

<i>Las medidas cautelares</i>	465
---	-----

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

I. <i>Noción</i>	465
II. <i>Detención</i>	467
III. <i>Prisión preventiva</i>	468
IV. <i>Incomunicación</i>	471
V. <i>Libertad provisional</i>	471
VI. <i>Libertad caucional</i>	473
VII. <i>Libertad protestatoria</i>	481
VIII. <i>Libertad previa</i>	484
IX. <i>Arraigo y examen anticipado de testigos</i>	486
X. <i>Precauciones para el examen de testigos</i>	486
XI. <i>Precauciones en la confrontación</i>	486
XII. <i>Precauciones para que no se interrumpan los servicios públicos.</i>	487
XIII. <i>Medidas en la aprehensión de ciertos funcionarios</i>	487
XIV. <i>Medidas precautorias reales</i>	487

LAS MEDIDAS CAUTELARES *

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Noción*. II. *Detención*. III. *Prisión preventiva*. 1. *Fines*. 2. *Antecedentes*. 3. *Sistema positivo*. IV. *Incomunicación*. V. *Libertad provisional*. 1. *Noción*. 2. *Antecedentes*. VI. *Libertad caucional*. 1. *Consideración general y procedencia*. 2. *Momento*. 3. *Garantía*. 4. *Tramitación*. 5. *Consecuencias*. 6. *Revocación*. 7. *Jurisprudencia*. VII. *Libertad protestatoria*. VIII. *Libertad previa*. IX. *Arraigo y examen anticipado de testigos*. X. *Precauciones para el examen de testigos*. XI. *Precauciones en la confrontación*. XII. *Precauciones para que no se interrumpan los servicios públicos*. XIII. *Medidas en la aprehensión de ciertos funcionarios*. XIV. *Medidas precautorias reales*. 1. *Embargo*. 2. *Depósito*. 3. *Hipoteca*. 4. *Fianza*. 5. *Aseguramiento de objetos*. 6. *Intercepción de la correspondencia*. 7. *Medidas en cateo de residencias diplomáticas*

I. *Noción*

En otra oportunidad nos hemos ocupado del estudio de diversas medidas cautelares acogidas por el derecho procesal penal mexicano. Traeremos ahora a colación lo expresado entonces. Recordaremos, al efecto, que Chioventa advierte cómo el peligro de no conseguir jamás, o al menos oportunamente, con ocasión del proceso, el bien garantizado por la ley, o el temor de que su obtención se aplace mientras el proceso se tramita, con daño de quien lo reclama, conducen a la adopción de medidas de cautela o de seguridad, giro que en este orden de cosas posee una acepción bien diversa de la que tiene en el plano penal sustantivo. El mismo Chioventa llama la atención sobre la presencia de una acción aseguradora, autónoma, que existe como poder actual cuando aún no se sabe si hay o no, verdaderamente, derecho asegurado, del que, por lo mismo, no puede ser accesoria.

Fenech se refiere al fenómeno de ejecución anticipada o de limitación de los derechos personalísimos de los individuos "para obtener los medios de prueba necesarios para reconstruir los hechos acacidos en

* Este trabajo fue entregado por su autor para la obra colectiva en homenaje al doctor Niceto Alcalá-Zamora. Con el tiempo, pasó a constituir el capítulo XIV del libro *Cursos de Derecho Procesal Penal* (Ed. Porrúa, primera edición, México, 1974, p. 397-427). En el prólogo a este último, García Ramírez alude a la influencia que su trabajo procesal ha recibido de la enseñanza del profesor Alcalá-Zamora (*vid.*, p. xix).

la realidad y que integran el objeto material del proceso". A lo que también cabe agregar: para asegurar la ejecución del pronunciamiento jurisdiccional que resuelva el fondo de la controversia y, en general, para preservar los fines buscados al través de los procesos de conocimiento y ejecutivo.

En el curso de su pensamiento sobre la materia, Carnelutti observa la existencia de la prevención o aseguramiento al lado de la jurisdicción y de la ejecución. Aquéllos tienen lugar antes de que existan los procesos jurisdiccional o ejecutivo, o bien, mientras los mismos se tramitan. A su vez, la prevención puede ser conservativa o innovativa, según busque la permanencia o el cambio de la situación existente. De esta suerte surge un tercer tipo de proceso, identificado conforme a su finalidad: el cautelar, que en orden a su estructura cae dentro de las normas de los procesos jurisdiccional o ejecutivo. En suma, la finalidad del cautelar es obtener un arreglo provisional del litigio para prevenir los daños inherentes a su duración. Y según sea la relación entre el cautelar y el proceso básico, aquél puede ser autónomo o dependiente.

El proceso cautelar conservativo, sigue postulando Carnelutti, tiene lugar por dos razones: sea para eliminar la defensa privada contra estados de hecho que no son conformes al derecho, sea porque "aun sin constituir un atentado a la posesión o, en general, una manifestación de defensa privada, se reputa socialmente nociva la alteración del estado de hecho por obra de una de las partes y que, por ello, el orden jurídico preste los medios para combatirla, aun antes de que se haya juzgado si se corresponde o no con el derecho." A su vez, el proceso cautelar innovativo puede operarse como privación del bien sobre el que versa la contienda o como modificación anticipada de una situación jurídica.

Existe proceso cautelar dependiente cuando el arreglo provisional del litigio tiene como presupuesto que se pida una composición definitiva mediante el proceso jurisdiccional o el ejecutivo. Lo hay, en cambio, autónomo, en dos supuestos: facultativo, si el cautelar puede o no ser conducido en forma separada del definitivo, y necesario, si el cautelar debe ser conducido por separado del definitivo.

Ahora bien, el arreglo provisional de la contienda constituye una medida cautelar, la cual presupone un proveimiento de la misma especie. La decisión cautelar, prosigue Carnelutti, tiene la misma naturaleza que la que cierra el proceso jurisdiccional o el ejecutivo, mas difieren entre sí en que tanto la decisión como la ejecución cautelar tienen una eficacia provisional, temporal. El *dies ad quem* de la decisión cautelar está constituido por el instante en que adquiere firmeza la decisión jurisdiccional del litigio sobre el que versa la disposición o medida cautelar.

Desde luego, medidas cautelares las hay así en el procedimiento civil como en el penal, aun cuando en éste, claro está, las mismas ofrezcan ciertas peculiaridades con respecto a aquél. Por lo tanto, Alcalá-Zamora

sostiene que en el ámbito penal no existen formas de proceso cautelar autónomo; éste se hallaría siempre supeditado, por ende, al de conocimiento o de ejecución. Además, sostiene acertadamente el mismo autor, en el ámbito penal dominan o poseen valor relativo las medidas cautelares de carácter personal, esto es, aquellas que se vuelcan sobre las personas, al paso que en el ámbito procesal civil, por contraste, la mayor importancia corresponde a las providencias asegurativas que se adoptan con respecto a los bienes. Nada de ello significa, empero, que en el terreno procesal penal sean desconocidas las medidas cautelares reales, ni que en el procesal civil lo sean las personales. Baste decir que en el primero existen numerosas causas de aseguramiento con respecto a bienes: depósitos, fianzas, hipotecas o embargos; en el segundo hay medidas tales como el depósito de personas.

II. *Detención*

A la cabeza de las medidas cautelares penales, por su gravedad y dramatismo, figuran la detención y la prisión preventiva, ambas personales, que tiene por sustancia y efecto la privación provisional de la libertad física del inculcado a fin de asegurar que, en su hora, se ejecute la sentencia que recaiga. A otros propósitos de la privación cautelar de libertad nos referiremos adelante.

Detención y prisión preventiva participan, por ende, de la misma esencia; discrepan sólo en cuestión de grado: la preventiva es más intensa y permanente que la detención. De ahí, pues, que Julio Acero sostenga la existencia de dos períodos sucesivos de la reclusión procesal.

Fenech define a la detención como "un acto por el que se produce una limitación de la libertad individual de carácter provisional, y que tiene por fin ponerla (a la persona inculpada) a disposición, mediata o inmediatamente, del instructor del proceso penal para los fines de éste, en la expectativa de su posible prisión provisional."

Al igual que la prisión preventiva, la detención está supeditada a la existencia de delito sancionable con pena privativa de la libertad (artículo 16 C); es impertinente, pues, cuando el delito sólo apareja pena no corporal o alternativa.

