

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL DE 1996

I. INTRODUCCIÓN

El 3 de julio de 1996 apareció publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la tan anunciada reforma constitucional, la exposición de motivos se presentaba como una patente necesidad social el establecimiento de nuevos parámetros en materia de comunicaciones privadas, libertad provisional bajo caución, policía judicial y decomiso de bienes, lo cual, a decir de su contenido, permitirá a la sociedad defenderse de las nuevas formas de criminalidad que atentan contra ella y, a las autoridades, disponer de los medios legales pertinentes, con el fin de configurar un sistema adecuado a los procedimientos técnicos de investigación, los cuales no cesan de perfeccionarse.

También, se trató de encontrar justificación en virtud de los compromisos internacionales adoptados, con lo cual se intentó fundamentar la reforma constitucional, la cual en la misma tendencia que su precedente de 1993, modificó principios inmersos en el sistema jurídico mexicano.

En tal virtud se reformó el contenido de los artículos 16, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los aspectos que a continuación se analizan.

II. REFORMA AL ARTÍCULO 16

En lo que se refiere a la reforma cuyo contenido sólo se había reformado en dos ocasiones previas, uno por adición a fin de reubicar lo que originalmente se prescribía en los artículos 25 y 26 y la reforma de 1993 que eliminó el concepto de cuerpo del delito e introdujo los de tipo penal, delitos, graves, delincuencia organizada y planteó la posibilidad de detenciones por parte del agente del Ministerio Público en atención a la urgencia y la gravedad del delito. Aspectos que en su mayoría tendieron a mejorar la técnica constitucional, aun

cuando se cayó en el exceso de adjetivar (introducir aspectos eminentemente procesales) el contenido de la Constitución.¹

A. *La justificación*

La reforma del 1996 al mencionado artículo contiene una incomprensible justificación, la cual resulta contraria incluso con los postulados incluidos en las diversas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que pretende utilizar como fundamento, lo cual deriva de su propio origen, pues siendo documentos provenientes del seno de las Naciones Unidas, entonces su contenido debe ser acorde con los principios de no intervención, que similares resoluciones establecen, así como de respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas.

Con motivo de la reforma se introdujeron dos nuevos párrafos al artículo 16 constitucional, el noveno y décimo, con el fin de reconocer el derecho a las comunicaciones privadas, circunstancia que debemos recordar, ya se aceptaba en diversos ordenamientos legales suscritos por nuestro país, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos,² el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,³ la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵

1 Nos referimos a la tendencia adoptada por el legislador en la reforma al artículo 16 constitucional en 1996, a partir de la cual llevó a su texto aspectos como la clasificación de delitos graves y delincuencia organizada, no obstante que éstos no existían como tales en el sistema jurídico penal mexicano, así como la autorización para el agente del Ministerio Público para que pueda realizar detenciones hasta por 4 días (noventa y seis horas).

2 El artículo 12: "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias."

3 El artículo 17 a la letra señala: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación; 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o esos ataques", derecho que el propio pacto en el artículo 2o. reconoce como obligación a cargo de cada uno de los Estados a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en dicho pacto, además de establecerse el compromiso por parte de los Estados signatarios de adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los mencionados derechos.

4 El artículo quinto señala: "toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos, a su reputación y a su vida privada y familiar".

5 El artículo décimo primero, establece: "1. Toda persona tiene derecho al respeto a su honra y al reconocimiento de su dignidad; 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación; 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o ataques."

También existe un documento análogo como lo es la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales,⁶ el cual contempla algo similar.

Los nuevos párrafos del artículo 16, noveno y décimo, literalmente señalan lo siguiente:

Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de una autoridad federal que faculte la Ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La motivación de lo anterior se precisó en el sentido de referir algunas constituciones de otros países que incluyen prescripciones similares a las que se introdujeron al texto constitucional y reseñar los casos de países como Brasil,⁷ Ecuador,⁸ España,⁹ Italia¹⁰ y Portugal.¹¹

6 En su artículo 80. reproduce literalmente lo preceptuado por las convenciones americanas pero aclara "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar de su domicilio y de su correspondencia; 2. No habrá injerencia alguna por parte de la autoridad pública en el ejercicio de ese derecho salvo cuando sea necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, seguridad pública, o el bienestar económico y la prevención de delitos penales, la protección de la salud o la moral o la protección de los derechos y libertades de otros."

7 En el artículo 15, inciso 3, señala que "la correspondencia y demás formas de comunicación privadas son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la Ley".

8 El artículo 19, numeral 8, establece "la inviolabilidad y el secreto de la correspondencia, sólo podrá ser aprehendida, abierta y examinada en los casos previstos por la Ley. Se guardará secreto de los asuntos ajenos al hecho que motivare su examen. El mismo principio se observará con respecto a las comunicaciones telegráficas, cablegráficas y telefónicas. Los documentos obtenidos con violación de esta garantía, no harán fe en juicio".

9 El artículo 18, punto 3, establece que "se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial".

10 El artículo 15, "serán inviolables la libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación. La limitación de los mismos sólo podrá producirse por auto motivado de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la Ley".

11 En su artículo 34 punto 4, "queda prohibida toda injerencia de las autoridades públicas en la correspondencia y en las telecomunicaciones, salvo los casos previstos en la Ley en materia de enjuiciamiento."

