

TEMAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL FEDERAL*

I. CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE LAS REFORMAS

Agradezco a la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, a la que tengo el privilegio de pertenecer desde hace tiempo, así como a la revista *Criminalia*, Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, a la que también he pertenecido por muchos años, el privilegio de su invitación para intervenir en este ciclo sobre las últimas reformas a la legislación penal mexicana (23 de diciembre de 1993, *Diario Oficial de la Federación* del 10 de enero de 1994).

Me parece que se trata de una reflexión necesaria acerca de una reforma que ha incorporado novedades importantes —en muchos casos— en un elevado número de ordenamientos de aquella especialidad o conexos con ella.

Me referiré solamente a algunos de los cambios introducidos en el Código Federal de Procedimientos Penales (identificado en este texto como CFPP), varios de los cuales tienen correspondencia en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Las características de esta intervención y el tiempo disponible para tal fin me impiden hacer un examen del conjunto de las reformas. Debo subrayar que aquí aludiré solamente a cinco instituciones o figuras que no suscitan meditación y comentario, interrogantes y dudas. No abordaré, pues, otras muchas que también han recibido novedades interesantes. Quiero agregar que estoy convencido de que la reforma fue inspirada por el saludable propósito de mejorar el sistema penal mexicano. En este sentido ha habido grandes avances, ahora y en los

* Publicado en *Criminalia*, México, año LX, núm. 1, enero-abril de 1994, pp. 149-177. Este artículo analiza las reformas de 1993-1994 a la Constitución y al Código Federal de Procedimientos Penales. Con posterioridad hubo otras reformas sobre materias consideradas en el presente trabajo.

años recientes. También ha habido —en mi opinión, al menos— novedades discutibles.

A mi juicio, las reformas legales —cualesquiera reformas— pueden obedecer a diversos motivos, que imprimen en ellas su rasgo característico. Hay cambios que son el resultado de la evolución natural de las instituciones jurídicas: atienden a determinadas realidades dentro de cierto medio en transformación. Se trata, en fin, de evoluciones naturales a las que también se podría añadir, a menudo, la calificación de “racionales” y “nacionales”. Por otra parte, hay también novedades legislativas que salen al paso de urgencias o crisis: novedades emergentes, indispensables, para resolver problemas que de pronto adquieren suma relevancia. Existen, finalmente, innovaciones que sólo sirven —o sirven principalmente— a un prurito reformista, un escozor legislativo. Las reformas penales —pero sobre todo las procesales— de 1993, publicadas en enero de 1994 y vigentes a partir del 1o. de febrero de este mismo año, corresponden, en mayor o menor medida, a alguno o algunos de esos motivos.

Hay ocasiones en que un ordenamiento recibe novedades de gran hondura, que cambian a fondo las instituciones y determinan un nuevo horizonte normativo. Las hay, también, en que sólo recogen cambios de palabras, modificación de frases, que poco o nada aportan a la verdadera reforma de las instituciones. También ha ocurrido esto en las modificaciones legales de 1993: las hay trascendentes, como las hay irrelevantes.

Vale considerar, por último, que la veloz reforma constitucional de 1993, que abarcó los artículo 16, 19, 20, 107 y 119 de la ley suprema, hacía necesario adecuar la legislación secundaria a los mandamientos supremos. Ahora bien, las reformas legales de 1993 fueron mucho más del temario indispensable para el traslado de las normas constitucionales a la ley secundaria. Cubrieron materias completamente ajenas a los nuevos textos constitucionales. Es obvio, por lo demás, que el legislador secundario puede y debe introducir los cambios que la experiencia aconseje, aunque se trate, como en el presente caso, de novedades ajenas a las reformas a la Constitución, a condición de que no quebranten las prevenciones contenidas en ésta.

II. TIPO PENAL Y PROBABLE RESPONSABILIDAD

En 1993 fueron modificados los artículos 16 y 19 de la Constitución para incorporar la fórmula “elementos que integran el tipo penal”, en vez de la antigua noción de “cuerpo del delito”. Se mantuvo constante la alusión a la “probable responsabilidad” del sujeto indiciado, inculpado o inculpatado. En otras oportunidades he manifestado que este cambio fue, a mi entender, verdaderamente desafortunado. En seguida examinaré las características y el desarrollo de la antigua y la nueva experiencia constitucionales.

La tradición jurídica mexicana se refirió invariablemente al cuerpo del delito. La recepción procesal de estas nociones entendió que se trataba de uno de los elementos de fondo, nada menos, para el ejercicio de la acción penal, el libramiento de la orden de aprehensión o comparecencia y la emisión del auto de formal prisión o sujeción a proceso. No se trataba, pues, de un asunto menor.

La expresión cuerpo del delito tiene una historia varias veces centenaria. El *corpus criminis* arraiga en el derecho antiguo y de ahí pasa, siglos de por medio, al derecho de los últimos años. En un principio pudo ser —y fue— equívoca o multívoca. Empero, llegó a ser unívoca y suficiente merced al esfuerzo de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia mexicanas. Subrayo esta última nota —la de “mexicanas”—, porque la elaboración técnica del *corpus criminis* en nuestro país dio a dicho concepto un alcance propio, sin perjuicio de las acepciones que pudiera tener en otros medios.

Se trataba, en fin, de un concepto sólidamente establecido en México, circunstancia que no debió pasar por alto el Constituyente, por más poderosa que fuese la seducción de tecnicismo discutibles y discutidos. A su vez, la noción de probable responsabilidad —otro asunto de fondo en el tratamiento procesal constitucional— se vinculó al artículo 13 del Código Penal, esto es, a la norma que hablaba —antes del nuevo bautizo en 1993— de la autoría y la participación, bajo el rubro de las personas “responsables del delito”. De esta suerte había una conexión evidente entre los artículos 16 y 19 de la Constitución y el artículo 13 del Código Penal.

Cuando se emprendió la reforma constitucional de 1993, se adujo en alguno de los documentos de este proceso, que la voz cuerpo del delito encerraba un concepto “complejo”, acaso con el propósito de apoyar su relevo por otro concepto. Cabía suponer que se trataría de una noción “menos compleja” o hasta “simple”. Ahora bien, el relevo del cuerpo del delito ocurrió en favor de una figura infinitamente más “compleja”, o en todo caso más “discutida” que aquella: tipo penal. Son —han sido y seguirán siendo— interminables las discusiones en la doctrina penal para establecer el contenido del tipo penal, al través del examen y la ubicación de sus elementos. En todo caso; se trata de un problema escolástico que nada aporta a un texto de derecho positivo, como no sea más oportunidades de discusión. Esto ha ocurrido y probablemente ocurrirá durante mucho tiempo. ¿Era en verdad —digo en verdad— necesario el cambio de términos?, ¿se resuelve así verdaderamente un auténtico problema de justicia penal?

También se dijo, en la hora de la reforma constitucional, que la nueva expresión implicaba la culminación de un esfuerzo científico en torno a la teoría del delito. Se ignoraba u olvidaba, sin embargo, que aquí venía al caso un punto procesal, no uno penal —aunque no desecho ni reduzco el enlace que hay entre ambos campos del conocimiento jurídico—, y que la noción prevaleciente del *corpus delicti* era a su vez el resultado de un gran esfuerzo del derecho mexicano, durante décadas, para arribar a una caracterización útil y satisfactoria. Este esfuerzo de la doctrina nacional, que dejó su huella en la legislación y en la jurisprudencia, fue borrado de un plumazo por el Constituyente.

El párrafo 2 del artículo 168 del CFPP recogía al cuerpo del delito con una fórmula concisa y directa: “los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuosos, según lo determina la ley penal”. Hoy, en cambio, tenemos una formulación tan amplia como debatible acerca del tipo penal, cuyos elementos reúne la primera parte del artículo 168.