La detención se presenta en tres hipótesis, que configuran otras tantas especies, diferenciables en orden a los efectos que producen y a las personas que privan de libertad al presunto delincuente: a) detención por cualquier individuo, en casos de delito flagrante o cuasiflagrante y de presunción de flagrancia (artículos 16 C., 267 Cdf. y 194 CE.); b) detención por autoridad administrativa, justificada merced a la urgencia (artículos 16 C., 268 Cdf. y 193 CE.), y c) detención por orden de la autoridad jurisdiccional, mandamiento constitutivo de la ya estudiada orden de aprehensión.

En sentido estricto, la detención concluye cuando se dicta el auto de formal prisión. En cambio, Carrancá y Trujillo y Burgoa suponen que detención y prisión preventiva son una sola cosa, acaso dividida en dos períodos. González Bustamante hace derivar la detención sólo de la orden de aprehensión. Piña y Palacios la desprende del momento de la consignación. Rivera Silva la asocia al mero depósito en un establecimiento carcelario para impedir la evasión del detenido.

III. Prisión preventiva

1. *Fines.* Coinciden las finalidades de la prisión preventiva, obviamente, con las correspondientes a otras medidas precautorias, mas en este campo aquélla posee características singulares que hacen pertinente un estudio más detallado. Ello, porque dados el carácter personal y la prolongada duración de la preventiva, la misma sirve a ciertos propósitos que no podrían ser alcanzados con las medidas reales ni asegurados con la precaria detención. Vidal entiende que la preventiva sirve para impedir la fuga y poner al inculcado a disposición del juez, evitando que haga desaparecer las pruebas, advierta a sus cómplices, soborne o influya a los testigos, haga estériles las pesquisas y oculte el producto del delito. Para Florian, la preventiva se orienta en la senda de dos propósitos: seguridad de la persona y garantía de la prueba. Fenech estima que los objetivos de la citada medida son: asegurar los fines del proceso y garantizar la eventual ejecución de la pena. Pisapia indica que a partir de su aparición en Roma y en el derecho medieval hasta nuestros días, las funciones de la prisión preventiva han sufrido una evolución que permite advertir en ella los siguientes planos sucesivos: garantía para la ejecución de la pena, aflicción con carácter de ejecución anticipada de aquélla o para efectos ejemplares, coerción procesal encaminada a asegurar la presencia del imputado en el proceso, y prevención inmediata de la perpetración de delitos por parte del o contra el propio inculcado.

Contra la existencia misma de la prisión preventiva se ha alzado un denso clamor, que la tilda de injusta. Lo es que los hombres torturan para saber si se debe torturar, en frase de San Agustín, que linda con la concepción de Carrara sobre el mismo instituto: lepra del proceso penal. Concepción Arenal sostuvo: "imponer a un hombre una pena grande como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable, y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia". Pisapia censura a la preventiva: es inmoral su contenido aflictivo o ejemplar, porque se aplica a quien aún no ha sido condenado. También en el cometido de prevención especial se confunde al imputado con el sentenciado. Plantearla como medio para

evitar la destrucción de las pruebas es ingenuo y perjudicial para la defensa. El fin de disponibilidad del imputado en el proceso no requiere de algo tan extremo como lo es la privación constante de la libertad. El objetivo de asegurar la ejecución de la pena puede hacer de la cárcel preventiva un instrumento práctico, pero no darle verdadera justificación jurídica. Por la diversidad de bienes en juego y la irreversibilidad del perjuicio que causa, no es posible compararla válidamente con el secuestro. Empero, en el estado actual de las cosas es imposible abolir la preventiva; sigue siendo cierto, como afirmaba Manduca, que la exige una suprema necesidad social.

Las críticas de la doctrina no han carecido, sin embargo, de trascendencia. Se tiende a reducir los supuestos de privación procesal de la libertad, haciendo de ésta un fenómeno excepcional y de corta duración, e interpretando las normas que la rigen, en caso de duda, a favor del procesado, con aplicación del *favor libertatis*. En el mismo sentido, se propugna que detención y prisión preventiva se manejen en forma tal que se cause el menor perjuicio posible a la persona y a la reputación del inculpado; la libertad de éste no debe restringirse sino dentro de los límites absolutamente indispensables para asegurar su persona e impedir la comunicación que pudiera dañar la instrucción de la causa.

2. *Antecedentes*. La primitiva prisión tuvo sólo carácter preventivo; la cárcel de pena es, asienta Ruiz Funes, una invención del derecho canónico. Por ello Beccaria afirmaba: "la prisión es una pena que necesariamente debe preceder a la declaración del delito, a diferencia de cualquiera otra." En Roma la preventiva se podía substituir por *fidejussione* y sólo era aplicable, tratándose de ciudadanos, a quienes habían confesado. Es bien conocida la sentencia de Ulpiano: *carceres enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debent*, que coincide con la proposición formulada por Cynus bajo el derecho medieval italiano: *carcer introductus est non ad poenam, sed ad custodiam*. También se proveyó de normas para que se tramitase con celeridad el proceso cuando había detenidos. Así, Baldo apuntó: *quod in criminalibus celeriter est procedendum in causis detentorum*. En el mismo sentido fueron establecidas las partidas españolas: "la cárcel debe ser para guardar los presos, e non para facerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ella", y "la cárcel non es dada para escarmentar los yerros, más para guardar los presos tan solamente en ella fasta que sean juzgados".

3. *Sistema positivo*. Es tradicional en derecho mexicano la liga entre prisión preventiva y pena corporal. Así se acoge en los artículos 18 C., 301 Cdf. y 161 y 162 Cf. Por lo que toca a la pena corporal cabe una triple interpretación. Podría decirse, con criterio riguroso, que corporal es sólo la pena que causa aflicción física por incidir de modo directo sobre el cuerpo del condenado, connotación técnicamente válida, pero insuficiente e inútil en vista del derecho mexicano. En los términos de

una segunda opinión, pena corporal equivaldría a pena preventiva de libertad. Un tercer punto de vista, plausible por suficiente en orden al régimen positivo mexicano, interpreta la expresión pena corporal como comprensiva tanto de la pena privativa de libertad como de la pena de muerte.

Algunas legislaciones extranjeras siguen el llamado sistema fijo en la determinación de la procedencia de la preventiva, al establecer supuestos en que necesariamente tiene lugar; otras, en cambio, consagran el indeterminado, dejando al juez libertad para adoptarla si conviene a los fines del proceso; algunos, en fin, se inscriben en un sistema mixto. La doctrina se divide en la recomendación de uno u otro sistema, aun cuando se suele preferir al discrecional indeterminado. En México se ha abrazado el fijo, ya que la preventiva debe aplicarse siempre cuando se esté ante delito castigado con pena privativa de libertad cuyo término medio exceda de cinco años, salvo la excepción del peculado (artículo 399 Cf.), a la que en su hora nos referiremos. Si el término medio aludido es menor, procede siempre la libertad provisional. La discrecionalidad del juez alcanza, con ciertas limitaciones, sólo a la determinación del monto de la garantía (artículos 18 y 20, fracción I, C.).

Por ordenarlo así el artículo 18 C., el lugar en que se desarrolle la prisión preventiva debe ser diverso de aquel en que se ejecute la pena. Carrancá y Trujillo y González Bustamante estiman que el artículo 18 C no sólo establece diferencia en cuanto al lugar de reclusión, sino también con respecto al régimen y al tratamiento. Es indebido hablar de tratamiento penitenciario en el curso de la prisión cautelar, mas de aquí no ha de seguirse que el reo haya de ser totalmente ignorado por la administración salvo en lo que concierne a evitar su fuga; en efecto, la atención médica y educativa, por ejemplo, deben desenvolverse en términos idénticos o semejantes a los que rigen en la sociedad libre. Tampoco ha de suprimirse por fuerza el trabajo en la cárcel preventiva, el cual, por otra parte, no puede ser impuesto obligatoriamente, porque no lo permitirían los artículos 4º y 5º C. En términos generales, el régimen de los sujetos a esta medida cautelar debe ser más benévolo que el correspondiente a los sentenciados.

Para evitar uno de los más graves males conectados a la prisión preventiva, su excesiva duración, se han ideado varios sistemas: a) de caducidad, al abrigo del cual una vez transcurrido cierto plazo cesa automáticamente la prisión; b) de revisión, en cuyos términos la autoridad debe revisar periódicamente el fundamento de la prisión: en Alemania el juez ha de examinar de oficio si ésta ha de subsistir, a los dos meses de haberse decretado, y después, sistemáticamente, cada tres meses, y c) ecléctico, en el que se aceptan tanto la revisión periódica como la cesación del encarcelamiento después de corrido cierto plazo.