Del análisis de dichas constituciones, se desprende la clara tendencia por llevar a la legislación interna, lo que se encuentra reconocido por sus propios gobiernos en infinidad de instrumentos internacionales, en los cuales también el nuestro ha participado.

La reforma reconoció en la primera parte la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, pero dicho reconocimiento hábilmente se realizó con el fin de limitar, posteriormente, su goce, lo cual es un contrasentido, pues resulta absurdo que realice el reconocimiento de derechos precisamente para limitarlos.

En efecto, la exposición de motivos de la reforma señala que una vez establecida la garantía individual resultaría necesario establecer las excepciones, como sucede en todos los casos de las garantías individuales, en donde primero se prevé la garantía y después la excepciones. Situación contraria a la tendencia de respeto a los derechos humanos, en países con regímenes de gobierno basados en la democracia un principio básico en dicha área, lo es que al ser reconocidos derechos de tal índole, deben sumarse esfuerzos para ampliar su contenido, mas no para idear mecanismos que permitan su limitación, como sucede en aquellos países que aún hoy en día conservan un régimen de gobierno totalitario, siendo falsa la afirmación utilizada en la exposición de motivos en el sentido de que siempre al reconocerse derechos fundamentales de las personas o bien "garantías individuales" es conveniente determinar los supuestos de excepción en su goce.

De igual manera, la reforma contempla: "exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la Ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada". Lo cual amerita la siguiente reflexión: en principio las autorizaciones a nivel federal no se habrán de limitar al agente del Ministerio Público Federal a partir de lo contemplado en el texto constitucional, sino que bastará una prescripción legal incluida en la ley secundaria para que pueda ser realizada por cualquier otra autoridad federal, lo cual se traduce en una clara contradicción, puesto que si se trataba de implementar modernas técnicas de investigación de delitos, entonces resultaba congruente e indispensable que el único autorizado para realizar dicho tipo de intervenciones fuese el agente del Ministerio Público.

En el actual estado de cosas, la reforma ha posibilitado a cualquier autoridad federal para presentar solicitudes de intervención de comunicaciones privadas, circunstancias que nos parecen sumamente delicadas.

De igual manera, la reforma constitucional introdujo la posibilidad en cuanto al agente del Ministerio Público de las entidades federativas, de que puedan serle concedidas autorizaciones para la intervención de comunicaciones priva-

das, lo cual supone la necesidad de una ampliación de sus facultades, así como la existencia de una debida reglamentación de éstas, para determinar los casos y supuestos ante los cuales podrá proceder, situación que nos remite a una problemática similar a la que actualmente padecemos en torno a la concepción de la delincuencia organizada,¹² pero vista desde una perspectiva jurídica distinta.

Por otra parte, se establece un doble control aplicable a las solicitudes de intervención de comunicaciones privadas, sujetándolas a un control jurisdiccional, siendo dicha autoridad la única que podrá obsequiarlas y, por el otro, al de legalidad, que supone una debida fundamentación y motivación de las causas legales de la solicitud, así como un contenido mínimo que señale el tipo de intervención, los sujetos de la misma (en donde debemos suponer se incluye tanto el activo como el pasivo) y su duración.

También contempla que no podrán otorgarse autorizaciones tratándose de materias, tales como la electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor; en esta parte, se utiliza una redacción desafortunada, pues cuando se trata de prohibir algo, por lo general la técnica ordena señalar con precisión lo que se autoriza o especificar lo que resultará procedente; en el presente caso, lo ideal era que el legislador precisara como procedente sólo el caso de la materia penal y evitar, de esta manera el uso de una clasificación muy restringida que deja fuera aspectos como las materias familiar, notarial, bursátil, bancaria, financiera e internacional, en donde tal parece que será procedente una solicitud de intervención.

Finalmente, el párrafo décimo de reciente incorporación postula que las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes, especificando que los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio, lo cual bien pudo haberse obviado, pues resulta claro que uno de los principios que rigen a los medios probatorios es que no resulten ser contrarios al derecho, principio que se retoma claramente por las leyes procesales federales de nuestro país. Por lo cual, consideramos no era necesario introducirlo en la Constitución, pues con esto lo único que logramos es continuar con la práctica de transformar a la

12 En este sentido recordemos que a partir de la reforma constitucional de 1993 y de la consecuente adecuación del Código Federal de Procedimientos Penales, se introdujo una calificación en torno a la delincuencia organizada, misma que no fue retomada por los códigos penales del fuero común, sino que en los más de los casos se plantearon descripciones en torno a la delincuencia organizada con elementos totalmente diversos de los incluidos en la descripción federal, circunstancia que representa un grave problema, pues lo que en alguna parte del territorio se entiende por tal, en otro no es sino algo distinto.

Constitución en una ley adjetiva que determine procedimientos específicos que más bien resultan ser los contenidos comunes de las leyes procesales y no de textos constitucionales.

B. *La reglamentación federal*

Por otra parte, a fin de reglamentar el contenido del texto incorporado al artículo 16 constitucional en materia de comunicaciones privadas se determinó como texto legal idóneo a la LFCDO,¹³ lo cual, en principio, representa un grave error de técnica, pues resulta absurdo que una ley de carácter penal, bajo el nombre de LFCDO, sea el instrumento para reglamentar el derecho a las comunicaciones privadas.

