una garantía procesal que se encuentra contemplada en el artículo 20, fracción I, Apartado A de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que beneficia a los individuos sujetos a procedimiento penal.

SEGUNDA.- Para tener derecho a la libertad provisional bajo caución es necesario cumplir con los requisitos que establece la Constitución Federal, en ella se señalan los requisitos máximos para alcanzar el beneficio de esta garantía, salvo el caso que las constituciones locales señalen condiciones más liberales para su otorgamiento, las que en su caso regirán el acto, sin constituir esta situación, violación alguna a la garantía constitucional estudiada.

TERCERA.- Por el contrario las constituciones locales o leyes secundarias, en aras de favorecer los intereses del ofendido, no pueden establecer mayores exigencias o requisitos para obtener el beneficio de la libertad provisional bajo caución.

CUARTA.- La caución comprende garantizar el monto estimado de la reparación del daño, garantizar las sanciones pecuniarias y el cumplimiento de las obligaciones procesales.

QUINTA.- El monto y forma de la caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado, entendiéndose por asequible aquello posible de ser alcanzado o conseguido.

SEXTA.- El último párrafo del artículo 319 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México se aparta de este principio al exigir, como requisito para obtener la libertad provisional, que la caución para garantizar la reparación del daño se haga mediante depósito en efectivo. Tal disposición es

inconstitucional, pues restringe la garantía establecida en el artículo 20, apartado A, fracción I, de la Ley Fundamental, al excluir cualquier otro medio de caución asequible para el procesado e igualmente idóneo para garantizar las responsabilidades a su cargo, sin que exista razón alguna, ya que igual seguridad jurídica le dan a la víctima del delito las otras formas de caución que han sido aceptadas por el legislador ordinario como efectivas.

SÉPTIMA.- El artículo 319 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México, puede ser impugnado mediante la interposición del juicio de amparo indirecto, sin embargo no significa que el sujeto activo del delito, ya sea en su carácter de presunto responsable, procesado o acusado, obtenga su libertad de forma inmediata, sino que debe esperar la tramitación del juicio en su totalidad, ocasionándole con esto un daño de imposible reparación, ya que permanece en prisión mientras se resuelve el juicio.

OCTAVA.- No pasa por alto la intención del artículo 319 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México, ya que los motivos que tuvo en consideración el legislador ordinario para establecer que la reparación del daño como requisito para obtener la libertad provisional bajo caución deba garantizarse mediante depósito en efectivo, lo es que existiera la certeza de que el ofendido fuera resarcido del daño causado proveniente de un delito, sin embargo no se percato que tal disposición significa una violación a los derechos del procesado.

NOVENA.- De igual forma, hay que observar que desde la reforma realizada a este artículo en el año de 1995, no se ha observado que las cosas cambien en beneficio del ofendido, sino por el contrario ha causado violaciones a los derechos constitucionales de la persona sujeta a procedimiento penal.

DÉCIMA.- En tales condiciones es necesario adecuar dichos ordenamientos a los dictados de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que la justicia sea para todos y las personas que tengan derecho

a gozar de la libertad provisional bajo caución puedan obtenerla y no únicamente quien este en posibilidades económicas de exhibir la garantía de reparación del daño en efectivo.

PROPUESTA

En atención a las anteriores consideraciones, es evidente la necesidad de proponer una reforma al artículo 319 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México, a efecto de que armonice con lo establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sugiriéndose la modificación del último párrafo que actualmente señala: "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 en efectivo, fianza, prenda o fideicomiso formalmente constituido", el citado artículo al hablar de la fracción I hace referencia a la reparación del daño, la que señala debe ser siempre mediante depósito en efectivo, con la modificación sugerida el párrafo debería quedar de la siguiente forma: "las garantías a que se refieren las fracciones anteriores podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido".

De igual forma es necesario hacer una modificación al artículo 325 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México, el cual señala que con excepción de la reparación del daño, la naturaleza de la caución quedará a elección del inculpado; debiendo suprimirse tal disposición, lo anterior para que este precepto sea congruente con lo establecido por el artículo 20 apartado A, fracción I, en el sentido de que la caución sea asequible.

BIBLIOGRAFÍA:

1.-**ARILLA BAS**, Fernando. "El Procedimiento Penal en México", 12 ed., Ed. Kratos, México, D.F., 2003, pp. 474.

2.- **ALVEAR ACEVEDO**, Carlos. "Elementos de Historia de México", 6ª . ed. Ed. Limusa, México, 2000, p 220.

3.- **ARRIAGA FLORES**, Arturo. "Derecho Procedimental Penal Mexicano", Difusión y publicaciones de la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón de la UNAM, , México, 1999, pp 245.