Por lo que hace al derecho mexicano una limitación perentoria debiera desprenderse de la fracción VIII del artículo 20 C: los plazos

que ahí se fijan para la conclusión del proceso habrían de presidir, con mayor razón, el cesamiento automático de la prisión; empero, esto no se ha aceptado. El artículo 20, fracción X, C dispone que la prisión preventiva no se prolongará por deudas o responsabilidad civil, en lo absoluto, ni por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivó el proceso. La garantía de este mandato es penal: fracciones XLVI y XLVII del artículo 18 de la Lr. En esta misma hipótesis es procedente la libertad protestatoria (artículo 555, fracción I, Cdf.).

Si bien la causa jurídica y la finalidad de la prisión penal y del encarcelamiento preventivo son radicalmente distintos, lo cierto es que ambos se resuelven en privación de libertad, por lo que nada impide, sino por el contrario claras razones de justicia aconsejan, imputar el periodo cumplido en preventiva, que a menudo es muy considerable, al tiempo que se haya fijado a la pena. Esta solución, empero, dista mucho de ser unánime. El artículo 136 del Cdf. de 1894 sólo previó el abono de la preventiva que excediese del tiempo aconsejado u ordenado (desde 1901) para concluir la instrucción. Pero este abono se volvía difícil o aun quedaba excluido al través de los artículos 192 a 194 del Cp. de 1871, que lo dejaban al arbitrio del juez, sujetándolo, además, a la inculpabilidad del reo o sus defensores en la demora del juicio y a la buena conducta de aquél durante el proceso. En derecho extranjero también se han conocido la prescripción del abono y ciertas modalidades en su aplicación.

En este último orden de cosas, nuestro sistema es terminante: en toda pena de prisión que imponga una sentencia se computará el tiempo de la detención (artículo 20, fracción X, C.). Esta norma debe interpretarse en amplio sentido, comprensivo tanto de la detención, *stricto sensu*, como de la prisión preventiva.

IV. Incomunicación

La incomunicación, regulada y aceptada bajo otras legislaciones, forma filas igualmente en el elenco de las medidas cautelares. En México, por obra del artículo 20, fracción II, C., se halla terminantemente proscrita. Tal prevención la asocia con la declaración del inculpado y excluye toda incomunicación y cualquier otro medio que tienda a obtener ésta.

V. Libertad provisional

1. *Noción.* Bajo este rubro nos referiremos a las tres formas de libertad provisional que se plantean en la escuela del procedimiento criminal, sea durante el periodo administrativo que precede al proceso en riguroso sentido, sea en el curso del proceso mismo: libertad bajo cau-

ción, libertad bajo protesta y libertad previa, esta última de reciente ingreso en nuestro derecho positivo.

Sostiene Fenech que la libertad provisional es un "acto cautelar por el que se produce un estado de libertad vinculada a los fines del proceso penal, en virtud de una declaración de voluntad judicial". Al decir de González Bustamante, es "la libertad que con carácter temporal se concede a un detenido por el tiempo que dure la tramitación del proceso, previa la satisfacción de determinadas condiciones estatuidas en la ley". Según Piña y Palacios es "el medio que permite obtener la libertad entre tanto se pronuncia sentencia definitiva en un proceso, mediante el empleo de una garantía que evita la sustracción a la acción de la justicia". A su vez, Jiménez Asenjo define a la libertad provisional como la "situación personal en que se condiciona el disfrute de la libertad natural de un reo, expreso o presunto, al cumplimiento de una determinada conducta personal".

La libertad que ahora nos ocupa pretende resolver la antinomia de intereses que se plantea entre la sociedad y el individuo, pues mientras aquélla exige el castigo de los delitos y la protección de sus miembros contra los ataques de sujetos peligrosos, éste reclama, en bien de la justicia, que no se le prive de libertad hasta que se haya esclarecido su responsabilidad concreta por un hecho delictuoso. Semejante contraste se resuelve, en cierto modo, gracias a la institución que venimos examinando, ya que por ella al tiempo que se limita la libertad del sujeto, de manera mucho menos intensa que en la hipótesis de prisión preventiva, y se aseguran los fines del proceso, se permite al inculpado permanecer fuera de la prisión. De ello se sigue que este instituto está llamado a amparar a un tiempo los derechos de la sociedad y los de la persona humana.

En orden a su naturaleza, la libertad provisional puede ser medida de cautela exclusivamente personal, si se trata de la hipótesis protestatoria, o bien poseer signo complejo, real y personal a un tiempo, si se está en el caso de las libertades previa y caucional.

2. *Antecedentes.* Cuenta la libertad provisional con larga historia: se conoció entre atenienses, romanos y germanos, ampliamente. Fue captada y regulada por las Partidas. En cambio, decayó bajo el sistema inquisitivo, y esto ya desde el derecho romano, en la época del imperio. La ordenanza francesa de 1670 reglamentó, en forma restringida, la libertad provisional, que años más tarde extenderían, de modo muy dilatado, el Código de Brumario y la Ley de Thermidor, año VI, rehusándola sólo a personas sin domicilio y a vagabundos. El Código Napoleón, a su vez, la negó en los supuestos de delitos que aparejasen pena aflictiva o infamante. Pero un siglo atrás (1701), en Escocia, se había expedido una ley haciendo posible la solicitud de la provisional, salvo en caso de crímenes sancionados con pena de muerte; sin embargo,

esta limitación tampoco fue absoluta, ya que la corte superior podía salvarla.

VI. Libertad caucional

1. Consideración general y procedencia

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

Al igual que la prisión preventiva, ya estudiada, la libertad provisional se ha ligado entre nosotros, como es natural, al supuesto de la pena corporal. Originalmente, al amparo de la fracción I del artículo 20 C, era pertinente el otorgamiento de la libertad caucional cuando no excedía de cinco años el límite máximo de la pena aplicable al delito por el que se seguía el proceso. Una reforma favorable al inculpado se introdujo en 1947-1948; en virtud de aquélla se ha pasado a hablar de pena cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años; en caso de acumulación, se atiende a la mayor pena aplicable al delito que la merezca más grave (artículo 556 Cdf., parcialmente anti-constitucional, en cuanto también su primera prevención habla aún de que la pena corporal no exceda de cinco años de prisión, en forma que ha dejado atrás la modificación constitucional arriba recordada).

Dado el claro mandamiento de la Ley Suprema, pugna también con ésta ligar el otorgamiento de la libertad provisional, como lo hace el artículo 399 Cf., a la temibilidad del inculpado, las circunstancias especiales que concurran en el caso, la importancia del daño causado y, en general, las consecuencias que el delito haya producido o pueda producir. Por nuestra parte, y exclusivamente de *lege ferenda*, no podemos negar que sería pertinente restringir el beneficio estudiado en aquellos casos en que la probada peligrosidad del delincuente ponga de manifiesto la inconveniencia de su excarcelamiento.

Otro interesante problema suscita la parte final del artículo 399 Cf., que permite conceder la libertad caucional en caso de peculado, cuando el valor de lo dispuesto no exceda de mil pesos. Reputamos constitucional esta norma en la medida en que extiende la previsión suprema, para beneficio del inculpado, en los casos de peculado regidos por el artículo 219 Cp., en que no sería posible la caucional dada la elevada

media de la pena imponible. Pero también creemos que la misma norma es anticonstitucional en cuanto impide la libertad caucional de responsables de peculado por disposición de más de mil pesos, a pesar del arrepentimiento a que alude el artículo 221 Cp., en que la baja penalidad (de uno a seis meses de prisión) haría en todo caso procedente la caucional.

2. *Momento*

En cuanto al momento procedimental en que sea pertinente solicitar y obtener la libertad, existe terminante texto constitucional, contrariado por la ley secundaria. Nos referimos aquí, siempre, a la liberación caucional que el juez concede en tiempo de proceso, no, por supuesto, a la que otorga el Ministerio Público en fase de averiguación previa, de la que abajo haremos oportuna referencia. En efecto, de los términos del artículo 20, fracción I, C., se sigue que la liberación del inculcado debe ser inmediata, esto es, no se supedita a ningún otro acto procesal, con la salvedad de que sólo puede discernirla el juez, cosa que supone, simplemente, la iniciación del procedimiento judicial, lo cual se plantea con el auto de radicación, de inicio o cabeza de proceso. Por ello, carece de fundamento el sistema de nuestros códigos, que posponen la caucional hasta el momento en que el inculcado ha rendido su declaración preparatoria (artículos 290, fracción II, Cdf., y 154 Cf.), manteniendo así la solución que en su hora acogió el artículo 263 del Cdf. de 1880, que hoy día no tiene razón de ser.