La mencionada ley autoriza la intervención de comunicaciones privadas, previéndose la necesidad de un control jurisdiccional, salvo cuando medie autorización de alguna de las personas que participe en la comunicación intervenida.¹⁴

En efecto, el artículo 15 señala que cuando el Ministerio Público considere necesaria la intervención de comunicaciones privadas, ya sea telefónicas, radiotelefónicas, telegráficas o cualquiera otra; el acceso a bancos y sistemas informáticos, computacionales o similares, lo solicitará por escrito a la autoridad judicial federal, la que deberá resolverlo en los términos de ley dentro de las doce horas siguientes de recibida la solicitud.

A partir del anterior supuesto, se establece un control judicial a las solicitudes de intervención de comunicaciones privadas, con excepción de cuando medie autorización de alguna de las personas que participe en la comunicación, caso en el cual no será necesario tramitar ante el juez la solicitud: circunstancia que mantiene al margen del control jurisdiccional dichas prácticas; lo recomendable hubiera sido utilizar fórmulas que delimiten con precisión aquellos casos en los cuales por excepción podrá obviarse la autorización judicial sobre bases como: a) la urgencia que involucre peligro inmediato de muerte o serios daños físicos a cualquier persona; b) actividades que atenten contra la seguridad nacional, o c) actividades características del crimen organizado que requiera una comunicación por cable, oral o electrónica, que amerite ser interceptada antes de que sea extendida una orden de intervención con los debidos requisitos de legalidad.

¹³ Situación absurda, pues lo más recomendable sería la reglamentación del derecho a la información con una ley específica que abordara no sólo las materias que se plantean en la iniciativa.

¹⁴ En este supuesto, resulta un exceso haber incluido fórmulas inmersas en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, al reproducir integralmente el contenido del artículo 2511, punto 2 (c) título 18, parte I, capítulo 119, del *U.S. Code*.

En la LFCDO se deja al margen dichas circunstancias y simplemente se establece que cuando haya "autorización" de alguna de las partes que intervienen en la comunicación, entonces el control jurisdiccional de los actos de autoridad, específicamente los realizados por el agente del Ministerio Público para la intervención de comunicaciones privadas desaparecen, sin precisar los términos en que debe obsequiarse o corroborarse la "autorización".

Por otra parte, se hace referencia a un término de doce horas al final del cual deberá resolverse por parte del juez en torno a una solicitud de intervención telefónica, dicho término difícilmente podría ser suficiente, máxime si en las legislaciones similares de otros países se opta por términos más amplios (24 o 48 horas), que aun cuando también resultan hasta cierto punto estrechos, guardan mayor amplitud que el propuesto, pues difícilmente podría darse cumplimiento al mismo dada la actual situación que padecen los tribunales en nuestro país, salvo que se constituyeran jueces federales ex profeso para dicho tipo de trámites.

En el artículo 18 se establece que para conceder o negar la solicitud de intervención de comunicaciones, el juez únicamente constatará la existencia de indicios suficientes para considerar que la persona investigada es miembro de o colabora con la delincuencia organizada y que el medio de comunicación o el banco informático, computacional o similar, o bien el lugar que se pretende vigilar electrónicamente, es o puede ser utilizado por dicha persona.

Lo anterior constituye un punto extremadamente delicado, pues no se precisa en el contenido de la ley, la obligación a cargo del Ministerio Público de acreditar la necesidad de intervenir comunicaciones privadas, bajo los parámetros de *ultima ratio* y en virtud de la ineficiencia de las restantes técnicas y métodos de investigación.

Lo más conveniente pudo ser que la LFCDO retomara fórmulas que garantizaran y permitieran al juez tener conocimiento de manera amplia y clara de la ineficiencia de los procedimientos y técnicas de investigación intentados, la manera en que han fallado, o bien, la explicación de manera razonable de por qué no podrían tener éxito si se utilizaran o lo peligroso que podrían resultar, con lo cual se evitaría utilizar una medida tan drástica para la sociedad simplemente por el hecho de tener conocimiento, a partir de indicios, de que un miembro o colaborador de la delincuencia organizada va a utilizar un determinado medio de comunicación.

Otro problema que aflora con la LFCDO, es el relativo a la autenticidad de la información obtenida con motivo de una intervención, sobre todo porque el artículo 20 establece que en el caso de intervención de comunicaciones privadas, "el Ministerio Público ordenará la transcripción de aquellas grabaciones que

resulten de interés para la averiguación previa”, en este supuesto se incluye la posibilidad de que el Ministerio Público pueda girar órdenes de transcripción de dicha información, no obstante que el conocimiento de las comunicaciones privadas interceptadas, en principio debe estar restringido a un determinado número de sujetos, claramente delimitado en la correspondiente autorización otorgada por el juez, no resultando conveniente la alteración del contenido de ésta mediante el cambio de la oralidad a lo escrito, en virtud de las tergiversaciones que dicha circunstancia puede provocar.