4.- **BURGOA ORIHUELA**, Ignacio. "Las Garantías Individuales", 31 ed., Ed. porrúa, México, 1999, pp.814.

5.- **BURGOA ORIHUELA**, Ignacio. "El Juicio de Amparo", 36ª ed., Ed. porrúa, México, 1999, pp. 1094.

6.- **CARRANCA Y TRUJILLO**, Raúl. "Derecho Penal Mexicano", 14 ed., Ed. Porrúa, México, 1999, pp. 958.

7.- **CASTELLANOS TENA**, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal Parte General". 44ª ed. Ed. porrúa, México, 2003, pp. 359.

8.- **COLÍN SÁNCHEZ**, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", 18 ed., Ed. porrúa, México, 2001, pp. 886.

9.- **CUELLO CALÓN**, Eugenio. "Derecho Penal", 18ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 958.

10.- **DE LA CRUZ AGÜERO**, Leopoldo. "Procedimiento Penal Mexicano"
2da. Ed., Ed. porrúa, México, 1996, pp. 609.

11.- **GARCÍA RAMÍREZ**, Sergio. "Temas y Problemas de Justicia Penal"
1ra. Ed., Seminario de Cultura, México, 2000 p.268.

12.- **GARCÍA RAMÍREZ**, Sergio. "Curso de Derecho Procesal Penal", 2da.
Ed., Ed. porrúa, México, 1997, pp. 569.

13.-**GONZALEZ BUSTAMANTE**, Juan José. "Principios de Derecho
Procesal Mexicano", 8ª., ed., Ed. porrúa, México, 1999, pp. 419.

14.- **GONZALEZ DE LA VEGA**, Francisco. "Código Penal Comentado", 8ª
ed., Ed. Porrúa, S.A. DE C.V., México, 1998, p. 235

15.- **GONZALEZ QUINTANILLA**, José Arturo. "Derecho Penal Mexicano",
4ª ed., Ed. porrúa, México, 2001, pp. 1027.

16.- **HERNÁNDEZ PLIEGO**, Julio. "Programa de Derecho Procesal Penal",
7ª ed., Ed. porrúa, México, 2003, pp. 342.

17.- **MANCILLA OVANDO**, Jorge Alberto. "Las Garantías Individuales y su
Aplicación en el Proceso Penal", 9ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000, p.330.

18.- **MARTÍNEZ DE CASTRO**, Antonio. "Actas de la Comisión del Código
Penal de 1871 en Leyes Penales Mexicanas", tomo I, INACIPE, México, 2000, P
269.

19.- **OJEDA VELAZQUEZ**, Jorge. "Derecho Punitivo", Ed. Trillas, México,
1991, p. 243

20.- **PÉREZ PALMA**, Rafael. "Guía de Derecho Procesal Penal", 3ª ed., Ed. Cárdenas editores, México, 1995, pp. 558.

21.- **RIVERA SILVA**, Manuel. "El Procedimiento Penal", 22ª ed., Ed. porrúa, México, 1993, pp. 403.

22.- **SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ**, Gerardo. "Panorámica Legislativa del Estado de México 1824-1993", Ed. Toluca, México, 1993, pp. 1065.

23.- **SILVA SILVA**, Jorge Alberto. "Derecho Procesal Penal", 2ª ed., Ed. Harla, México, 2001, pp. 826.

24.- **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**. "Manual del Juicio de Amparo, 2ª ed., Ed. Themis, S.A. de C.V., México, 2000, pp. 589.

25.- **VILLALOBOS**, Ignacio. "Programa de Derecho Procesal Penal", 7ª ed., Ed. porrúa, México, 2001, pp. 542.

26.- **VILLALOBOS**, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano", 5ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, p. 653

27.- **ZAMORA PIERCE**, Jesús. "Garantías y Proceso Penal" , 9ª ed., Ed. porrúa, México, 1998, pp. 510.

LEGISLACIÓN.

1.- Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, 1ª ed., Ed. porrúa, México, 2004, p. 64.

2.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, 5ª ed., México, 1994, p.660.

3.- Códigos Penal Y De Procedimientos Penales Para El Estado Libre Y Soberano De México. 2ª ed. Ed. Cajica, S.A., México, 1994, p. 489.

4- Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Mexico. 3ª ed. Ed. Cajica, S.A., México, 1996, p. 550.

5.- Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de México. 3ª ed., Ed. Cajica, S.A. México, 1999, p.550.

6.- Legislación Penal Procesal para el Estado de México. Ed. Sista, S.A. de C.V., México, 2004, p. 79.

7.- Agenda de Amparo. 7ª ed., Ediciones Fiscales ISEF, enero 2004.

MEDIOS ELECTRONICOS

CD-ROOM. JURISCONSULTA 2004. "Jurisprudencia y Tesis Aisladas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1917-2004". Enterprise Software.