Esos elementos corresponden a dos categorías, aunque la ley no utilice esta expresión. Aparecen, por una parte, los elementos constantes o necesarios de cualquier tipo penal. Con un designio pedagógico

gico y dogmático, el CFPP “ordena” que tales elementos del tipo sean: acción u omisión, y lesión o peligro en cuanto al bien jurídico protegido; forma de intervención de los sujetos activos, es decir, los supuestos de autoría o participación delictuosas del artículo 13, que fueron la referencia para acreditar la probable responsabilidad; y realización dolosa o culposa de la acción u omisión, punto que no pocos autores consideran radicalmente incorporados en la culpabilidad, a su vez asociada a la responsabilidad.

Los elementos que llamaré contingentes, porque dependen de los requerimientos específicos que contenga, en su caso, un tipo determinado, son: calidades de los sujetos activo y pasivo, resultado y atribuibilidad de éste a la acción u omisión, objeto material, medios utilizados, circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, elementos normativos, elementos subjetivos específicos y otras circunstancias que la ley prevea.

Como antes indiqué, la reforma constitucional no alteró la expresión “probable responsabilidad”, pero la legislación secundaria cambia su significado, en correspondencia con la idea que se “ordena” acerca del tipo penal. En la anterior legislación, el párrafo 3 del artículo 168 entendía por probable responsabilidad la “participación en la conducta o hecho constitutivo del delito demostrado”. Hoy la noción adoptada por el penúltimo párrafo del artículo 168 se construye a partir de datos negativos y positivos. En efecto para acreditar esa probable responsabilidad se necesita que no esté probada una causa de licitud, por una parte, y que sí lo esté la “probable culpabilidad”. De tal suerte, el legislador procesal incorpora una figura que no estableció ni definió el legislador penal, al que en todo caso hubiera correspondido hacerlo: la noción de las causas de licitud, acerca de las cuales tampoco hay perfecta unanimidad. La expresión “probable culpabilidad” sugiere diversas preguntas: ¿no se comprueba ya la probable culpabilidad al establecer los extremos subjetivos del tipo?, ¿son sinónimos, en el fondo, probable responsabilidad y probable culpabilidad? ¿se localiza aquí la imputabilidad?

No considero, por supuesto, que se carezca de respuestas para éstas y otras interrogantes que se suscitan a partir de las nuevas nociones adoptadas por el legislador, con sustento en cierta corriente es-

colástica que no todos comparten. Ciertamente hay respuestas. Así, precisamente: respuestas, en plural, no respuesta, en singular, como se había conseguido bajo el concepto de la legislación anterior. ¿Era necesario que esto sucediera?, ¿lo era para mejorar o depurar las funciones persecutorias, la posición del inculcado, el despacho jurisdiccional?

III. DETENCIÓN Y RETENCIÓN

Tiene la más alta importancia el tema de las medidas cautelares en el proceso, que se adoptan, precisamente, para asegurar la posibilidad y la eficacia de la sentencia. En el enjuiciamiento civil han sido relevantes las medidas de contenido patrimonial o material, que operan sobre las cosas, aunque no sean desconocidas, desde luego, las de carácter personal, que se vuelcan sobre las personas. En el procedimiento penal, en cambio, son más importantes y numerosas las medidas cautelares personales, conectadas con la libertad del inculcado. Hoy día también han progresado en este ámbito las medidas materiales, como consecuencia de una criminalidad lucrativa, cuyos instrumentos y productos es preciso controlar.

En nuestro derecho son medidas personales la detención, la aprehensión, la prisión preventiva, el arraigo y la detención en supuestos de extradición interna o internacional. No sobra aludir aquí a otro caso de privación cautelar de la libertad, que proviene de reformas anteriores a la de 1993. Me refiero a la detención que ocurre cuando el indiciado comparece voluntariamente durante la averiguación previa. Esta parece ser una “entrega a la justicia”. Efectivamente, cuando nuestra legislación procesal penal alude a los derechos del detenido, manifiesta con absoluta claridad que tiene este carácter el inculcado capturado en flagrancia o en urgencia, así como el que “se presentare voluntariamente” (artículo 128, párrafo 1). Nos hallamos, así, ante un supuesto título jurídico de detención que la Constitución no previene. Ésta se limita a reconocer la flagrancia, la urgencia y la orden de aprehensión.

En cuanto a la flagrancia, la norma constitucional reformada (artículo 16) y su seguimiento secundario (artículo 193 CFPP) mejora-

ron los textos anteriores, en cuanto introducen referencias temporales apremiantes y obligan a la autoridad que captura al indiciado o ante quien lo presenta el autor de la captura, a remitir a aquél, con prontitud, al Ministerio Público.

Uno de los puntos principales de la reforma constitucional y legal es la hipótesis de urgencia como fundamento de la detención. Anteriormente la detención por urgencia podía ser ordenada —dijo el artículo 16 constitucional, hasta 1993— por la “autoridad administrativa”. Hoy sólo puede ordenarla el Ministerio Público, lo cual es un indudable acierto del Constituyente, al que siguió el legislador secundario. Veamos ahora las condiciones o elementos para que haya urgencia que legitime esa detención.

Se requiere, ante todo, que el indiciado sea responsable de un “delito grave”. Hay antecedentes interesantes sobre el uso y el análisis de esta expresión en el derecho constitucional mexicano y en sus derivaciones procesales. En efecto, para que proceda la remoción de la inmunidad de que goza el presidente de la República, por causa penal, es preciso que éste incurra en un delito grave del orden común (artículo 108, párrafo 2).

En algún momento, el constitucionalista Tena Ramírez sostuvo la tesis —que luego abandonó por considerarla ajena a la realidad— de que los delitos graves del orden común no podían ser otros que aquéllos por los que es posible aplicar la pena de muerte —si la recogen las leyes secundarias federales o locales—, conforme al artículo 22 de la Constitución, es decir, parricidio, homicidio calificado, secuestro, piratería, etcétera.

También se ha dicho que esos delitos graves del orden común son los sancionados con la más elevada pena que consigna el Código Penal: cincuenta años de prisión. Finalmente, se manifestó —así lo hice en mi *Curso de derecho procesal penal*— que podía tratarse de los delitos cuyos (probables) autores se niega la libertad provisional. Esto implicaba a los delitos sancionados con prisión cuyo término medio aritmético excedía de cinco años. La reforma de 1990 contuvo un catálogo de delitos graves para mantener la prisión preventiva del inculgado.

La Constitución se refiere a estos delitos graves, pero deja a la ley secundaria la tarea de precisar su identidad. El CFPP lo hace por vía de catálogo limitativo, adelantado la *ratio juris* de la relación: “Son delitos graves, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad...”. Es obvio que cualquier relación puede acarrear apoyos y reparos, sobre todo si es limitativa y no ejemplificativa. No faltará quien diga que “no están todos los que son”, aunque difícilmente se podría decir que “no son todos los que están”. En cualquier caso, es ciertamente razonable que sea el legislador y no el Ministerio Público quien determine qué delitos son graves para efectos de detención en urgencia, aunque esta afirmación no sea válida —a mi juicio— cuando se trata del juzgador y de la libertad provisional del inculcado, por razones que adelante examinaré.

Otro dato para integrar la hipótesis de detención en urgencia es que “exista riesgo fundado” de que el indicado pueda sustraerse a la acción de la justicia. En este punto se halla, como es evidente, el motivo central para legitimar la captura. Cabe observar que la calificativa de fundado no debiera aplicarse al riesgo, sino a la valoración acerca de éste. Siempre hay riesgo de que el inculcado se sustraiga a la justicia. Se debió hablar de riesgo “grave” o de “probabilidad” de sustracción a la justicia, por ejemplo.

Un elemento más que aporta el supuesto constitucional y legal de urgencia es que “por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia no pueda (el Ministerio Público) ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión”. Me parece que en la práctica operará sobre todo esa “cualquier otra circunstancia”. En ella se apoyará, más que en la hora o en el lugar, la detención del inculcado.

Dicha circunstancia se identifica con un problema cotidiano: no estar integrada la averiguación previa. Es esto —y no tanto la hora o el lugar— lo que obliga a detener al sujeto. Por ende, hay urgencia en detener para integrar la averiguación y ejercitar la acción penal, es decir, se necesita detener para investigar, así se trate sólo de culminar —asegurar— una averiguación avanzada.