Respecto de la ampliación de la autorización para otros sujetos, en el artículo 25 se introduce la posibilidad para los casos de intervención de comunicaciones privadas en que el Ministerio Público Federal haya ordenado la detención de alguna persona, éste pueda solicitar a la autoridad judicial federal la autorización para realizar la intervención de comunicaciones telefónicas o la vigilancia electrónica; solicitud que deberá resolverse en los términos de ley dentro de las doce horas siguientes a su recepción, lo cual representa un absurdo, pues resulta prácticamente imposible que un juez resuelva algo tan complejo como lo es la conveniencia de limitar un derecho constitucional en un lapso de doce horas, la única posibilidad de que dicha circunstancia pudiera presentarse, sería la existencia de jueces especializados en dichos trámites laborando las veinticuatro horas del día.¹⁵

También, se establece que revelar, divulgar o utilizar sin autorización en perjuicio de otro, la información o imágenes obtenidas en el curso de una intervención, serán sancionadas en los términos de la ley respectiva; empero, más bien la propia ley debió establecer una reglamentación específica en materia de responsabilidad penal, atribuible a los responsables de la violación de su contenido.

C. La reglamentación a nivel local

En torno a la reglamentación de la intervención de comunicaciones privadas, recordemos que a nivel federal, se realizó en la LFCDO, en tanto que a nivel local se optó por la Ley Orgánica al Poder Judicial de la Federación de 1996, en la cual se plantea la posibilidad de que el juez federal, en su carácter de órgano jurisdiccional de control de la garantía incorporada al artículo 16, sólo pueda otorgar autorización a los agentes del Ministerio Público del fuero común

¹⁵ Lo anterior es doblemente criticable, máxime cuando es claro que en nuestro sistema judicial federal el trámite de un juicio de amparo requiere al menos de treinta días para que el juez resuelva respecto del fondo del asunto, siendo incompatible dicho término con las escasas doce horas a que se pretende sujetar el análisis de una limitación de garantías individuales como lo es el derecho a las comunicaciones privadas.

para intervenir comunicaciones privadas, cuando las solicitudes se formulen en términos de las legislaciones locales, y se trate de los delitos de homicidio, asalto en carreteras o caminos, robo de vehículos, privación ilegal de la libertad o secuestro y tráfico de menores.

En este sentido, podemos destacar que una ley reglamentaria como es el caso de la LOPJF, se desnaturaliza al reglamentar el ejercicio de un derecho fundamental para las personas como lo sería el de privacidad, así como los límites del mismo, además de establecer una reglamentación en una materia que no está reservada a la Federación, sino que compete a los estados.

Respecto de los lineamientos que debe observar el Agente del Ministerio Público del fuero común, el procedimiento para obtener autorización para intervenir comunicaciones privadas, los requisitos previstos y el trámite de ésta guarda una plena concordancia con el contenido de la LFCDO, en tal virtud, sólo puede otorgarse la autorización al agente del Ministerio Público del fuero común, siendo el titular del Ministerio Público el responsable de que la intervención se realice ajustada a la autorización judicial y de que ésta, a su vez, cubra el requisito de la fundamentación y la motivación, además de precisar, el tipo de intervención y los sujetos que serán intervenidos, el periodo de duración.

De igual manera, la autorización que otorgue el juez se acompañará de las instrucciones específicas a cargo de las instituciones públicas o privadas a fin de obtener su colaboración, así como de las características de la intervención, sus modalidades y límites.

En este caso, el juez se encuentra facultado para verificar la ejecución de la autorización que ha emitido, por lo que en cualquier momento, puede evaluar si las intervenciones se están realizando en los términos autorizados y en caso de incumplimiento decretar la revocación parcial o total.

III. LA REFORMA AL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL

El cambio realizado al artículo 20, fracción primera, se realizó con el objetivo de modificar el contenido de la reforma de 1993, la cual amplió la posibilidad de otorgar la libertad provisional bajo caución a toda persona detenida por la comisión de un delito que no fuese considerado grave, circunstancia que originó la necesaria revisión de las leyes locales y federales, así como las locales a fin de establecer cuáles tipos penales serían considerados como graves y en consecuencia, se les excluiría la posibilidad a los sujetos que los concretaran de otorgarles el beneficio de la libertad provisional.

Ahora bien, realizar el análisis de la primera fracción del artículo 20 constitucional, nos obliga revisar lo que ha sucedido durante el transcurso de la historia en materia de libertad provisional, recordemos que el texto original de la primera fracción del artículo 20 constitucional, planteaba en un solo párrafo:

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

A. *La primera reforma*

La idea original del Constituyente de 1917, sólo perduró por treinta y un años, pues en 1948 se reformó el texto de la primera fracción del artículo 20 constitucional,¹⁶ la reforma se orientó en los siguientes términos.

En cuanto a la fianza (el término fianza se utilizó como sinónimo de caución) se modificó la limitación de su monto que en el texto original sólo era factible que ascendiera hasta diez mil pesos, en tal sentido se incluyó en el texto constitucional un monto máximo de doscientos cincuenta mil pesos. Por otra parte, se estableció una regla para los delitos de carácter patrimonial, en los cuales la determinación de la fianza o caución sería de cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado.

Respecto de los delitos en los cuales sería factible conceder dicho beneficio al inculpado, se introdujo la fórmula del término medio aritmético que significó una modificación sustancial en materia de la libertad provisional bajo caución, pues, por un lado, amplió el espectro jurídico existente hasta esa época en torno a su concesión, y por otra parte, se responsabilizó constitucionalmente al juez en la aceptación de la fianza.