La solicitud de libertad provisional bajo caución puede formularse con eficacia en cualquier fase del proceso: primera o segunda instancia; en ésta, tiene caso cuando el fallo del inferior impuso una pena que no excede de cinco años, a pesar de que la penalidad abstracta correspondiente al delito pudiera tener una media aritmética superior a dicho tiempo.

3. *Garantía*

El cumplimiento efectivo de las restricciones a la libertad se asegura a través de una obligación económica. La presencia de este último ingrediente no ha dejado de suscitar especulaciones y críticas. Opina Rivera Silva que en la libertad caucional "el dinero queda en lugar de la libertad", a lo que podríamos glosar que aquél no substituye a ésta, sino a la prisión, porque dinero y libertad concurren, y no, en cambio, dinero y prisión, y agrega que el énfasis extraordinario puesto por el liberalismo en el dinero se subraya en la institución que estamos estudiando, "en donde un valor muy apreciado, como es la libertad, sólo es substituído por otro muy apreciado: el dinero. La situación in-

dicada provoca, en todos los que no tienen poder económico, una fuerte protesta contra la libertad bajo caución, en la cual ven un producto fiel del pensamiento burgués".

Entre nosotros es menester, pues, la aportación de una garantía o caución. Adviértase, con Piña y Palacios, y pese al extendido uso sinónimo de las palabras depósito y caución, que esta última voz abarca, por igual, toda clase de garantías. De ahí que genéricamente quepa hablar de libertad caucional. La caución, entonces, puede inscribirse en cualquiera de las especies que de ella reconocen nuestras leyes: fianza, depósito o hipoteca (artículos 20, fracción I, C, 562 Cdf. y 404 a 406 Cf.). A diferencia, pues, de lo que ocurre en algunas legislaciones extranjeras, no hay aquí margen para la caución prendaria. En todo caso, queda a elección del inculpado la clase de garantía que desee prestar (artículos 561 Cdf. y 403 Cf.).

En este orden de cosas, el más delicado problema estriba en precisar el monto de la caución, que, obviamente, no podría quedar al puro arbitrio del juez, y mucho menos del imputado, del Ministerio Público o de la víctima. Frente a la necesidad de que tal monto no sea irrisorio, en forma tal que el infractor o el tercero prefieran perder la garantía a trueque de la libertad de aquél, se alza la urgencia de que no sea, tampoco, excesivo, porque en tal caso la libertad caucional sería simplemente ilusoria. No se puede, así, hacer tabla rasa en el señalamiento de cauciones, porque, como afirmaba Ricardo Rodríguez, "la igualdad en la suma fijada, viene a determinar la desigualdad de la ley". El problema de métrica se agudiza cuando la caución también puede aplicarse a satisfacer el daño privado que causó el delito.

En su redacción anterior a la reforma de 1947-1948, la fracción I del artículo 20 C. prevenía un tope de diez mil pesos, cifra que a todas luces resultó superada por las circunstancias al paso de muy pocos años. De ahí, pues, que en la reforma se elevase dicho máximo a doscientos cincuenta mil pesos, pero agregando también que cuando se trate de un delito del que resulte para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, la garantía será, cuando menos, tres veces mayor que el beneficio obtenido o el daño causado.

Dentro de los márgenes apuntados, la Constitución exige que el juez tome en cuenta, a la hora de resolver sobre la garantía, las circunstancias personales del inculpado y la gravedad del delito que se impute a éste, norma que las leyes secundarias reglamentan, buscando al tiempo de afianzar la seguridad, satisfacer la equidad, exigiendo la consideración de los siguientes puntos: antecedentes del inculpado, gravedad y circunstancias del delito o de los delitos imputados, mayor o menor interés que pueda tener el infractor en sustraerse a la acción de la justicia, condiciones económicas del inculpado y naturaleza de la garantía que se ofrezca (artículos 560 Cdf. y 402 Cf.).

La garantía, en sus formas de hipoteca o depósito, puede ser dada por el inculpado o por terceros. Ahora bien, se ha advertido la pertinencia de dictar normas aseguradoras de la efectividad de la caución, en forma tal que el obligado no resulte insolvente o venga a hacer imposible la realización de la garantía, burlándose así el propósito de la medida cautelar. De ello nos ocuparemos en el examen del régimen de las medidas precautorias reales.

El Cp. dispone que los depósitos que garanticen la libertad cautelar se apliquen al pago de la sanción pecuniaria, esto es, tanto de la multa como de la reparación del daño, cuando el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia (artículo 35), pero esta disposición debe entenderse en amplio sentido, es decir, como comprensiva no sólo del depósito, sino igualmente de la hipoteca y de la fianza, según se colige del artículo 417 Cf. De hecho, no ha sido posible asegurar por esta vía, ni por ninguna otra, la reparación del daño privado. Semejante deficiencia ha movido a algunos juristas a reclamar la constitución de una garantía de doble efecto, suficiente para ser fianza carcelera y para satisfacer el deber de resarcimiento. Es indudable que uno de los propósitos buscados con la reforma constitucional de 1947-1948 fue la defensa de los intereses del ofendido, por lo que Franco Sodi comenta y critica, "que el derecho garantizado se ha transformado de derecho garantizado a quien se encuentra sujeto al procedimiento penal, por derecho garantizado al ofendido por el delito".

4. *Tramitación*

Aun cuando la libertad provisional bajo caución se encuentra enclavada entre los incidentes, no se tramita por separado del procedimiento principal. Esto así, en virtud de que en caso contrario tal vez se vulneraría la celeridad que la Constitución ha querido imponer al otorgamiento de ese beneficio. Disponen los códigos que la libertad cautelar se resuelva de inmediato, en la misma pieza de autos (artículos 558 Cdf. y 400 Cf.), sin el trámite de pequeño juicio que acompaña a los incidentes. Otra cosa ocurría al amparo de los códigos de 1880 y 1891, en que la liberación se otorgaba o negaba, previo conocimiento por separado del asunto, con audiencia de partes.

Por lo que hace a personas legitimadas para solicitar la libertad, lo son el inculpado, su defensor o el legítimo representante de aquél (artículo 557 Cfd.); no, en cambio, el Ministerio Público, tampoco puede el juzgador ordenarla de oficio.

Pallares considera que el código distrital debió conferir a cualquier interesado el derecho de solicitar esta libertad.

5. Consecuencias

Bajo este rubro cabe analizar las consecuencias que la liberación caucional entraña tanto para el proceso mismo como para los sujetos que intervienen en el fenómeno cautelar. Ahora bien, por lo que toca al proceso recordaremos que la libertad no impide la continuación de éste ni influye en la determinación que el juzgador adopte en la sentencia de fondo. Obviamente, el tiempo pasado en libertad es irrelevante para el cómputo de la pena, de modo contrario a lo que sucede, es claro, con la prisión preventiva.

En cuanto a los sujetos, el inculcado pasa a disfrutar de limitada libertad y contrae las obligaciones (que se le harán saber, sin que la omisión de esta noticia lo exima de ellas; acto defectuoso, no nulo) de presentarse ante su juez cuantas veces sea citado o requerido para ello, comunicar al mismo los cambios de domicilio que tuviere y presentarse ante el juzgado o tribunal con la periodicidad que se le señale, El Cf. agrega: no ausentarse del lugar sin permiso del tribunal, el que no se le podrá conceder por tiempo mayor de un mes (artículos 567 Cdf. y 411 Cf.). En forma tácita, el inculcado queda vinculado a la satisfacción de aquellas condiciones, dependientes de él, cuyo quebrantamiento acarrearía revocación de la caucional; así: obediencia a las órdenes legítimas del juez o del tribunal.

A su turno, las obligaciones y derechos del juez se corresponden con los extremos precisados en el párrafo anterior, es decir, fijación de vías de presentación, citaciones, autorización de salidas, más la potestad de revocar, dados los supuestos legales, la libertad caucional. Pero también el juzgador queda en la necesidad de citar al inculcado por conducto del tercero garante, cuando la caución no haya sido prestada por el propio enjuiciado (artículos 573 Cdf. y 416 Cf.) y en la posibilidad de conceder al garante plazo para la presentación del inculcado, si el tercero no lo puede presentar desde luego (*idem*).

El tercero que cauciona la libertad asume la obligación de presentar al inculcado cuando así lo determine el juez, pero no, en cambio, la de sostener su caución mientras no se justifique el retiro, cosa que Acero censura advirtiendo que ocurre no obstante haber cobrado el fiador la prima, como si un contrato pudiera rescindirse por una sola de las partes.