Al concepto de detención, bien explorado en el derecho mexicano, se sumó el de “retención”, que se solía utilizar como sinónimo

de detención, o más todavía, como eufemismo para calificar una detención que se prolongaba por más de cierto tiempo: veinticuatro horas, por ejemplo. Se puede distinguir entre detención y retención, la nueva voz en la ley, diciendo que aquéllo es el acto de privar de la libertad, en tanto que lo segundo es la situación en que se halla un sujeto privado de libertad. En otros términos, la detención es la captura y la retención es la situación jurídica —o de hecho— en que se encuentra el capturado.

Ahora bien, es evidente que la detención no es por fuerza un acto, un suceso, un momento, sino también implica, como la retención, un estado o una situación jurídica. De ahí que se dijera que una persona queda a disposición de cierta autoridad en calidad de detenido: aquí se alude a la detención como estado o situación jurídica que se desarrolla durante algún tiempo: desde el momento en que se produce la captura hasta el momento en que ésta cesa porque el detenido queda en libertad o porque pasa a otra situación jurídica; así, cuando se dicta auto de formal prisión en su contra, que marca el final de la detención y el principio de la prisión preventiva. La retención se desprende de la reforma constitucional de 1993 y se aplica tanto al supuesto de flagrancia como al de urgencia. Vale preguntarse si también es aplicable al caso en que el inculcado se presente o comparezca voluntariamente ante la autoridad, puesto que entonces le alcanzan las reglas y derechos del detenido. Aquí existe un punto oscuro, insuficientemente explorado. La facultad de retener es, por lo demás, una patente muestra de que en muchos casos se detiene para investigar, y no se investiga para detener, pues de ocurrir esto último saldría sobrando la retención, especialmente la retención ampliada a la que luego me referiré. En mi concepto, la reforma constitucional abordó con franqueza e inteligencia un antiguo problema: la posibilidad de que el Ministerio Público ordenara por sí la detención de un sujeto y tuviera oportunidad —legítima, no de *facto*— de mantenerlo asegurado durante un plazo razonable, sin incomunicación y con garantía de defensa, hasta concluir la averiguación correspondiente y ejercitar —o no— la acción penal. Este acierto de la ley suprema se traslada a la legislación secundaria. Nuestro derecho reconoce dos categorías de detención: la ordinaria, por cuarenta y ocho horas,

que no se asocia a determinadas condiciones y puede operar, por ello, muy ampliamente, y la ampliada o duplicada, que se vincula al problema de la llamada “delincuencia organizada” y puede prolongarse hasta noventa y seis horas.

Como se ve, el legislador constitucional y secundario ha tomado en cuenta la complejidad de la investigación, o bien, de las investigaciones: tanto la que generó la detención y con la que se inició la retención, como las otras que resulten necesarias o pertinentes, en su caso, que tal vez sobrevienen y justifican la ampliación del periodo de retención. Esta complejidad se concreta en la especie de la delincuencia organizada. Si se tratara de criminalidad gravísima, pero de fácil comprobación, carecería de sentido duplicar la retención. Lo contrario ocurre, en cambio, cuando hay dicha complejidad y se precisa, por ende, de más tiempo para indagar e instar la actuación del órgano jurisdiccional.

No deja de llamar la atención el hecho —que la ley no recoge, pero que la realidad ofrece— de que la retención puede servir, como antes dije, para investigar a otros posibles infractores —miembros de la organización delictuosa— o esclarecer delitos diferentes del que determinó el inicio de la averiguación —cometidos dentro de la actividad delictiva de la organización criminal—. De esta suerte, la retención sale del espacio estricto de los hechos planteados en la denuncia o en la querrela e ingresa en el ámbito de la pesquisa. La delincuencia organizada es uno de los mayores temas de la criminología contemporánea. Se ha convertido en problema severo para la vida colectiva, que demanda atención específica y eficaz.

Es, con frecuencia, una expresión del delito evolucionado. A mi juicio, debe caracterizarse a la luz de la entidad y las circunstancias de los sujetos activo y pasivo, de los medios empleados para delinquir y del alcance de la conducta punible y sus consecuencias. Estos extremos, vinculados a la referencia de “organización”, establecen la identidad de la delincuencia organizada.

La idea de delincuencia organizada, factor para la retención ampliada, se depositó en la ley suprema, que dejó a las normas secundarias la misión, nada fácil, de precisar en qué consiste aquella. A esto se destina el artículo 194 bis. Para tal fin, el precepto toma en cuenta la natu-

raleza o identidad del delito cometido, en una lista limitativa. En ésta figuran casi todos los delitos que el artículo 194 del CFPP ha calificado como graves, para los efectos de la detención por urgencia.

No obstante haber aquí un dato fundamental para la caracterización de ese fenómeno en el CFPP, se trata de un dato ajeno al concepto y a la lógica misma de la delincuencia organizada. No es posible identificar ésta por su entidad, sino por otros elementos que denoten, precisamente, la “organización”. De ello se ocupa el mismo precepto, en forma opinable, como veré en seguida.

El artículo que estoy comentado reclama la concurrencia delictuosa de tres o más personas, organizadas bajo reglas de disciplina y jerarquía. No hay un deslinde preciso de esta figura legal con respecto al delito —no calificativa, sino delito autónomo— de asociación delictuosa, que precisamente solicita ese modelo de organización en cuanto a los participantes y a la vinculación entre ellos. La jurisprudencia deber trabajar sobre este asunto.

Otro extremo que requiere la figura de la delincuencia organizada, para los efectos procesales correspondientes, es el referente al modo o a los fines que aparecen en la comisión de alguno de los delitos que figuran en el catálogo legal, por parte de los delincuentes organizados. Se trata, alternativamente —no copulativamente—, de violencia, reiteración delictuosa o finalidad predominantemente lucrativa.

Es obvio que muchos de los delitos contenidos en la lista del artículo 194 bis aparejan, por su propia naturaleza, el empleo de violencia; así, homicidio, violación, asalto, secuestro, etcétera. Sin embargo, la violencia no parece ser, de suyo, un rasgo inherente al concepto de crimen organizado. Tampoco lo es la reiteración delictuosa. Probablemente ésta sólo consiste en la comisión de nuevos delitos, aunque no encuadre en la descripción legal de la reincidencia, puesto que el legislador ha elegido la voz “reiteración” y desechado la expresión “reincidencia”, que tiene un valor jurídico bien establecido. Y tampoco es posible decir que un elemento sustancial característico de la delincuencia organizada sea el fin predominantemente lucrativo que se propusieron los agentes.

Lo que resulta claro es que el legislador quiso ampliar la oportunidad de investigación de delitos graves, cuando sea necesario para tal fin disponer de más tiempo del autorizado ordinariamente para la retención de un indiciado. Y dije que este propósito es plausible, en cuanto atiende, resueltamente, una necesidad del procedimiento penal que se hallaba insatisfecha. Queda pendiente, pues, un verdadero concepto del crimen organizado que sirva al plausible objetivo querido por el legislador, sin incurrir en una convención cuestionable. Para esto último, habría sido suficiente con disponer en qué casos procede la retención ampliada, sin necesidad de calificar esos casos como “delincuencia organizada”.

Existe, como resultaba aconsejable, un sistema de control de la detención o retención. Si se han ampliado las facultades del Ministerio Público para aprehender y se quiere, además, acreditar de veras la flagrancia, es preciso instituir estos controles, como se ha hecho en la reforma de 1993. En primer término, el Ministerio Público debe valorar la pertinencia de la detención de un individuo capturado en supuesta flagrancia por un particular o por alguna autoridad. En segundo término, el juzgador debe hacer la misma valoración cuando se ejercite acción penal con detenido. Para ello, deber examinarse ante todo —y por encima de cualquier otro supuesto de la averiguación que se eleva al conocimiento jurisdiccional— la legitimidad de la detención.

En mi concepto, la valoración judicial debe abarcar tanto el examen de las hipótesis que legitiman la detención —flagrancia, urgencia y comparecencia voluntaria— con el tiempo que ésta duró. En opinión de otros analistas, el tribunal sólo debe ponderar aquellas hipótesis y no la duración de la medida. Es cierto que el artículo 134 alude al “detenido”, no a la “detención” y a la “retención”, pero también lo es que la materia del precepto impuso el empleo de aquel vocablo y no de éstos, pues se habla de recibir la “consignación con detenido”, y hubiera sido extraño referirse a “consignación con retenido”.