La primera fracción del artículo 20 estaba compuesta por dos párrafos, los cuales a la letra señalaban:

Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza que fijará el juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, y sin más requisito que poner la

¹⁶ La reforma apareció publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 2 de diciembre de 1948.

suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastantes para asegurarla, bajo la responsabilidad del juez en su aceptación.

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

B. La segunda reforma

La segunda reforma apareció publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 14 de enero de 1985, en su contenido se replanteó la denominación de la libertad provisional bajo fianza e introdujo el término de libertad provisional bajo caución, en tal virtud se estableció a la fianza como una de las formas que podría revestir la caución, con lo cual se superó la falla en el sentido de la denominación "libertad provisional bajo fianza", introduciendo la nueva denominación de "libertad provisional bajo caución", con lo que se dejó claro el papel que juega la fianza, la hipoteca o el depósito en efectivo a nivel de las formas que puede revestir la caución (garantía).

En cuanto al tipo penal y su concreción, se incluyó a las modalidades como aspectos a tomar en consideración al momento de otorgar la libertad provisional, en torno a las formas de la caución se continuó con la tendencia del depósito en efectivo y se dejó abierta la facultad para que el juzgador a partir de lo que disponga la ley secundaria determinara el monto de la caución dependiendo de la forma elegida por el inculpado.¹⁷

Respecto del monto de la caución, el segundo párrafo, de la entonces primera fracción, del artículo 20 constitucional, disponía que la caución no podría exceder del equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en donde se cometió el delito, con la posibilidad de que la autoridad judicial pudiese incrementar el monto de la caución hasta el equivalente de cuatro años de percepción del salario mínimo general vigente en el lugar en donde se cometió el delito, en consideración a la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, todo ello mediante resolución motivada.

Finalmente, la reforma de 1984 estableció un doble régimen en materia de concesión de libertad provisional aplicable a los delitos intencionales, preterin-

¹⁷ En este sentido, el artículo 403 del Código Federal de Procedimiento Penales establece que la naturaleza de la caución quedará a elección del inculpado, siendo subsidiaria la determinación por parte del juzgador de la naturaleza en caso de que no exista manifestación por parte del inculpado.

tencionales y de imprudencia. Para el caso del primero, si el delito representaba para el autor un beneficio económico o causaba a la víctima daño o perjuicio patrimonial, entonces la garantía era al menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados. En el segundo y tercera clase de delitos, bastaba que se garantizara la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, en sujeción a lo dispuesto en materia de los montos de la caución y de los daños y perjuicios patrimoniales ocasionados.

Para esta época la primera fracción del artículo 20 estaba compuesta por cuatro párrafos, los cuales literalmente consignaban:

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

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

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

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

C. La tercera reforma

La tercera reforma apareció publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de septiembre de 1993, en este sentido se introdujeron cambios en el sentido de modificar el primer párrafo a fin de suprimir el antiguo texto que refería las garantías del acusado en los juicios del orden criminal, por las garantías del inculpado en todo proceso de orden penal, cambio que resultó estrictamente apegado a las más depurada técnica procesal.

También, planteó la necesidad de garantizar no sólo el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la concesión de la libertad provisional bajo caución,

sino del monto estimado de la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse. En este sentido el legislador cometió el dislate de separar la reparación del daño y las sanciones pecuniarias, no obstante que el propio Código Penal contempla a ésta como el género y a la reparación del daño y la multa como sus especies, lo cual sirvió de fundamento para que a nivel de la legislación secundaria se hablara de diversos tipos de cauciones, como es el caso del artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual contempla como obligación a cargo del indiciado: a) garantizar el monto de la reparación del daño; b) garantizar las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse, y c) que se garantice el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso, a fin de gozar del beneficio, lo cual suponía tres tipos de cauciones.

En cuanto a los límites para la concesión del beneficio de la libertad provisional bajo caución, se planteó que sólo se otorgaría en los casos en que la ley expresamente prohíba concederlo y en relación con el monto de la caución, se eliminó la fórmula de una cuantificación en su límite mínimo o máximo y se introdujo la característica de la asequibilidad de ésta tanto en su monto como en su forma, en tal virtud, la reforma superó la añeja fórmula en el sentido de entender a la caución en su forma única del depósito de una suma de dinero o bien bajo la forma de la fianza y la hipoteca.

Finalmente, se introdujo la posibilidad de revocación del beneficio de la libertad provisional bajo caución en caso de incumplimiento en forma grave de las obligaciones que en términos de la ley deriven a su cargo en razón del proceso. En este sentido, la legislación secundaria no contemplaba la gravedad del incumplimiento de las obligaciones por parte del procesado, sino que sólo señalaba las obligaciones a su cargo.

Con motivo de la reforma de 1993 la fracción primera del artículo 20 constitucional se integró con tres párrafos, los cuales a la letra consignaban:

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

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

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

D. La reforma de 1996

La quinta versión de la primera fracción del artículo es el resultado de la cuarta reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de julio de 1996, la cual planteó cambios significativos:

En primer lugar, eliminó la condición prevista en la reforma de 1993 en el sentido de que la caución garantice el monto de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso pudieran imponerse al inculpado. Ahora se tomarán en consideración para resolver sobre la forma y monto de la caución, pero no constituirán cauciones independientes una de la otra, como de hecho se realizó durante la vigencia de la reforma de 1993.