La decisión que concede o niega la libertad caucional no adquiere autoridad de cosa juzgada formal (artículos 559 Cdf. y 401 Cf.), es apelable en efectos ejecutivo y devolutivo (artículos 418, fracción II, Cdf. y 367, fracción V, Cf.) y sus consecuencias perduran independientemente del auto de formal prisión, salvo cuando en éste se revoque la libertad de modo expreso (artículo 166 Cf.), inclusive de una a otra instancias. Esto último se corrobora tomando en cuenta que la caucional

se revoca cuando causa ejecutoria la sentencia (artículos 568, fracción VI, Cdf., y 412, fracción VI, Cf.).

6. Revocación

En razón de los fines, justificación y supuestos de la libertad caucional, de las obligaciones y derechos que apareja y de los intereses, sociales e individuales, que concilia, lógico es que no deba subsistir cuando, por una u otra razón, pasan a ser inalcanzables sus propósitos, deja de estar justificada, cesan sus supuestos, se vulneran sus condiciones, se rompe el equilibrio de intereses que la libertad limitada procura o no subsiste ya el individual del inculpado. Atentas estas consideraciones, fácilmente se explican los motivos de revocación que nuestras leyes enumeran y que es posible agrupar del siguiente modo, con expresa referencia a su efecto en orden a la sanción económica (pérdida o cancelación de la garantía).

La libertad se revoca, en primer término, por violación de obligaciones inherentes al proceso, imputable al inculpado y sancionada con pérdida de la garantía: desobediencia injustificada de las órdenes legítimas del juzgador, amenazas al ofendido o a testigos o intento (en rigor, tanto la tentativa como la consumación) de cohecho o soborno a éstos, al juez, al Ministerio Público o al secretario del juzgado o tribunal, falta de cumplimiento de los deberes contraídos en virtud de la concesión de libertad, y actos que funden la suposición de fuga u ocultamiento. Ahora bien, esta última causal vendría a hacer nugatoria la libertad y devolvería las cosas al estado, tan criticable, que guardaban en la legislación anterior.

Asimismo, se revoca por violación de obligaciones ajenas al proceso, imputable al inculpado y sancionada: auto de formal prisión por la comisión de nuevo delito castigado con pena corporal, antes de que la causa en que se concedió la libertad provisional esté concluida por sentencia ejecutoria. Este motivo opera sobre la base del auto de formal prisión con respecto al nuevo delito; no bastaría la orden de aprehensión, para la que no se requiere comprobación plena del cuerpo del delito, ni sería necesario contar con sentencia firme. Por estimarlo infundado de *lege lata*, no coincidimos con Franco Sodi, quien considera que debe dejarse al arbitrio judicial resolver sobre el mantenimiento o la revocación de la caucional, tomando en cuenta las diligencias del nuevo proceso, a fin de apreciar si el individuo es socialmente peligroso. Éste sería, empero, un buen sistema de *lege ferenda*. Por nuestra parte, creemos que la revocación de libertad por esta causa o por falta de cumplimiento de las obligaciones que expresamente se imponen al inculpado con motivo de la caucional, impide la concesión de ésta posteriormente.

También se revoca la libertad por violación de obligaciones inheren-

tes al proceso, imputable al inculpado o al garante y sancionada: falta de presentación del inculpado por su fiador, no obstante el plazo de gracia concedido por el juzgador para obtener la comparecencia.

En cuarto término, cabe la revocación por violación de obligaciones inherentes al proceso, imputable al inculpado o a su garante, pero no sancionada económicamente: falta de presentación del inculpado por su garante, durante el periodo de gracia concedido por el juez.

En quinto término, la revocación se produce por cambio de situación jurídica del inculpado, que deja sin fundamento a la libertad caucional, supuesto que no involucra sanción: cuando causa ejecutoria la sentencia y cuando en el proceso aparece que es aplicable al inculpado, en su caso, pena cuya media aritmética exceda de cinco años.

Asimismo, se revoca la libertad por desaparición del interés individual en la misma, caso que tampoco acarrea sanción: solicitud del inculpado: y se la revoca además, finalmente, por falta de garantía de la libertad: insolvencia del fiador o solicitud de éste de que se le releve de su obligación.

Conviene advertir, como excepciones a la anterior sistematización, que en el Cf. no aparejan sanción ni el nuevo delito ni las amenazas al ofendido o a los testigos o el cohecho o soborno a éstos, al Ministerio Público y a funcionarios del tribunal.

Las prevenciones a que hasta aquí nos hemos referido se hallan contenidas en los artículos 568 a 573 Cdf. y 412 a 416 Cf.

Como es obvio, la revocación de la libertad caucional apareja orden de reaprehensión del inculpado siempre que éste no se encuentre o coloque a disposición de la autoridad para quedar sujeto a prisión preventiva (artículos 570, 571 y 573 Cdf., y 414 y 416 Cf.). También contemplan las leyes los supuestos de devolución del depósito o cancelación de la garantía, subdivisibles, sistemáticamente, en tres especies: casos de renovación de la libertad, sin sanción pecuniaria; casos de transformación de la caucional en liberación definitiva; y muerte del inculpado (artículos 572 y 573 Cdf., y 415 y 416 Cf.).

La revocación de la libertad ha de disponerse previa audiencia del Ministerio Público (artículo 574 Cdf.).

7. *Jurisprudencia*

El artículo 20 C consigna como una garantía individual para toda persona sujeta a procedimiento criminal, el que inmediatamente que lo solicite sea puesta en libertad bajo fianza cuando se trate de delito cuya pena media no exceda de cinco años de prisión, y sin tener que subsanjar incidente alguno (tesis 171). Para concederla o negarla debe tomarse en su término medio la penalidad señalada por la ley (tesis 176). Para concederla, debe atenderse solamente a la pena que corresponde

al delito imputado, tal cual está señalado en la ley, sin tener en cuenta las atenuantes y agravantes que puedan existir, porque éstas son materia de la sentencia que pone fin al proceso (tesis 173). Si no se ha dictado auto de formal prisión se estará al delito imputado por el Ministerio Público (quinta época, tomo XI, página 619. González Juan S). Al resolverse sobre la concesión de esta libertad deben tenerse en cuenta las circunstancias modificativas de la naturaleza del hecho y de la responsabilidad penal que ésta produce para el acusado (tesis 177).

Si se cancela la fianza puede el juez ordenar la captura del procesado mientras no se otorgue nueva fianza (quinta época, tomo XXVII, página 1627. Pierce Jovita). Cuando a juicio del juez la caución es insuficiente, procede exigir caución por cantidad mayor, pero no es necesario revocar la libertad, salvo que el procesado no amplíe la garantía (quinta época, tomo XXXVI, página 684. Fuentes José Guadalupe). Para que se revoque la libertad con motivo de la comisión de nuevo delito basta con que en relación con éste se dicte auto de formal prisión, sin que sea necesario esperar a la sentencia ejecutoria (quinta época, tomo XLIV, página 766. Jammal Mitchel). El temor del juez de que el acusado se sustraiga a la acción de la justicia no basta para fundar la revocación, pues sólo que se hubiera demostrado que el acusado no acudió al juzgado los días que para ello se le fijaron, que no comunicó el cambio de su domicilio o que se ausentó sin permiso del juez, podría existir temor fundado para que se le revoque la libertad caucional (quinta época, tomo LXXIII, página 2080, Jaquez de Solórzano Socorro).

Si la sentencia de primera instancia impuso una pena mayor de cinco años de prisión, no debe ser revocada la libertad caucional, si se apeló contra dicha sentencia, puesto que durante la instrucción no se demostró que al delito correspondía una pena mayor que la señalada como límite para tener derecho a la libertad bajo fianza (quinta época, tomo LXVI, página 3577. Carraran Alomía, Luis). Si la sentencia apelada impone una pena que no excede de cinco años, es procedente que el juzgador de segundo grado conceda al acusado libertad bajo fianza (quinta época, tomo XCIX, página 136. Rodríguez Parra, Isauro). Aunque la media aritmética de la pena correspondiente al delito exceda de cinco años, si la sentencia recurrida sólo por el reo impone una pena que no rebasa dicho término, procede conceder la libertad caucional por el juzgador de segundo grado (quinta época, tomo XCIX, página 636. Vázquez Raymundo, M.).

Si al señalarse la garantía sólo se toma en cuenta la gravedad del delito, pero no la situación personal y las condiciones económicas del procesado, se vulnera la garantía contenida en la fracción I del artículo 20 C. (tesis 276).