Me parece que la misma razón que existe para ordenar la libertad de quien delinquirió y fue detenido fuera de los supuestos de flagrancia o urgencia (sin perjuicio de la responsabilidad penal que luego se acredite, una vez expedida y cumplida la orden judicial de aprehen-

sión que corresponda) existe para liberar a quien fue capturado legítimamente, pero retenido indebidamente: en ambos casos se trata de asegurar la observancia de garantías constitucionales, y desalentar, para ello, excesos en la conducta de las autoridades.

En los términos del CFPP reformado, la retención excesiva hace nacer una presunción (aparentemente *juris et de jure*) de que el sujeto estuvo incomunicado, y de esta suerte determina la invalidez de las declaraciones que hubiese hecho en esa situación. La consecuencia sancionadora es razonable, pero la técnica adoptada es errónea, en mi juicio: una cosa es que la retención excesiva y otra es la incomunicación. Se trata de dos hipótesis diferentes y anómalas, que reclaman sanción. La ley no tiene por qué presumir que el retenido durante más de cuarenta y ocho horas —o noventa y seis, en su caso— estuvo incomunicado, presunción que desencadena ciertas consecuencias sobre los autores de la retención prolongada. Bastaba con sancionar ésta en forma directa —sin recurrir a presunciones innecesarias—, es decir: sancionar el hecho mismo de la retención excesiva.

IV. LIBERTAD PROVISIONAL

El sistema penal es fuente de dilemas, que aparecen en terrenos difíciles, cuando entran en conflicto intereses atendibles pero incompatibles. Entre esos dilemas figura la opción entre la libertad y la reclusión. No tiene caso examinar aquí tan complejo asunto, pero vale la pena recordar que la prisión, tanto preventiva como punitiva, se halla tocada por el descrédito. La preventiva es, en esencia, injusta: se priva de libertad para saber si se debe privar de libertad, dijo un clásico, con frase certera; aunque resulte, todavía, indispensable en cierto número de casos. La punitiva o readaptadora no produce los resultados que se exigen de ella: milita en contra de la readaptación; de esto se han encargado pseudopenitenciarios imprevistos, abusivos o codiciosos. Sin embargo, tampoco es posible abolir la prisión

Ante la antinomia, se ha optado por reducir el empleo de la prisión: no se debe usar lo más que se pueda, sino lo menos posible. Para ello se han prosperado sendas alternativas, vías de respiro, op-

ciones preferibles. Frente a la prisión preventiva —o contra ella, en esencia— existe la libertad provisional. Como sustituto de la prisión punitiva florecen las medidas en libertad. Y como medio para evitar ambas se ha ampliado notablemente el número de delitos sancionados con pena alternativa, que así impide, inmediatamente, la custodia durante el proceso, y ofrece a la hora de condenar, si ello procede, la posibilidad de elegir medidas que no privan al sentenciado de su libertad.

Como introducción al estudio de las reformas de 1993 —vigentes en 1994— acerca de la libertad provisional, conviene recordar que hay tres sistemas principales para resolver sobre aquel beneficio procesal. Existe, en primer término, un régimen de determinación legal estricta, que implica, en esencia, un prejuicio del legislador, limitante o excluyente del juicio del juzgador sobre este asunto. En tal régimen —que rigió en México hasta antes de la reforma procesal de 1990 y que ahora se ha extremado—, es siempre la ley, constitucional o secundaria, el indicador sobre la pertinencia o impertinencia de la libertad provisional. El juez permanece como “boca que pronuncia las palabras de la ley”, para decirlo con la vieja expresión que describió el más acentuado retraimiento de la función creadora del tribunal.

En segundo término, existe un sistema de determinación judicial absoluta, antípoda del mencionado en el párrafo anterior. Aquí es el tribunal, no el legislador, quien valora las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso y determina la procedencia o improcedencia de la libertad, bajo su exclusiva responsabilidad. Este sistema confía enteramente en el juzgador para decidir acerca de la libertad provisional, y de esta suerte anticipa una casi inevitable confianza posterior: la que se deposita en el tribunal ya no sólo para decidir la libertad cautelar, sino para resolver el fondo del asunto, absolviendo o condenando, que es un amplísima facultad, y para decidir acerca de la sanción aplicable, facultad menos amplia que la anterior —porque se ejerce dentro de ciertas indicaciones legales, que son los límites de la sanción—, pero en todo caso trascendental para el desempeño de la justicia, para los intereses del ofendido y para la vida

misma del justiciable. Este sistema no es conocido en el derecho mexicano actual.

Finalmente, puede presentarse —sin perjuicio de otros regímenes que proponen modalidades sobre los anteriormente descritos— un sistema mixto: combina la determinación legal con la judicial. Esto sucedió bajo las interesantes reformas, liberadoras y racionalizadoras, que recibió el CFPP en 1990. Aquí existió un doble espacio para la predeterminación —el perjuicio— legal: por un lado, era garantía irreductible por el juzgador el derecho del inculpado a obtener su libertad provisional cuando el término medio de la pena de prisión aplicable no excedía de cinco años; por el otro lado, la ley proscribía la liberación del inculpado de ciertos delitos —calificados como graves— que limitativamente mencionaba el código procesal.

En el ámbito intermedio, que dejaban libre esas determinaciones legales, podía actuar el juzgador. Por supuesto, no se trataba de una actuación arbitraria, sino de un ejercicio reflexivo —tal era, al menos, la prevención legal— del arbitrio judicial. De este modo amplió la ley secundaria, sin necesidad de recurrir a reformas constitucionales, el campo de la libertad personal, según el concepto —invocado y afianzado desde 1971 en este orden de consideraciones, según luego veremos— de que los derechos que la Constitución consagra son el mínimo y no el máximo posible.

También es interesante observar en qué momento puede resolverse la ex carcelación del inculpado. Lo es, porque de ello depende la amplitud del derecho a la libertad, con las más importantes consecuencias. El texto anterior de la fracción I del artículo 20 constitucional, consagró el derecho a libertad provisional ante el juez, es decir, dentro del proceso. Fue en este punto donde se produjo ese progreso enorme del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en 1971, a saber, la posibilidad de liberar bajo caución al individuo responsable de algunos delitos culposos con motivo del tránsito de vehículos. Esta norma bienhechora —la pequeña gran reforma— puso en movimiento toda una corriente de ampliaciones de la libertad provisional, uno de cuyos capítulos es el consumado por las reformas constitucionales y legales de 1993.

Sobre esta última cuestión, recordemos que el penúltimo párrafo del artículo 20 constitucional, conforme a las modificaciones últimamente introducidas, dispone que varios derechos del proceso se apliquen también al indiciado en la averiguación previa (ampliación ya prevista por la ley secundaria), y entre ellos figura la libertad provisional bajo caución.

En ese último párrafo se halla una extraña expresión: se dice que lo previsto en las fracciones I (libertad provisional) y II del propio artículo “no estará sujeto a condición alguna”. No es fácil desenredar el galimatías. ¿Qué se quiere decir al indicar que esos derechos no estarán sujetos a condición alguna?, ¿habrá libertad provisional a pesar de que se trate de delitos graves?, ¿la habrá sin la “condición” de dar garantía?, ¿la habrá sin asumir ciertas obligaciones: residir en determinado lugar o presentarse periódicamente en el juzgado, por ejemplo? Lo cierto es que la expresión “no estar sujeto a condición alguna” tiene un sentido absoluto o radical que conduce, si se pliega el intérprete a la letra estricta de la ley, a conclusiones insostenibles por irracionales.

Como antecedente de la reforma constitucional de 1993, dentro del proceso legislativo referente al importante asunto de la libertad provisional, es conveniente recordar los términos de la regulación anterior, cuestionada por algunos, con buen conocimiento y buena fe, y censurada por otros, sin estos atributos. La reforma de 1994 a la fracción I del artículo 20 constitucional tuvo la virtud, no menor, de referirse con propiedad al hecho punible y al probable responsable, y de avanzar decididamente en la tutela a la sociedad y al ofendido, sin reducir por ello, necesariamente, la protección a los intereses legítimos del inculgado.