Para el caso de los delitos no graves, se introdujo la facultad del juez para negar el beneficio en cuestión, lo cual debe entenderse en el más amplio sentido, a nivel potestativo y supeditada a la solicitud del agente del Ministerio Público, en un doble sistema, el cual se suma al ya existente que plantea la posibilidad de otorgar este beneficio cuando se trate de delitos graves. La primera modalidad, de reciente creación, cuando el agente del Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa por su conducta precedente un riesgo para el ofendido o para la sociedad, y el segundo en los casos en que el agente del Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

Los presupuestos de los que puede derivar el riesgo mencionado en la reforma, son consecuencia del peligro real y efectivo a que se han expuesto los bienes jurídicos del ofendido o de la sociedad, la existencia del peligro y las circunstancias existentes, a partir de las cuales pueda inferirse que no existe otro medio más práctico y conveniente que la prisión preventiva para atemperar el riesgo.

Al respecto, puede entenderse que la libertad del inculpado representa por su conducta precedente, un riesgo para el ofendido o para la sociedad: cuando haya sido condenado previamente por sentencia ejecutoriada por delito doloso no calificado como grave en el cual se haya hecho uso de la violencia; cuando con anterioridad se hubiere sustraído de la acción de la justicia; cuando con anterioridad haya dejado de cumplir con las obligaciones procesales a su cargo; cuando existan elementos que hagan probable la pertenencia del inculpado a determinada forma de organización criminal y el inculpado haga uso ilícito en forma habitual de estupefacientes o psicotrópicos.

En cuanto al riesgo generado por el inculpaado para el ofendido o la sociedad por las circunstancias y características del delito cometido, podríamos pensar en que éste aflora: en los casos en que la víctima o el ofendido tengan el carácter de cónyuge o concubinario, o bien parentesco consanguíneo, por afinidad, o civil con el inculpaado y el delito se hubiere cometido con motivo de ello; cuando el móvil del delito hubiera sido la venganza; cuando el delito cometido derive del cumplimiento de amenazas; cuando se hubiere cometido el delito bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos, con excepción de los que se consuman por prescripción médica; en el caso del fraude cuando el o los inculpaados se hubieren valido de estructuras económicas o comerciales que hagan probable su actuación en forma organizada, en contra de diversos sujetos pasivos, a través de ofertas transmitidas al público, y cuando por la cantidad de inculpaados respecto de un mismo delito se acredita que fue cometido en pandilla o se demuestre la asociación delictuosa en su comisión.

Por lo que toca al monto de la caución, la reforma de 1993 se había quedado corta en el sentido de introducir exclusivamente la posibilidad de disminuirla, ahora la fórmula constitucional plantea la posibilidad de que el juez pueda modificar el monto tanto en el sentido de aumentarla como en el de disminuirla, lo cual resulta plenamente explicable, pues si en la secuela del proceso son acreditados mayores daños por parte de la víctima u ofendido, entonces lo conveniente es incrementar el monto de la caución, así como para el caso de que el inculpaado logre demostrar la inexistencia de los daños, entonces lo recomendable es disminuir la caución.

En este sentido el juez debe apegarse al máximo esfuerzo que pueda realizar el inculpaado para gozar del beneficio y no al mínimo, pues en este último caso se desnaturaliza a la caución y se desamparan las restantes finalidades que trata de alcanzar.

El párrafo tercero, fracción primera, del artículo 20, plantea que la ley será la que determinará respecto de los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional, lo cual deja al margen cualquier ejercicio discrecional al respecto y supera el dislate de la reforma de 1993, en el sentido de un incumplimiento en forma grave de cualquiera de las obligaciones que en términos de la ley deriven a su cargo, lo cual daba entrada a hechos como no acudir a su compromiso de presentarse en el juzgado y formar el libro de registro.

Finalmente, se reubica en el último párrafo del artículo 20, lo que anteriormente no estaría sujeto respecto a condición alguna, y ahora se establece como una observancia desde la averiguación previa pero con sujeción a lo que prevea la ley.

IV. LA REFORMA AL ARTÍCULO 21

En lo que atañe al artículo 21, la modificación podríamos calificarla como de forma y no de fondo, pues trató de aclarar la función a cargo del agente de Ministerio Público en materia de investigación y persecución de los delitos, con lo cual pretendió salvar la añeja crítica en el sentido de que este servidor público no sólo lleva a cabo funciones de detención y aprehensión (persecución) sino también de investigación.

Por otra parte, se eliminó la calificación de “judicial” a la policía que estará bajo la autoridad y mando inmediato del agente del Ministerio Público, lo cual en términos constitucionales se plantea como la desaparición de la policía judicial y el surgimiento de una nueva denominación a este tipo de policías, la cual podría ser bajo la idea de policía ministerial, científica o de investigación.

V. LA REFORMA AL ARTÍCULO 22

El artículo 22 ha sido reformado en dos ocasiones, la primera modificación data del 28 de diciembre de 1982, fecha en la cual apareció publicada en el *Diario Oficial de la Federación* una adición a dicho artículo en el sentido de que no se consideraría confiscación el decomiso de los bienes del servidor público en caso de enriquecimiento ilícito.