Si el acto reclamado se hace consistir en el auto que niega la libertad caucional, no es necesario agotar los recursos que establezcan las leyes ordinarias, ya que existe excepción al principio de definitividad, en

virtud de que dicho acto afecta la libertad personal del procesado, y puede significar una violación directa a la fracción I del artículo 20 C (informe 1970, Colegiado del Sexto Circuito, R. 530/70. Gaspar Alvarado Gallegos).

Cuando la captura emana de una orden de reaprehensión y se ejecutó con base en una sentencia firme, no procede el otorgamiento de la libertad caucional, ya que el proceso del que emanó el acto reclamado finalizó por fallo ejecutoriado (informe 1970, Colegiado del Sexto Circuito, Q 75/69. Teodoro Froylán López).

No es necesario oír previamente al procesado para revocar la libertad provisional, acto que no es privativo, puesto que el objetivo perseguido es el medio, primeramente para asegurar la continuación del proceso, y después, para que mediante sentencia se prive al inculpado de su libertad como penalmente responsable del delito. Por acto privativo debe entenderse a 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 cuyo caso 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 C (informe 1970, Colegiado del Octavo Circuito, R. 701/69. Mario Ontiveros Ávalos).

El carácter de fiador implica la asidua vigilancia para que el reo no se sustraiga a la acción de la justicia. La invocación de imposibilidad material para presentar al reo es inadmisibile (informe 1972, Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal. R. 114/72. Armando D. Amezaga).

VII. *Libertad protestatoria*

La libertad provisional bajo protesta, en que las restricciones a la libertad no se aseguran ya mediante garantía económica, sino al través de la palabra de honor del inculpado, se inspira en las mismas orientaciones que sirven de fundamento a la caucional. En aquélla, empero, juegan también circunstancias especiales, que hacen suficiente en principio la garantía, sospechosa y de escasa fuerza, que presta el imputado: menor peligrosidad de éste, cierta prevalencia del interés de amparar la libertad individual frente al social de procurar la represión del crimen, escasa entidad del delito perpetrado, conveniencia de sustraer al infractor del ambiente viciado de las prisiones. Las ventajas y posibilidades que la protestatoria ofrece, han motivado, inclusive, que se reclame su extensión a mayor número de hipótesis.

A diferencia de lo que ocurre con la caucional, la protestatoria no tiene directa consagración en la Ley Suprema. Empero, el diputado Refugio M. Mercado pretendió introducirla en oportunidad del Congreso de Querétaro, para el caso de que el delito mereciera pena alterna-

tiva de corporal y pecuniaria. En cambio, en tal hipótesis no cabe la privación de libertad. Por lo demás, su concesión resulta inusitada en la práctica. Por ello pretendió suprimirla el proyecto procesal penal de 1963.

Estamos aquí ante un procedimiento incidental (artículo 418 Cf.), que se suscita una vez rendida la declaración preparatoria del inculpado (artículo 154 Cf.). El Cdf. presenta una laguna en este punto, que se puede colmar por vía analógica con la libertad caucional.

En la libertad protestatoria cabe distinguir una hipótesis general y otra especial. Por lo que hace a la general, existe una amplia equivalencia de condiciones en el Cdf. y en el Cf., tras la reforma de aquél en 1971, tendiente a ampliar los casos de otorgamiento de dicho beneficio en relación con la pena aplicable al delito por el que se sigue el proceso; en efecto, se pasó de la antigua prevención de seis meses a la más generosa previsión de dos años.

Son estas las condiciones que han de darse para que proceda la libertad protestatoria: que se trate, como ya se ha dicho, de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años; que el acusado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se siga el proceso y que su residencia en dicho lugar sea de un año, cuando menos; que a juicio de la autoridad judicial competente no haya temor de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia; que sea ésta la primera vez que delinque el reo; que él mismo proteste presentarse ante el juzgador respectivo cada vez que se le ordene; y que el propio imputado tenga medio honesto de vivir (artículos 552 y 553 Cdf. y 418 Cf.). En cuanto a la llamada hipótesis especial, la libertad protestatoria es pertinente, aun cuando no se satisfagan los requisitos del supuesto general, en tres casos: *a*) si la prisión preventiva ha igualado ya al máximo la pena legal fijada al delito de que se trate (no previsto en el Cf.), *b*) si se ha cumplido la condena recaída en primera instancia y se encuentra pendiente el recurso de apelación; y *c*) por instancia del Ministerio Público, previa autorización del procurador general de la República, cuando se trate de los delitos de sedición, motín, rebelión o conspiración para cometerlos, delitos federales todos ellos, como que se dirigen contra la seguridad de la nación, y cuyo conocimiento, por ende, es exclusivo de las autoridades de tal fuero (artículo 555 Cdf. y 419 Cf.).

En rigor, el caso planteado *sub a*) resulta, más bien, de libertad absoluta y no provisional, porque en semejante situación no sería ya posible el encarcelamiento posterior (cautelar o penal) del inculpado. Pero esta libertad física no involucra, desde luego, sustracción del presunto responsable al proceso cuyo resultado le afectará de lleno, salvo en lo que toca a la reclusión. Es por ello que, a nuestro juicio, ha procedido con mejor técnica el legislador federal que el distrital al omitir

la situación que ahora comentamos de los supuestos de libertad protestatoria.

El caso especial tratado *sub b)* está determinado por la idea de no someter al inculpado a una reclusión que a la postre acaso no se justificaría. En realidad, cuando la apelación ha sido intentada sólo por el procesado o su defensor, no podría agravarse, en segunda instancia, la penalidad impuesta en la primera (*no reformatio in pejus*), cosa que no opera, en cambio, cuando el acusador figura como apelante. La ley ha sido particularmente solícita en su amparo al procesado, al ordenar que, en este caso, la libertad sea dispuesta de oficio por el juzgador (artículo 418 Cf.).

En cuanto al caso mencionado *sub c)*, ofrece la peculiaridad de que es aquí el Ministerio Público, no el inculpado, quien solicita del órgano jurisdiccional la libertad protestatoria. Dado que semejante instancia no apareja, ni con mucho, desistimiento en el ejercicio de la acción penal, podría pensarse en la posibilidad de que el juzgador resolviera negativamente dicha petición. Empero, no cabría advertir razón suficiente alguna para que el juzgador adoptase una decisión negativa, habida cuenta de que aquí el único supuesto a comprobar es el correspondiente al delito por el que se sigue el proceso. Acreditado que sea este extremo, debe el juez conceder la liberación protestatoria.

El Cdf. no menciona expresamente las obligaciones que el inculpado contrae con motivo de la protestatoria. Por su parte, el Cf. remite, en este punto, al régimen de la caucional (artículo 418). Creemos que las consecuencias de la protestatoria son las mismas a que aludíamos al hablar de la caucional, menos en lo que tiene que ver con el extremo, muy importante, de la garantía.

Las causas de revocación de la libertad protestatoria corren parejas, en cierta medida, con las correspondientes a la caucional. Esto, especialmente en el Cf., ya que en el Cdf. no se alude a comisión de nuevo delito ni a amenazas, cohecho y soborno (artículos 554 Cdf. y 421 Cf.). Tampoco se habla expresamente, aunque sí se infiere, de la revocación por desobediencia de las órdenes legítimas emanadas del juez o tribunal. Consideramos que la libertad protestatoria no podría ser nunca revocada en la primera de las hipótesis especiales mencionadas, so pena de violar el segundo párrafo de la fracción X del artículo 20 constitucional, ni en la segunda cuando sólo el inculpado recurrió, pues de lo contrario se harían nugatorias, si bien que indirectamente, las consecuencias del principio *no reformatio in pejus*; ni en la tercera, por último, salvo que así lo solicite el Ministerio Público.

Al comentar la causa de revocación prevista por el artículo 554, fracción II, Cdf., esto es, la emisión de sentencia condenatoria en primera o en segunda instancias, Rivera Silva comenta: "es de señalarse el injusto proceder del legislador del orden común, que con una resolución que

todavía no establece la verdad legal, como es la de primera instancia en la que está pendiente un recurso, ordena la revocación."

VIII. *Libertad previa*

Una nueva forma de libertad cautelar, caucionada, fue introducida por la reforma de 1971 al Código Distrital de Procedimientos Penales. Esta distinta liberación ofrece la singularidad de que su otorgamiento compete al Ministerio Público, esto es, se otorga en fase de averiguación previa, al tenor del artículo 271 adicionado. Se ha tratado aquí de afrontar, desde cierta vertiente, los problemas que causa la moderna y extendida delincuencia culposa con motivo del tránsito de vehículos. No hay en la especie, como bien se advierte, una criminalidad peligrosa que amerite sanciones severas y regímenes cautelares rigurosos.