Esa reforma, que mantuvo la garantía de libertad asociada al término medio aritmético de la sanción privativa de libertad, dispuso que se tomase en cuenta el delito cometido, con sus “modalidades”. Se trataba, en fin de cuentas, de que el Ministerio Público o el juzgador considerasen el delito efectivamente cometido, y no apenas una abstracción legal, como ocurriría si existiendo un homicidio en riña o un homicidio calificado sólo se ponderase, con absoluto desprecio para la realidad y para la técnica jurídica, un homicidio simple (tipo

básico). Hubo quienes construyeron espesas doctrinas para desentrañar el concepto de “modalidad” empleado por la Constitución. Hacerlo así equivalía a ahogarse en un vaso de agua.

La misma reforma de 1984 erigió un doble régimen de caución, proyectado en años de salario mínimo (que son, es obvio, el producto de la multiplicación del salario mínimo diario —concepto del derecho laboral mexicano— por trescientos sesenta y cinco). El fundamento de este régimen fue, como era preciso, las características del hecho y del probable infractor. Hubo, así, una caución ordinaria y otra reforzada o duplicada, atentas, una y otra, a esas características, que no es posible perder de vista dentro de una fórmula de libertad provisional que tampoco ignore, a su turno, las necesidades de la defensa social.

Los más apresurados impugnadores de ese planteamiento decidieron que esta posibilidad de caución duplicada o reforzada eliminaba o disminuía el acceso del inculpado a la libertad provisional. No era así, porque jamás impuso la Constitución el deber de elevar la garantía hasta el máximo posible. El obstáculo para la libertad no radicaba, pues, en la norma, sino —en todo caso— en la decisión del juzgador sobre la forma de aplicar esa norma, decisión que debía hallarse debidamente motivada.

La reforma de 1984, al igual que buena parte de la legislación expedida en esa época, se interesó vivamente en la suerte del ofendido, sin perder de vista los intereses del inculpado. En este sentido, fue una regulación equilibrada, influida por la idea de que en el vértice penal, donde entran en conflicto diversos y discrepantes intereses, es absolutamente necesario hallar soluciones juiciosas que brinden tutela a los tres personajes de la escena penal: inculpado, ofendido y sociedad.

Con esa intención, el texto constitucional tomó del Código Penal un avance bienhechor incorporado en 1983: el concepto de perjuicio, además del de daño. Así, incrementó la tutela patrimonial al ofendido, vinculado en cierta medida la garantía procesal a la posible reparación de los daños y perjuicios causados por el delito. Esta vinculación, por cierto, no data de 1984: venía de textos anteriores.

A nadie escapa la relevancia y pertinencia de la reparación de los perjuicios causados con el hecho ilícito.

Finalmente, se caminó en la racionalidad del régimen de cauciones frente al punto de la culpabilidad del agente. A diferencia del texto anterior, que exigía garantías de tres tantos, por lo menos, del perjuicio causado o del lucro obtenido al través del delito, la reforma de 1984 distinguió entre delitos intencionales, a los que dio ese tratamiento severo, y delitos imprudenciales o preterintencionales, supuesto en el que se redujo adecuadamente el monto de la garantía. Aun así —hay que reconocerlo— la solución constitucional de este punto, todavía dominada por la tendencia prevaleciente en la fórmula anterior, no fue afortunada.

La reforma constitucional de 1993, y en pos de ella el cambio legal de ese mismo año, vigentes en 1994, procuran mejorar la posición del inculpado y se retraen en la consideración de la sociedad y del ofendido. Este es un dato evidente de esas reformas, que puede ser interpretado diversamente: hay desarrollos que destacan sus virtudes, en tanto que otros ponen el acento en sus defectos. Como sea, es notable el propósito de favorecer la liberación de quienes quedarían, de otra suerte, en prisión preventiva. Ya he manifestado que ésta, inevitable en cierto número de casos, debe ser administrada en forma racional, reduciendo su aplicación al mínimo indispensable, sobre todo si se considera al inculpado como un “presunto inocente”, concepto que choca de plano con la idea misma y las aplicaciones de la prisión preventiva y de otras figuras del procedimiento penal.

En los términos del nuevo texto del artículo 399, la regla es la libertad del inculpado mientras se desenvuelve el proceso, regla que sólo tiene excepciones por lo que hace a los delitos “graves”, noción que anteriormente examiné y a la que se refiere el último párrafo del artículo 194. No hay libertad provisional, *ope legis*, para los probables responsables de delitos de esta categoría. En tal virtud, rige el principio de determinación legal —prejuicio legal— en cuanto a los supuestos de excarcelación y también acerca de las hipótesis de prisión preventiva forzosa. No hay espacio alguno para la apreciación judicial, a la luz de las circunstancias del caso concreto, como la

había —hasta cierto punto— en las reformas procesales de 1990, que en este orden de cosas significaron un progreso apreciable.

Por lo demás, aquéllas reformas negaban la libertad provisional tanto a los inculpados de delitos graves como a los reincidentes y habituales, salvedades, estas últimas, que ya no recoge la reforma de 1993, acaso por creer que con esa exclusión se “sancionaba” dos veces al inculpado: una por el delito anteriormente cometido y la otra al negarle la libertad provisional en ocasión del (supuesto) nuevo delito. Desde luego, ésta sería una apreciación errónea, pues la negativa de libertad provisional no constituye una nueva sanción, propiamente, y tiene el mismo fundamento —en esencia— que la negativa de libertad frente a los delitos graves. En el fondo se trata, en todo caso, de prevenir problemas en el enjuiciamiento o en otros ámbitos, derivados de la peligrosidad del inculpado. Aunque invariablemente se eluda este concepto, late siempre en la *ratio* de las soluciones legislativas.

La fórmula constitucional, a diferencia de sus precedentes en la propia Constitución de 1917, ya no asocia la fijación de la garantía a la entidad de los hechos punibles —salvo por lo que toca a la exclusión de delitos graves— y a las características del inculpado. Este es, en mi concepto, un error de la reforma. La fracción I del artículo 20 constitucional se refiere solamente a la garantía sobre dos conceptos, a saber: el monto estimado de la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que pudieran imponerse por el delito cometido.

Ateniéndose a esas bases —y contrariándolas en un punto, según adelante indicaré—, el CFPP habla también de la reparación del daño y de que se “garantice las sanciones pecuniarias”. Aquella pretensión no tiene, sin embargo, alcance absoluto, puesto que la cuantía de la caución se halla sujeta a posibles reducciones, que podrían dejar insatisfecha esa reparación. Se olvida —como también lo olvidó el nuevo texto constitucional— el problema del perjuicio, cuya importancia es evidente. Por otra parte, la reforma introdujo una regla acerca de delitos contra la vida y la integridad corporal: remite a la Ley Federal del Trabajo. Han quedado fuera, pues, las alteraciones en la salud psíquica del ofendido, dado que el precepto habla de integridad corporal y no de salud. La norma sólo abarca la hipótesis

en que la alteración psíquica sea producto del menoscabo de la integridad corporal.

En lo que respecta a la garantía de las sanciones pecuniarias, cabe observar que lo que se garantiza no son las sanciones, como dice la ley, sino el cumplimiento de aquéllas. Como se ve, existe mayor preocupación por salvaguardar los intereses del erario —puesto que el CFPP y la propia Constitución seguramente se refieren a la multa cuando hablan de sanciones pecuniarias, dado que la reparación cuenta con referencia autónoma— que los del ofendido por el delito, en virtud de que, como dije, sólo se ampara la satisfacción del daño, no así la del perjuicio.