A. *La vinculación con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*

La reforma de 1996 tiene una clara correlación con la LFCDO, que si bien data del 7 de noviembre de 1996, es decir cuatro meses después de la reforma, en el anteproyecto de 1995 contemplaba la posibilidad de no considerar confiscación el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos bajo la modalidad de delincuencia organizada, o el de aquellos respecto de los cuales, éste se conduzca como dueño, si no logra acreditar la legítima procedencia.

En efecto, la referida LFCDO plantea el aseguramiento de bienes susceptibles de decomiso, la fórmula que se integra a la ley supone una clara presunción de culpabilidad, pues en el artículo 29 se prevé la posibilidad de que existan indicios suficientes que hagan presumir fundamentalmente que una persona es miembro o colabora con la delincuencia organizada, podrá el agente del Ministerio Público Federal (MPF) previa autorización judicial, ejercer el aseguramiento de los bienes de dicha persona, así como de aquellos respecto de los cuales ésta se

conduzca como dueño, quedando a cargo de sus tenedores acreditar la procedencia legítima de dichos bienes, en cuyo caso deberá ordenarse levantar el aseguramiento.

La misma circunstancia se presenta para los casos en que existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que hay bienes que son propiedad de un miembro de la delincuencia organizada, o de que éste se conduce como dueño, podrán asegurarse con autorización judicial previa. Si se acredita su legítima procedencia, deberá ordenarse levantar el aseguramiento.

Recordemos que el aseguramiento se prevé en la ley con la posibilidad de realizarlo en cualquier momento de la averiguación previa o del proceso, siempre y cuando los bienes asegurados se pongan a disposición del juez de la causa, previa determinación del agente del MPF de las medidas provisionales necesarias para su conservación, sin perjuicio de los dispuesto en los artículos 40, 41 y 193 del Código Penal en materia del fuero común para el Distrito Federal y en materia federal para el resto de la República (CPF) y 181 del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP).

En cuanto a la administración de los bienes asegurados y la aplicación y destino de los fondos que provengan de dichos bienes, será determinada por el consejo técnico de bienes asegurados,¹⁸ previsto en Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y su reglamento, el cual, en virtud del artículo quinto transitorio del decreto que reforma el artículo quinto transitorio de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de noviembre de 1996, establece que en tanto se expidan las disposiciones legales a que se refiere el artículo 14 de dicha ley, existirá un consejo técnico para la supervisión y control de la administración de bienes asegurados por el Ministerio Público de la Federación, que también tendrá facultades para determinar la aplicación y destino de fondos provenientes de dichos bienes, presidido por el procurador general de la República y del que formarán parte, de manera personal e indelegable, un subsecretario por cada una de las Secretarías de Gobernación, de Hacienda y Crédito Público y de Contraloría y Desarrollo Administrativo designados por los titulares.

El precepto anterior claramente correlacionado con el artículo 22 dan muestra de la incongruencia de su contenido, pues resulta absurdo suponer la disposición de bienes o fondos que se encuentren asegurados y respecto de los cuales no haya operado el decomiso.

¹⁸ Véase artículo 33 de la LFCDO.

B. El aseguramiento de bienes como medida provisional

En torno a lo anterior, el aseguramiento de bienes constituye una medida de carácter penal similar a las medidas que calificadas con el adjetivo de “provisionales o precautorias”, pueden ser practicadas en otro tipo de procesos, cuestión por la cual no radica en una medida definitiva, sino que su carácter es meramente provisional, empero su carácter de actos de molestia dirigidos por la autoridad deben sujetarse a las exigencias del artículo 16 constitucional¹⁹ en su aspecto relativo a la motivación y fundamentación de los actos de autoridad.

El objetivo que persigue una medida como lo es el “aseguramiento” al ser practicado por el agente del Ministerio Público es lograr el decomiso²⁰ de los bienes en cuestión, en los términos previstos por los artículos 123 y 181 del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), el cual prevé en materia de bienes asegurados la posibilidad de garantizar la eventual aplicación de la pena de decomiso, que en todo caso se encuentra facultado para dictar el órgano jurisdiccional, siempre y cuando se cumplan con las formalidades del procedimiento respectivo, las cuales prevén la notificación al interesado dentro de los diez días posteriores al aseguramiento, para que alegue lo que a su derecho convenga dentro de un plazo de tres días, transcurrido el cual, la autoridad resolverá lo conducente.

A este respecto, debe precisarse que la facultad para asegurar bienes otorgada al Ministerio Público, se encuentra permeada por un control jurisdiccional, pues supone la existencia de un proceso penal en donde se demuestre la ilicitud de los bienes asegurados o bien, su origen en carácter de producto de la comisión de delitos, a efecto de que pueda operar el decomiso, pues el Ministerio Público no se encuentra facultado a realizar decomisos, en virtud de dicha consecuencia elevada por el artículo 24 del CPF al nivel de pena sólo puede ser decretada por el órgano jurisdiccional.