Por lo demás, esta reforma procesal enlaza con la introducida por el artículo 62 del Cp., que agrega a los delitos perseguibles por querrela necesaria ciertas hipótesis de lesiones leves ocasionadas, asimismo, con motivo del tránsito de vehículos.

Se ha puesto en manos del Ministerio Público la liberación de referencia, siempre que el infractor otorgue garantía y cuando, además, no hubiese mediado abandono del o de los lesionados. En su hora comentamos que la posibilidad y conveniencia de la liberación en estos casos, tan frecuentes, resulta de la circunstancia de que aquí los imputados obtendrían la libertad provisional ante el juzgador, por tratarse de delitos de imprudencia (artículo 8º, fracción II, Cp.), cuya pena media es considerablemente inferior a cinco años (artículo 60 Cp.). Carece de razón, por ende, privar de libertad a los infractores, sujetos que en la gran mayoría de los casos están exentos de peligrosidad, sometién-dolos a la severa molestia inherente a la detención.

Mas como también se tiende, con la reforma, a favorecer el espíritu solidario que es base y resultado de una adecuada convivencia, el beneficio procedimental que ahora glosamos se niega a quien incurra en abandono del lesionado. Con frecuencia acontece que el manejador, temeroso de la detención y carente, por lo demás, de un sólido sentido de responsabilidad social, opta por abandonar al herido y eludir, con ello, las consecuencias de su acción ilícita. Tal vez la certeza de la perseguibilidad por querrela en algunos casos, por una parte, y de la posibilidad de obtener la libertad inmediata en todos los casos, por la otra, consigan abatir en mayor o menor medida las situaciones de sustracción a la justicia y de abandono de atropellados.

El nuevo mandato del Cp. alude sólo a garantía, sin especificar en qué habrá de consistir ésta. Dada la amplitud de la ley y la variedad de formas materiales de cautela, podría tratarse de depósito, fianza, hipoteca o prenda. Empero, en la práctica, vistas las circunstancias en

que se produce la liberación y tomando en cuenta la necesidad de que ésta no ocasione inútil perjuicio económico al liberado, y considerando además la futura, inminente libertad caucional judicial, que aparejará sus propias exigencias económicas, es lógico optar por el depósito, según se ha hecho, como medida preferible sobre las demás del catálogo cautelar.

Es claro que esta libertad, a la que pudiéramos llamar provisional administrativa o previa, atendiendo para semejante denominación tanto a su naturaleza como a la autoridad que la concede, es distinta e independiente de la que previene la fracción I del artículo 20 C. De aquí no se sigue, ciertamente, su inconstitucionalidad, como se ha creído observar en las normas precursoras que al respecto contiene el derecho del Estado de México. Y no la hay, porque si bien es cierto que el artículo 20 habla sólo del otorgamiento de libertad por el juez, también lo es que dicho texto consagra una garantía mínima, incompressible, más no un tope máximo a los derechos del inculcado. De ahí, entonces, que la ley secundaria proceda acertadamente al ampliar las prevenciones favorables a este sujeto.

Tal libertad apareja, como las demás de su género, sujeción al procedimiento, traducida en el deber de que el presunto responsable se presente ante el Ministerio Público y ante el juez, en su caso. La desobediencia a la cita o a las órdenes que en la secuela procedimental se dicten, legítimamente, se traduce en presentación forzosa del inculcado, aprehensión del mismo —si se está en fase judicial— y realización de la garantía. Por lo demás, ésta se cancelará y devolverá, en su caso, cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal o una vez que se haya presentado el presunto responsable ante el juez de la causa.

Es pertinente advertir que dentro del mecanismo de los depósitos se considera la posibilidad de que el Ministerio Público endose al juez el billete respectivo, al tiempo de practicar la consignación. Así las cosas, y en el supuesto de que la caución fijada por la autoridad persecutoria sea también aceptable por la jurisdiccional, se evitarán molestias al inculcado y mediante un solo acto de garantía podrá éste asegurar la oportuna y prácticamente automática transformación de la libertad previa administrativa en libertad provisional. Por supuesto, subsiste siempre en favor del inculcado la elección, regida por el artículo 20, fracción I, C, entre diversas formas de garantía. Esta opción inalienable no opera, en cambio, en el área de la averiguación previa, por no abarcarla el mandato supremo. Lógico es presumir, empero, que el inculcado se decidirá regularmente por continuar garantizando con el depósito las obligaciones inherentes a la libertad provisional. Esta situación se fortalecería si la prima de la fianza equivaliese al monto del depósito. Con todo ello, el aseguramiento mediante fianza sería gradualmente desplazado por el aseguramiento mediante depósito, con el consiguiente menor sacrificio económico para el inculcado que cumpla sus deberes procesales,

dado que éste tendrá siempre ante sí la posibilidad de obtener la devolución de la cantidad depositada, en su oportunidad.

Por demás está decir que el juez puede, a su arbitrio, estimar suficiente o insuficiente el depósito otorgado ante el Ministerio Público y, por ello, sujetar la caución judicial al mismo monto o reclamar uno diverso.

Adviértase, por fin, que en el caso de la garantía conectada a la libertad previa se hace señalamiento de dos finalidades específicas de la medida cautelar. En efecto, el artículo 271 Cdf. resuelve que la garantía deberá asegurar suficientemente tanto el no sustraerse a la acción de la justicia como el pago de la reparación del daño.

IX. *Arraigo y examen anticipado de testigos*

El artículo 11 C, subordina el derecho subjetivo de tránsito a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad penal o civil. Por su parte, el artículo 205 Cf. permite el arraigo del inculpado, a pedimento del Ministerio Público cuando el delito por el que se sigue el proceso merezca pena diversa de la corporal o alternativa y exista la posibilidad de que se dificulte la averiguación si se ausenta aquél. A su turno, los artículos 215 Cdf. y 256 Cf. establecen el arraigo de testigos. Además, el último precepto referido hace posible el examen anticipado de los testigos cuando tuvieren que ausentarse del lugar donde se practican las diligencias.

X. *Precauciones para el examen de testigos*

Los testigos deben ser examinados separadamente y el funcionario que practique las diligencias puede tomar las precauciones necesarias para que no se comuniquen entre sí, ni por medio de otra persona, antes de que rindan su declaración (artículo 216 Cdf. y 257 Cf.).

XI. *Precauciones en la confrontación*

Al practicarse la confrontación se deben adoptar ciertas precauciones: que el confrontado no se disfrace ni desfigure ni borre las huellas o señales que tenga, y que se presente acompañado por individuos semejantes, con vestidos y señas similares (artículos 219 Cdf. y 260 Cf.). Además, el juez puede conceder, a petición de parte, mayores precauciones que éstas (artículo 220 Cdf. y 261 Cf.). Finalmente y también dentro de los límites de la autorización judicial, el confrontado puede pedir se excluya de la fila a quien le parezca sospechoso, y elegir el sitio en que quiera colocarse entre sus acompañantes (artículo 221 Cdf. y 262 Cf.).

XII. Precauciones para que no se interrumpan los servicios públicos

El artículo 201 Cf. ordena tomar medidas para que no se interrumpa el servicio, se haga cumplida entrega de los objetos que a este particular maneje el inculcado y no se fugue el mismo, cuando se trate de aprehender a funcionarios que manejan fondos públicos. Iguales providencias deben tomarse, conforme al artículo 203, cuando deba aprehenderse a un empleado oficial o a un particular que en ese momento esté trabajando en un servicio público. Asimismo, el superior jerárquico del inculcado debe prever las medidas necesarias para cubrir el servicio que éste tenga a su cargo, dentro de veinticuatro horas (o el tiempo estrictamente indispensable, conforme al artículo 70 de la Lr., que se refiere a la aprehensión de funcionarios o empleados con manejo de fondos o cualesquiera otros que desempeñen labores que no se puedan abandonar sin causar graves perjuicios o trastornos a los servicios públicos o de interés general).

XIII. Medidas en la aprehensión de ciertos funcionarios

De las precauciones para que no se interrumpan los servicios públicos resultan medidas concernientes a la vigilancia de funcionarios que no deben ser aprehendidos de inmediato. Además, estas medidas son necesarias en caso de aprehensión de funcionarios que disfrutan de inmunidad. Así, la necesidad de previa autorización para aprehender a un agente del Ministerio Público federal no es obstáculo para que se sujete al inculcado a la vigilancia de la policía a fin de evitar que se sus- traiga a la acción de la justicia (artículo 60 Lmpf.).