El artículo 399 añade que para el otorgamiento de la libertad provisional es preciso que el (probable) agente del delito “caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso”. En este punto acierta el precepto y recupera la razón de ser de la garantía: asegurar, hasta donde sea posible, que el inculpado no se sustraerá a la acción de la justicia y cumplirá determinadas obligaciones inherentes a su condición de procesado. Acierta el precepto, efectivamente, en cuanto a este punto, pero al hacerlo aparta de la Constitución y reduce el derecho del justiciable a la libertad provisional. En efecto, agrega requisitos que la ley suprema no estatuye, y en tal virtud menoscaba una garantía constitucional. La ley suprema reduce el posible monto de la caución, como he señalado, a dos cuestiones solamente: reparación del daño y pago de las sanciones pecuniarias. La idea de otros objetos de la caución —que necesariamente incrementarán su monto— es extraña a la Constitución.

En nuestro derecho, caución y garantía patrimonial son nociones sinónimas. Contra lo que a veces se piensa, caución no es equivalente a depósito: éste es la especie, y aquélla es el género. En algún momento, la reforma al CFPP parece distinguir entre caución y garantía; así en los artículos 399, fracción I, II y III, y 402. En otro sentido se pronuncian los artículos 400, 412, 413 y 416.

El CFPP reformado sujeta a reducción la caución relativa (o destinada) a la reparación del daño y al pago de la multa, cuando hay insolvencia del inculpado, en tanto que la garantía por obligaciones

derivadas del proceso también puede ser disminuida por otros motivos. La regla de que la caución —o el monto de ella— sea “asequible” para el inculpado sólo se recoge en el artículo 402, acerca de obligaciones derivadas del proceso, no así en relación con otros deberes o responsabilidades. Ahora bien, nada de esto tiene sustento constitucional. La fracción I del artículo 20 se refiere a una sola institución: libertad provisional bajo caución, estipula los únicos fundamentos para determinar el monto de ésta —como antes vimos— y relaciona la calidad de “asequible para el inculpado” con la caución en su conjunto, y no con algún aspecto de ella o con determinados deberes del inculpado.

A mi modo de ver, es deseable que en el género de la caución o garantía patrimonial ingresen todas las especies jurídicamente posibles. Por eso estimé conveniente que a los supuestos tradicionales del depósito, la fianza y la hipoteca se agregara la prenda. Voces autorizadas han sostenido que es poco realista la introducción de la prenda. La reforma de 1993 añade otros extremos, a saber: “fideicomiso formalmente constituido”. Quizás el mismo reparo que se formuló a propósito de la prenda se podría aducir en torno a este fideicomiso.

Por otra parte, la expresión legal es imperfecta, porque resulta obvio que el fideicomiso —una figura del derecho mercantil— siempre se constituye formalmente, es decir, bajo ciertas formalidades que la ley exige para la perfección de ese contrato y la administración del patrimonio respectivo. No es concebible la existencia de un fideicomiso que no ha sido constituido formalmente.

Las reformas al CFPP incorporan una interesante medida de reducción de la cuantía de la caución, a solicitud del procesado o de su defensor, “en la proporción que el juez estime justa y equitativa”, a través de un procedimiento incidental. Para ello el Código establece dos vertientes, división que resulta por lo menos discutible, habida cuenta de la unidad de la institución.

Por una parte se halla la reducción relacionada con la garantía que asegure el cumplimiento de las obligaciones procesales del inculpado (artículo 400, primera parte). Existe un eje conceptual sobre los factores que determinan esa reducción, contenido en la fracción quinta

y última de esa porción del artículo 400. Una vez establecidas las llamadas “circunstancias” de la reducción, se dice: “Otras que racionalmente conduzcan a crear seguridad de que (el procesado) no procurar sustraerse a la acción de la justicia”.

Aquí surge de nueva cuenta el antiguo y complejo problema del pronóstico delictivo, que inexorablemente conduce a reflexionar sobre la peligrosidad del sujeto, así se utilicen otras expresiones. En todo caso, es casi imposible hablar de “seguridad” de que el sujeto no procurará sustraerse a la acción de la justicia. A lo sumo es posible a referirse a una “probabilidad”.

Señalé que hay diversas “circunstancias” que determinan la reducción del monto de la garantía para asegurar el cumplimiento de obligaciones derivadas del proceso. La primera que distingue el artículo 400 del CFPP es “el tiempo que el procesado lleva privado de libertad” (fracción I). A este respecto cabe la pregunta: ¿podrá disminuir constantemente —o frecuentemente— la caución conforme transcurre el tiempo de prisión preventiva?

La segunda circunstancia citada por el artículo 400 es “la disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito” (fracción II). Es lógico preguntarse: ¿por qué repercute esto en materia de obligaciones procesales, y no así —como parecería natural— a propósito de pago de daños y de sanción pecuniaria, que son los conceptos con los que se relaciona directamente esa disminución de consecuencias o efectos del delito?

Otra circunstancia relevante para los fines que ahora examinamos es “el buen comportamiento observado en el centro de reclusión de acuerdo con el informe que rinda el Consejo Técnico Interdisciplinario”. Proceden las preguntas: ¿a partir de qué momento se comienza a valorar esa conducta?, ¿habrá sucesivas disminuciones de la caución, según la evolución que se observe en la buena conducta? Y a la inversa: ¿se incrementará el monto de la garantía cuando se altere negativamente el comportamiento del recluso?

En el supuesto de la caución que asegura el pago del daño y de la multa hay reglas sancionadoras o regularizadoras a propósito de la insolvencia simulada y la recuperación de la capacidad económica de cumplimiento, según veremos líneas adelante. Esas reglas no

son aplicables, pudiendo y debiendo serlo, a la reducción de la garantía supuestamente asociada al cumplimiento de los deberes procesales. La segunda parte del artículo 400 regula la reducción del monto de la garantía que asegura el pago del daño y de la sanción pecuniaria. En esta disposición —por lo que toca a la reparación del daño— es claro que prevalece el interés del inculpado sobre el ofendido por el delito. Cuando se examinó, en el curso de las reformas constitucionales de 1993, el posible conflicto de intereses, se dijo que siempre prevalecería el del inculpado sobre el de la víctima, por ser aquél un “presunto inocente”. No contraigo esta última declaración, pero debo observar que si sostenemos la idea de la prevalencia absoluta del interés del inculpado sobre el del ofendido, lo procedente no es sólo preferir a éste en caso de conflicto, sino suprimir de plano cualquier garantía del carácter que ahora examinamos, en virtud de que ésta —por reducida que sea— ocasiona una disminución o un menoscabo en bienes del inculpado —presunto inocente— en aras de un ofendido cuyos derechos frente a aquél, derivados de una causa penal, aún no se acreditan, pues todavía no existe sentencia que los establezca.

Como antes advertí, la reducción de la garantía conectada con reparación del daño y multa sólo opera en el supuesto de “imposibilidad económica” del inculpado. No hay razón para que no suceda lo mismo en por lo menos algunos casos —si no en todos— de disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito, disminución que puede referirse precisamente al daño causado y reflejarse en la sanción pecuniaria aplicable.

Finalmente diré, en lo que toca a este asunto de la reducción, que hay un régimen sancionador o regularizador cuando el inculpado simula insolvencia para eludir la caución o recupera la capacidad económica, que en algún momento perdiera, para afrontar esa garantía. Ese régimen sólo se aplica a la garantía ligada con el daño y la sanción pecuniaria, no así a la vinculada —aunque ya señalé que la disociación es discutible— con obligaciones derivadas del proceso. Se ha planteado un problema, que dejar de serlo al cabo de algunos meses, a propósito de la liberación provisional de sujetos probablemente responsables de delitos sancionados con prisión cuya media

aritmética exceda de cinco años. Como se sabe, éstos no fueron liberales a la luz del texto constitucional anterior, aunque llegaron a serlo en los términos de la legislación procesal que en 1990 mejoró la situación de los inculpados, con el límite de los delitos graves reconocidos como tales por la ley secundaria.

Al ser reformada la Constitución en 1993, estableciendo la regla de libertad, independientemente de la pena aplicable al delito, con el único valladar de los delitos graves, el Constituyente tuvo el temor de que obtuviesen inmediatamente su libertad muchos inculpados que no debieran disfrutarla, debido a que no existía aún en legislaciones locales el catálogo de los delitos graves que constituye la frontera para el acceso a la libertad. Por lo tanto, el Constituyente se vio en la necesidad de introducir una norma transitoria que difiriese la vigencia de esa parte de la fracción I del artículo 20 constitucional. Por ello, la *vacatio legis* de aquélla se fijó en un año. Poco después de la publicación de la reforma constitucional, pero antes del año mencionado, fueron reformados al CFPP y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en forma ajustada a los nuevos preceptos de la ley suprema.