En materia de aseguramiento de bienes inmuebles, los criterios de aseguramiento difieren con respecto a lo que sucede tratándose de bienes muebles, en

19 En materia de respeto a la garantía de audiencia, se considera un caso de excepción tratándose del aseguramiento de bienes, en virtud de no tratarse de un acto de privación definitiva de derechos, tal como lo establece el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, octava época, enero de 1993, núm. 61, p. 61.

20 El decomiso se le concibe por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el carácter de privación coactiva, definitiva y sin indemnización de una parte de los bienes de una persona, por razones de interés, seguridad, moralidad o salud públicos, constituye una pena establecida por la ley, consistente en la pérdida de los instrumentos con los cuales se comete el delito o de los bienes que son objeto o producto del mismo. Véase, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, octava época, enero de 1993, núm. 61, p. 62.

atención a la imposibilidad práctica de ocultarlo y por ende desvanecer algo que puede ser utilizado como medio de prueba.

Los tribunales colegiados federales, consideran acertadamente procedente el dictado de la suspensión definitiva en averiguación previa, a efecto de impedir que se causen al quejoso perjuicios de carácter irreparable como lo sería el remate o transmisión de la propiedad por la autoridad o la sustracción de bienes localizados en el inmueble asegurado.

En este tipo de casos, la acreditación por el Ministerio Público debe ser plena en materia del nexa existente del bien que se pretende asegurar y el delito que se ha cometido, pues en dicha circunstancia guarda fundamento la garantía de seguridad jurídica en el sentido de evitar que la autoridad pueda dirigir molestias en contra de las personas sin fundamento alguno, las cuales sólo son admisibles en aquellos casos en que el bien se encuentre vinculado directamente con las acciones imputadas contra quien figura como inculpado en un proceso penal.

Al agente del Ministerio Público le atañe la función de acreditar la procedencia ilícita de los bienes que se han asegurado y, por ende, el delito que les dio origen, en ausencia de este caso estaríamos ante la clara imposibilidad de continuar o practicar un aseguramiento y se abriría la puerta a la ilegalidad, en atención a una actuación arbitraria por el Ministerio Público, al asegurar bienes sin cumplir con los requisitos de legalidad a que está obligado como son la fundamentación y motivación basados sobre todo en la existencia de un delito debidamente acreditado en todos y cada uno de los elementos del tipo penal del que se origina y la relación producto-ilícito que se deriva del mismo, y que ha dado origen al aseguramiento cuyo objetivo no es otro sino preservar los bienes que sean producto del ilícito, a fin de garantizar la eventual aplicación del decomiso.

Ante la circunstancia de aseguramientos que resulten ilegales, caemos, por ende, en el terreno de lo ilícito, esto amerita no sólo la necesidad de otorgar una suspensión definitiva en materia de amparo, sino la concesión de éste, así como la iniciación del procedimiento administrativo en contra del servidor público que practicó indebidamente el aseguramiento, a efecto de que sea sancionado por dicha vía, además de la correspondiente responsabilidad penal que pueda derivarse en su contra por la violación de garantías, tal como está previsto en el artículo 364 del CPF y en caso de aseguramiento si existe violencia sin causa legítima la responsabilidad derivada del artículo 214, frc. II.

El aseguramiento de bienes inmuebles guarda importancia principalmente en la concreción de tipos penales que atentan contra la salud de las personas, el artículo 193 del CPF reformado en 1994, contempla que tratándose de instru-

mentos y vehículos para cometerlos delitos considerados en dicho título, así como de objetos y productos de esos delitos, cualquiera que sea la naturaleza de dichos bienes, se estará a lo dispuesto por los artículos 40 y 41 del CPF, a efecto de iniciarse el procedimiento de decomiso, para lo cual el MP dispondrá en la averiguación previa el aseguramiento que corresponda y la propuesta del destino procedente en apoyo a la procuración de justicia, y promoverá en el proceso el decomiso para que los bienes de que se trate o su producto se destinen a la impartición de justicia, o bien, promover en su caso, la suspensión y privación de derechos agrarios o de otra índole, ante las autoridades que resulten competentes conforme a las normas aplicables.

Atento a lo anterior, el aseguramiento de bienes supone dos situaciones: la actuación por parte del Ministerio Público, y la intervención del juez a efecto de otorgar la certificación de dicho aseguramiento, tramitar el procedimiento de decomiso y en su caso aplicar dicha pena.

Discutible para algunos el aseguramiento de bienes han objetado su constitucionalidad al considerarlo violatorio del artículo 22 constitucional, esgrimiendo que tanto el decomiso de bienes como la medida que lo origina, el aseguramiento de bienes, son una modalidad de la confiscación.

Por último, vale recordar que el decomiso no constituye un acto de confiscación,²¹ pues no se encuentra previsto en la ley con la finalidad de privar de sus bienes a las personas, sino que se establece a nivel de indisponibilidad patrimonial limitada a los bienes que sean producto, objeto o instrumento del delito, resultando como consecuencia del aseguramiento el cual podríamos calificar a nivel de presupuesto (medida provisional) y consecuencia (pena) inspirados en el principio que tiende a evitar que el delincuente goce impunemente del producto de su actividad delictiva, sea tratándose de bienes muebles o bien inmuebles.

Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA

²¹ Estamos ante ella cuando se afectan bienes de los particulares, por lo regular de carácter patrimonial para destinarlos al fisco.