XIV. Medidas precautorias reales

Las medidas reales precautorias o de cautela se hallan estrechamente vinculadas al enjuiciamiento civil; empero, no se las desconoce, ni con mucho, en el cuadro del enjuiciamiento penal, donde atienden, según dice Alcalá-Zamora, al doble propósito de garantizar el disfrute de un beneficio procesal, cual es la libertad procesal, y de asegurar las responsabilidades económicas inherentes al delito cometido, por vía de reparación del daño.

1. Embargo

En ejercicio de la acción penal, incumbe al Ministerio Público pedir el aseguramiento precautorio de bienes, para efectos de reparación del

daño (artículo 136, fracción III. Cl.). A dicho embargo cautelar, cuando exista temor fundado de que el reo oculte o enajene los bienes en que pueda hacerse efectiva la reparación del daño, alude también el artículo 149 Cl., que dispensa de él si se otorga fianza bastante. Los artículos 538 Cdf. y 493 Cl., por lo demás, remiten a los códigos respectivos de procedimientos civiles para la regulación de las medidas precautorias en favor de quien tenga derecho al resarcimiento exigible a terceros por incidente planteado en el juicio penal.

2. *Depósito*

El depósito en efectivo, hecho por el inculcado o por terceros, es una de las formas de caución en la libertad provisional, sea ésta la que concede el juez, abierto ya el proceso, sea la que discierne el Ministerio Público, en oportunidad de la averiguación previa bajo los términos del artículo 271 Cdf. Debe realizarse el depósito en la Nacional Financiera; el certificado se depositará en la Procuraduría de Justicia del Distrito o en la caja de valores del tribunal, según corresponda. Cuando por la hora o el día no se pueda hacer así el depósito judicial, se realizará en el tribunal, y el juez mandará depositar la cantidad recibida en la institución citada el primer día hábil para ello (artículos 562, fracción I, Cdf. y 404 Cl.).

3. *Hipoteca*

La hipoteca otorgada por el reo o por terceros constituye otra de las formas posibles de garantizar la libertad provisional. El inmueble no debe tener gravamen alguno y su valor fiscal o catastral será de por lo menos tres veces el monto de la caución fijada (artículos 562, fracción II, Cdf. y 405 Cl.). Se debe presentar certificado de libertad de gravámenes y constancia de pago de contribuciones (artículo 564 Cdf.).

4. *Fianza*

La fianza puede substituir al embargo precautorio para efectos de reparación (artículo 149 Cl.). También puede exigirse fianza al ofendido para devolverle bienes cuya entrega pudiera lesionar derechos de tercero o del inculcado (artículo 38 Cl.). Mas la aplicación típica de la fianza es la caucional para la concesión de la libertad provisional. La regla genérica a este respecto está fijada por los artículos 34 Cdf. y 34, también, Cl., que sujetan las fianzas a las disposiciones de los mencionados códigos y, en su defecto, remiten al Cc. Cuando la fianza sea por menos de trescientos pesos, el juez apreciará la solvencia e idonei-

dad del fiador (artículo 406 Cf.). En fianza por más de trescientos pesos, el fiador deberá comprobar que tiene bienes raíces inscritos en el Registro Público de la Propiedad, cuyo valor sea cinco veces mayor (en lo federal, tres veces, según el artículo 408) que la cantidad fijada como garantía (artículo 563 Cdf.), y presentar certificado de libertad de gravámenes y constancia de estar al corriente en el pago de contribuciones (artículo 564 Cdf.). Para estas fianzas mayores de trescientos pesos, el artículo 407 Cf. remite a los artículos 2851 a 2855 del Cc., sobre la fianza legal o judicial. Además, los fiadores deberán declarar sobre las fianzas que con anterioridad hubiesen otorgado (artículos 565 Cdf. y 410 Cf.). De esta obligación y de la de tener bienes raíces inscritos en el Registro Público están exentas las empresas afianzadoras, que son, por lo demás, quienes con mayor frecuencia e importancia intervienen en el otorgamiento de cauciones judiciales. En el Tribunal Superior se llevará índice de las fianzas concedidas ante éste o ante los juzgados de su jurisdicción (artículo 566 Cdf.).

Nótese, dentro del propósito de amparar a la víctima del delito, bien llamada el sujeto olvidado del drama penal, que el artículo 417 Cf. dispone que, cuando se haga efectiva la garantía, la autoridad fiscal deberá conservar su importe para los efectos del artículo 35, *in fine*, del Cp., es decir, para el pago de la sanción pecuniaria cuando el inculpaado se sustraiga a la acción de la justicia; aquélla, como ya recordamos, abarca por igual a la multa y a la reparación del daño privado.

5. Aseguramiento de objetos

Puede ser considerado el aseguramiento de objetos tanto en términos generales como en hipótesis específicas concernientes a cadáveres, casos de envenenamiento, substancias consumibles y documentos.

En el cuadro general, los artículos 269 Cdf. y 123 Cf. se refieren a la conservación o secuestro de objetos relacionados con el delito, durante las diligencias de policía judicial. A la misma materia aluden los artículos 98 y 100 Cdf. y 181 y 182 Cf., que prescriben el aseguramiento de cosas relacionadas con el delito y su adecuada conservación. Conforme al artículo 38 Cf., esta detención puede extenderse a cosas del ofendido. También hay aseguramiento de objetos en los casos de cateo (artículos 160 Cdf. y 69 y 70 Cf.).

Tratándose de cadáveres, el artículo 185 Cf. permite entregarlos a quienes los reclamen, debiendo manifestar los reclamantes el lugar en que los cuerpos quedarán depositados a disposición del juzgador y conducirlos, cuando proceda, al que se destine a la práctica de la autopsia. Ahora bien, si hubiese temor de que el cadáver fuese ocultado o sufriera alteraciones, sólo se entregará después de practicada la autopsia o una vez resuelto que ésta no es necesaria. Creemos que la entrega de

cadáveres no debiera hacerse, en rigor, a cualquier reclamante, sino sólo a persona legitimada para recabarlos y ésta no será otra que quien tenga derecho al cuerpo conforme a las prescripciones y prácticas sanitarias, que suelen asociarse a la gradación sucesoria de los interesados.

Los vestidos de cadáveres no identificados se conservarán en depósito para ser presentados a los testigos de identidad (artículo 106 Cdf.).

En supuesto de envenenamiento se recogerán y conservarán con las precauciones necesarias para evitar su alteración, las vasijas y otros objetos que haya usado la víctima, así como los restos de los alimentos, bebidas y medicinas que hubiere ingerido y las deyecciones y vómitos que hubiere tenido, todo lo cual será debidamente depositado. Además, se ordena descripción de los síntomas que presente el intoxicado y el reconocimiento pericial a la brevedad posible (artículos 113 Cdf. y 186 Cf.).

Cuando el dictamen pericial recaiga sobre sustancias consumibles, el análisis por peritos sólo se realizará sobre la mitad de ellas, a no ser que la cantidad disponible sea tan escasa que resulte necesario consumirla íntegramente. (artículos 179 Cdf. y 237 Cf.).

En caso de delito de falsificación documental, el instrumento se depositará en lugar seguro, haciendo que firmen sobre él, de ser posible, quienes sostienen su falsedad. Al expediente se agregará copia fotostática del documento, así como copia certificada, cuando sea factible (artículos 119 Cdf. y 187 Cf.).

6. *Intercepción de correspondencia*

El artículo 25 C previene que la correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley. Además, el registro, retención o demora injustificada en la entrega de correspondencia que en tal forma circule constituye delito oficial (artículo 18, fracción LIII, Lr.). Empero, los artículos 235 a 237 Cdf. y 273 y 274 Cf., cuya constitucionalidad es dudosa, habida cuenta del enfático texto de la Ley fundamental, permiten al juez, por instancia del Ministerio Público, recoger la correspondencia y leerla. Si no tiene relación con el delito, la devolverá al inculpado o a un familiar de éste; de lo contrario, comunicará su contenido al imputado y la agregará al proceso.

7. *Medidas en cateo de residencias diplomáticas*

Para la práctica de cateos en la casa oficial de algunos agentes diplomáticos, el juez debe solicitar instrucciones a la Secretaría de Relaciones Exteriores y sujetarse a ellas. Empero, mientras las recibe, tomará en el exterior de la casa las providencias que estime convenientes (artículo 156 Cdf.).