El problema que se ha suscitado, con respuestas encontradas, es el relativo a la posibilidad de poner en libertad provisional a los inculpados, al amparo de párrafo 1 de la fracción I del artículo 20 constitucional, puesto que ya existen las normas secundarias convenientes —al menos en la Federación y en el Distrito Federal—, aunque no haya transcurrido todavía el año mencionado. De un lado figuran quienes, interpretando con el mayor rigor literal el texto de la Constitución, niegan los beneficios estatuidos por ese primer párrafo —pendiente de vigencia, porque aún no transcurre el año multicitado—, aunque los prevenga la ley secundaria. De otro lado nos encontramos quienes sostenemos que el designio del Constituyente fue, como es obvio, extender cuanto antes el ámbito de aplicación de la libertad provisional, pero también cerrar la puerta a la excarcelación de responsables de delitos graves; así las cosas, cuando esta doble intención se halla satisfecha, como ocurre en el CFPP y en el Código del Distrito, procede conceder la libertad provisional. A este argumento es preciso añadir otro, ampliamente utilizado en casos seme-

jantes: la ley secundaria puede ampliar los derechos reconocidos por la Constitución: en ésta sólo se halla el *minimum* del los derechos del individuo. En la cuenta favorable de la reforma constitucional de 1993 se halla la incorporación de la revocación de la libertad provisional en el párrafo 3 de la fracción I del artículo 20. Anteriormente la revocación sólo existía en los códigos procesales. No obstante tratarse de una institución indispensable, naturalmente vinculada al incumplimiento de las condiciones establecidas para la excarcelación, el texto secundario no podía reducir —pero lo hacía, en obsequio a los imperativos de la práctica— el alcance de una garantía que no se hallaba sujeta en ningún otro límite que los correspondientes a cuantía de la pena y de la caución.

Hoy resuelve la Constitución que “el juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado (también, en su caso, el indiciado) incumpla en forma grave cualesquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso”. La determinación acerca de la gravedad del incumplimiento no parece corresponder al juzgador, puesto que la ley estipula una lista cerrada de hipótesis de revocación.

Por otro lado, es defectuoso el enlace entre la Constitución y las normas secundarias que pretenden reglamentarla. En efecto, cuando el CFPP dice que la libertad “se revocará” (artículos 412 y 413) es inconsecuente con la ley fundamental, que sostiene: se “podrá” revocar. Así, el Código restringe la garantía constitucional en cuanto excluye la discrecionalidad del juzgador acerca de la concesión de la libertad (no acerca de las causas de revocación).

Por otro lado, es evidente que ciertas obligaciones del inculpado, cuyo incumplimiento puede acarrear, legalmente, la revocación de la libertad, no “derivan a su cargo” —como dice la Constitución— en razón del proceso. Tal es el supuesto de la comisión de nuevos delitos por parte del liberado. Abstenerse de perpetrar éstos no es un deber “derivado” del proceso, sino del Código Penal, que sanciona las conductas típicas, y en todo caso, de las reglas generales de la convivencia.

Con el propósito, de suyo plausible, de restringir el ámbito de aplicación de la cárcel preventiva y favorecer la libertad provisional de

los inculpados, la reforma de 1993 al CFPP ha creado una nueva institución: la “libertad sin garantía” (artículo 135 bis). Difiere ésta de la libertad bajo caución y bajo protesta, puesto que no demanda ninguna garantía, ni siquiera —como la libertad protestaria— la promesa, protesta o palabra del probable infractor.

Esa novedosa y cuestionable forma de libertad aparece entre las normas correspondientes a la averiguación previa (título segundo del CFPP), no entre las relativas a la libertad provisional (Sección Primera del Título Décimotercero). El extraño emplazamiento de la nueva figura parece obedecer a la intención, mencionada por algunos de los participantes en trabajos vinculados a la reforma procesal, de que esa libertad se produjera sólo en la fase de averiguación previa, esto es, ante el Ministerio Público. Lo cierto, sin embargo, es que el precepto sostiene otra cosa: “se concederá al inculpadado la libertad sin caución alguna, por el Ministerio Público, o por el juez, cuando el término medio de la pena de prisión no exceda de tres años”, y no se trate de alguno de los delitos calificados como graves por el CFPP.

Esta institución contiene varios desaciertos. La omisión de garantía —de cualquier especie— es uno de ellos. Al excluir la caución, quedan sin respaldo patrimonial alguno los intereses legítimos del ofendido, contrariamente a lo que ha querido la Constitución, al menos en cuanto a la reparación del daño. Si bien es cierto que la libertad provisional constituye un derecho público subjetivo y del inculpadado, también lo es que la vinculación entre la caución y la reparación del daño probablemente establece un derecho del ofendido al aseguramiento posible de su interés jurídico. Aun si se quiere ignorar este principio de equilibrio o equidad, no parece haber razón alguna, en lo absoluto, para prescindir de la garantía honoraria: la promesa del inculpadado de que se someterá al juicio. Se debió ampliar el ámbito, constantemente extendido, desde 1971, de la libertad bajo protesta, más que crear una excarcelación sin garantía. La libertad que vengo examinando se concede, como dije, cuando el término medio de la pena de prisión aplicable no exceda de tres años. Ahora bien, la libertad bajo protesta se otorga, en el fuero federal, cuando la “máxima” de prisión no excede de tres años, y en los casos

de personas de escasos recursos, cuando no excede de cuatro años, a discreción del juzgador. Esto implica que en diversas hipótesis es impracticable la libertad bajo protesta, pero se halla abierta la vía de la libertad sin garantía. Efectivamente, si se trata de un delito sancionado con prisión de uno a cinco años, no hay posibilidad legal de conceder la libertad bajo protesta. En cambio, está franco el camino para otorgar la libertad sin garantía, lo cual es evidentemente erróneo.

Los requisitos para la concesión de esta forma de libertad son: que “no exista riesgo fundado de que (el inculpado) pueda sustraerse a la acción de la justicia” (en rigor, como hemos dicho, lo fundado no es el riesgo —que siempre existe—, sino la apreciación que a este respecto hace el juzgador); que aquél “tenga domicilio fijo con antelación no menor de un año, en el lugar de la residencia de la autoridad que conozca del caso”; que “tenga un trabajo lícito” (lo cual excluye otras formas legítimas de subsistencia), y que “no haya sido condenado por delito intencional” (así, se permite la liberación sin garantía del reincidente en delitos culposos, cualquiera que haya sido la gravedad de éstos).

Por otra parte, obsérvese que el CFPP no contiene normas sobre la revocación de la libertad sin garantía, y no parece admisible que se apliquen las causas de revocación previstas expresamente para otras formas de libertad, pero no para ésta. Acaso se podrá resolver el vacío invocando directamente el párrafo 3 de la fracción I del artículo 20 constitucional. Empero, ésta no es una solución correcta desde el ángulo de la técnica legislativa y aplicativa de la ley.

V. PROCESO SUMARIO

Los juicios sumarios tienen antecedente nacional en la justicia de paz y en algunas formas de enjuiciamiento abreviado que se asocia a la confesión del inculpado. El juicio sumario —o plenario rápido, como lo designa una calificada opinión— entró en el sistema procesal del Distrito Federal merced a las útiles reformas de 1971, que, sin embargo, avanzaron sólo un breve trecho en este sentido. El gran paso adelante se dio en 1983, al fijar diversos supuestos de juicio

sumario y establecer la obligatoriedad de ese procedimiento una vez que se presentan los supuestos en que se sustenta.

El sumario está vinculado, principalmente, con la relativa facilidad de prueba sobre el hecho punible y la participación del sujeto en aquél, y secundariamente, con la entidad menor de la pena aplicable al delito cometido. Cuando hablo de relativa facilidad de prueba me refiero a tres hipótesis del juicio sumario, o incluso sumarísimo: flagrancia, confesión judicial (precisamente; no basta la rendida ante el Ministerio Público, si no está ratificada ante el juzgador), y conformidad de las partes con el auto de formal prisión, aunque estén pendientes pruebas conducentes a la individualización, cuando el juez no estime necesario ordenar otras diligencias.

La reforma de 1993 significa un avance con respecto a los textos anteriores en esta materia (artículos 152 y 152 bis, éste derogado en 1993), en cuanto sistematiza mejor los supuestos y el desarrollo del juicio sumario. Empero, reitera un grave error que ya se había deslizado en reformas previas. El último párrafo del artículo 152 determina: “El inculpado podrá optar por el procedimiento ordinario dentro de los tres días siguientes al que (*sic*) se le notifique la instauración del juicio sumario”. Esta posible modificación en la vía procesal, que puede resultar benéfica para ciertos litigantes —pues es más “rentable” un largo juicio ordinario que un breve sumario—, frustró, en alguna medida, las expectativas puestas en el sumario en 1971.

La errónea y regresiva cláusula sobre cambio de vía procesal, se funda en un argumento esgrimido con tanta frecuencia como ligereza: la vía ordinaria contiene garantías que otorgan verdadera seguridad jurídica al procesado. Si fuese atendible semejante argumento, habría que reformar el régimen procesal del sumario o suprimirlo de plano. Un verdadero sumario presupone, como dije, facilidad probatoria, que excluye demoras en este orden de cosas, y contiene —obviamente— todos los elementos del debido proceso legal.

VI. COMPETENCIA

Sólo agregaré algunas consideraciones acerca del tema de la competencia, asunto básico en la relación entre el juzgador, el acusado y

el justiciable. De aquí deriva la idea de “juez natural”, vinculada con las más importantes garantías del inculpaado.

Es regla que la competencia penal radique en el juez del lugar de comisión del delito. La reforma de 1993, preocupada por la seguridad pública y por los requerimientos que a la justicia plantea la presencia de formas de criminalidad muy graves y de peligrosidad —aunque no se quiera emplear el concepto— muy elevada, así como por la prontitud en el juzgamiento, ha introducido notables salvedades a esa regla, de las que me ocuparé en seguida.

La primera salvedad depende de la conexidad entre delitos y finca el controvertido principio del fuero federal atractivo. En los términos del párrafo 2 del artículo 10, el fuero de este carácter es atractivo en la averiguación previa y el proceso, cuando hay concurso de delitos. Entran bajo este concepto, habida cuenta de que la ley no hace distinción alguna, tanto el concurso ideal como el concurso real o material. Parece admisible —y en la realidad frecuentemente se admitió— la atracción en el supuesto de concurso ideal, esto es, cuando con una sola conducta se cometen dos delitos, uno del fuero común y otro del federal. Lo que suscita reparo es que la misma norma se aplique al concurso material, que apareja conductas diversas con distintos resultados, atribuibles a un solo agente. Nos hallamos, pues, ante una discutible “federalización” de los delitos comunes, que se amplía —y agrava—, como adelante diré, al amparo del artículo 474.

La segunda salvedad admitida por la reforma de 1993 reside en la peligrosidad del sujeto, aunque no se utilice esta expresión, por supuesto. A aquélla se refiere el mismo artículo 10, en su párrafo 3. La palabra “peligrosidad” se evita, pero en el fondo de la solución legal adoptada se agitan, evidentemente, los conceptos de “peligro” y de “peligrosidad”, que son inevitables.

En este orden de cosas, hay dos situaciones. Una se plantea cuando el Ministerio Público elige al juez competente —ello, contra la corriente que quiere restringir la supuesta “omnipotencia” del Ministerio Público—, “por razones de seguridad en las prisiones, atendiendo a las características del hecho imputado, a las circunstancias personales del inculpaado y a otras que impidan garantizar el desarrollo adecuado del proceso”, expresión, esta última, de amplísimo alcance.

Como se ve, la decisión el Ministerio Público puede elegir a cualquier juez federal del país, y en consecuencia determinar el traslado del reo a prácticamente cualquier reclusorio en la República. Considero que al proceder a esta elección de juzgador, el Ministerio Público actúa como autoridad, en cuanto sus decisiones, amparadas en la ley, modifican el régimen ordinario de la competencia y vinculan tanto a los juzgadores como al justiciable. En el ejercicio de tan delicada atribución, debe motivar tanto la exclusión del juez natural como la elección de cierto juez de conocimiento, todo ello a la luz de los diversos elementos que la ley estipula para autorizar el cambio de competencia, a fin de evitar que el órgano de persecución incurra en actos arbitrarios.

Otra situación se plantea cuando es el juez competente, que ha iniciado el proceso, quien deriva la competencia a otro, en principio incompetente, tomando en cuenta para tal fin los mismos motivos de seguridad que antes mencioné. Aquí el cambio de juez competente se produce cuando está en marcha el proceso. No se dice en qué estado debe hallarse el procedimiento para que ocurra el traslado de la competencia, y de ahí se sigue que puede hallarse en cualquier etapa. ¿Sería posible que se trasladara la competencia en un momento tal del procedimiento que el nuevo juez sólo intervenga para emitir sentencia?

En el caso que ahora examinamos, el juez actúa a petición de parte —que no lo vincula— o de oficio. A diferencia de lo que ocurre cuando el Ministerio Público elige al juez que conocerá del asunto, en este otro caso se invoca el traslado a un reclusorio de máxima seguridad, y en función de ello resulta competente el juez de ubicación del centro (en vez del “juez natural”, el “juez aledaño”). Tómese en cuenta que hay varios reclusorios de alta seguridad —así denominados en función de sus características físicas y de las normas de vida de los reclusos—, y que existen sectores de alta seguridad en reclusorios ordinarios. Probablemente la fórmula legal abarca el traslado a uno de aquéllos o a uno de éstos. La orden judicial debiera motivarse cuidadosamente, para que no se deslice en el acto arbitrario, esclareciendo los motivos de declinación del juzgador que dis-

pone el cambio y de selección del lugar —y por ende del juzgador— al que ser traslado el inculpaado.

En conexión con este asunto, vale la pena recordar que el párrafo 3 del artículo 197, reformado, manifiesta que los internos en reclusorios de alta seguridad podrán ser trasladados “a otro centro, hospital, oficina o cualquier lugar, notificándolo al Ministerio Público y a su defensor”. Esta norma es particularmente oscura. No indica quién solicita el traslado, ni dice si éste ocurre bajo resolución oficiosa del juzgador. Tampoco aclara la finalidad del traslado y las condiciones en que se hará. No se refiere a la causa ni a la duración del traslado. Finalmente, siembra la duda sobre los efectos jurídicos: ¿hay cambio de competencia?

Todo ello, además de los problemas que suscita la expresión “cualquier lugar”. Pudiera tratarse de un movimiento del inculpaado para la práctica de diligencias judiciales en un lugar distinto a la sede del tribunal en que se le sigue el proceso. Sin embargo, si así fuera el CFPP no tendría por qué aludir al traslado precisamente a propósito de los reclusos en establecimientos de alta seguridad, sino se referiría a cualesquiera procesados.

Otro punto interesante, con el que termino esta exposición sobre algunos aspectos de las reformas al CFPP, es el recogido en el artículo 474 de ese ordenamiento, que impide la acumulación cuando se trate de delitos de diverso fuero. La nueva redacción también siembra salvedades: “excepto —dice— lo previsto por el artículo 10, párrafos 2 y 3”, cuyo contenido ya conocemos.

Existe, pues, una acumulación por la obra del fuero federal atractivo (párrafo 2 del artículo 10), y también existe —eso es lo que se desprende del nuevo texto del artículo 474— una sorprendente acumulación, que pudiera aparejar cambio de fuero, si se trata de un inculpaado por delitos federales y comunes, cuando entran en juego motivos de seguridad o peligrosidad. Por lo visto, también la peligrosidad del inculpaado trae consigo la federalización en el conocimiento de delitos comunes.