

LA AMPLIACIÓN DE LA GARANTÍA DE LIBERTAD BAJO CAUCIÓN

Jesús ZAMORA PIERCE

SUMARIO: I. *La garantía de libertad bajo caución.* II. *La ampliación de la garantía de libertad bajo caución.* III. *Conclusión.*

I. LA GARANTÍA DE LIBERTAD BAJO CAUCIÓN

La libertad es uno de los bienes de mayor jerarquía axiológica. Sólo la vida lo supera y, dado que la legislación mexicana no impone ya la pena de muerte, podemos afirmar que la libertad es el bien más valioso de cuantos se debaten en tribunales, y el eje mismo sobre el cual gira la totalidad del drama penal.

Puede el individuo perder su libertad a resultas de la sentencia que le imponga pena de prisión, pero también puede perderla antes, como consecuencia de la prisión preventiva ajena al proceso. Esta privación de la libertad que se produce antes de la sentencia nos obliga a preguntarnos si constituye una violación de la garantía del debido proceso legal y del principio de presunción de inocencia.

Es cierto, en efecto, que el artículo 14 de la Constitución mexicana dispone que nadie puede ser privado de la libertad sino mediante juicio, pero también lo es que el artículo 18 de la propia carta magna ordena la prisión preventiva de quienes se encuentren procesados por delito que merezca pena corporal. Perteneciendo ambos artículos al mismo texto constitucional, y siendo, ambos, de idéntica jerarquía, se impone interpretarlos como partes congruentes de un todo armónico. Y el criterio interpretativo se encuentra en el artículo primero de la propia Constitución, conforme al cual, las garantías que otorga no podrán restringirse sino en los casos y condiciones previstos en la misma ley fundamental. La regla, pues, de que nadie puede ser privado de la libertad sino mediante juicio, se encuentra restringida en el caso de los

procesados por delito que merezca pena corporal. Como excepción que es a una regla general,¹ la prisión preventiva deberá aplicarse, en forma restrictiva al menor número de casos posible. Se protegen así, simultáneamente, el derecho individual a la libertad y la necesidad social de preservar el proceso penal y de asegurar la ejecución de la pena.

La presunción de inocencia tiene, básicamente, el mismo contenido que el debido proceso legal,² pues ambos consisten, básicamente, en la exigencia de un juicio previo a toda privación de derechos, y, por ello, también respecto a ella debemos afirmar que, a pesar de su esencial contradicción con la prisión preventiva, esta última es una excepción inevitable de la primera, justificada únicamente en aquellos casos en que sea indispensable para preservar el proceso penal y asegurar la ejecución de la pena. Históricamente, siempre se ha admitido la coexistencia de la prisión preventiva con la presunción de inocencia. El propio artículo 9º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano Francesa, cuna de la presunción de inocencia, tenía el siguiente texto: "se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable. Si se juzga que es indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley".

Como vemos, la prisión preventiva se establecía, a punto y seguido, después de consagrar la presunción de inocencia, luego se entendía que ambas podían coexistir.

Los modernos tratados internacionales en materia de derechos humanos aceptan también la necesaria, pero excepcional, presencia de la prisión preventiva. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9.3) dispone: "La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo".

1 La Constitución consagra otras excepciones a la garantía del debido proceso legal (llamada por la doctrina mexicana garantía de audiencia). Mencionemos la que prevé el artículo 33, en el sentido de que los extranjeros que el presidente de la República estime indeseables pueden ser expulsados del país sin juicio previo; y la que se desprende del artículo 27 en lo referente a las expropiaciones por causa de utilidad pública, pues el decreto expropiatorio se dicta antes de que el particular afectado produzca su defensa. Por lo que hace a la prisión preventiva, si bien es cierto que se decreta sin juicio, también lo es que no se ordena por completo sin oír al procesado, pues la verdad es que se le escucha en defensa, así sea en forma limitada, en su declaración preparatoria, que tiene lugar antes de que se dicte el auto de formal prisión. Al respecto, ver Zamora-Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, 5a. ed., México, Porrúa, pp. 94-100.

2 Desarrollamos esta afirmación en Zamora-Pierce, Jesús, *op. cit.*, pp. 505-513.

Justificada la existencia de la prisión preventiva, como necesaria excepción que es a la regla de la libertad, el problema consiste en fijar el punto en que coinciden los intereses sociales con los individuales del procesado. Problema difícil, como lo son todos los que consisten en determinar un justo medio. La Constitución mexicana de 1917 fija su criterio en la fracción I del artículo 20, conforme a la cual, en todo juicio del orden criminal, el acusado tendrá, entre otras, la garantía consistente en que:

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.

Resulta, del texto transcrito, que la libertad caucional tiene tres características: a) La autoridad competente para concederla es el juzgador, de donde resulta que el procesado únicamente puede invocar este derecho en aquellas etapas procesales que tienen lugar ante esta autoridad, es decir, desde que es consignado ante el juez de primera instancia, hasta que los magistrados de apelación dictan sentencia de segunda instancia; b) Procede siempre que el delito que se impute al procesado, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, y c) Está condicionada al otorgamiento de una caución económica por el monto que fije el juzgador.

Aplicando el citado criterio constitucional, México llegó a tener en sus centros de detención un elevado porcentaje de personas que, sin haber sido aún condenadas, sufrían, únicamente, prisión preventiva. La Organización de las Naciones Unidas³ nos informa que, en 1980, el 74.23% de las personas privadas de su libertad, en México, eran presos sin condena. Tal porcentaje rebasaba el promedio de América Latina, que era de 68.47%, y se alejaba, con mucho, de países como Puerto Rico (24.00%), o Francia (33.00%, aproximadamente).⁴

3 Organización de las Naciones Unidas, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*. San José, Costa Rica, 1983, p. 22.

4 Morange, Jean, *Las libertades públicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 72.

La prisión preventiva, esa pena que imponemos para investigar si tenemos derecho a imponer una pena, empleada con la frecuencia con la que nos valíamos de ella en México, dejaba de ser una excepción para acercarse peligrosamente a ser la regla, nos alejaba del procedimiento acusatorio para llevarnos al inquisitorio, y violaba abiertamente el principio de presunción de inocencia.

Hoy resulta evidente que la garantía de libertad bajo caución, en los términos en que aparecía concedida por nuestra ley fundamental, no satisfacía a los juristas mexicanos. Ello los llevó a reformar los códigos de procedimientos penales, y propició la adopción de criterios de jurisprudencia para conceder la libertad a un mayor número de procesados. Ahora, con la claridad del análisis que se realiza *a posteriori*, podemos afirmar que hemos ampliado la garantía de libertad bajo caución. Tal afirmación tiene, como premisa obligada, la aceptación de que las garantías constitucionales no son referencias fijas e inamovibles, sino que son derechos mínimos que pueden, válidamente, ampliarse por el legislador ordinario.⁵

II. LA AMPLIACIÓN DE LA GARANTÍA DE LIBERTAD BAJO CAUCIÓN

1. *La libertad bajo protesta*

La libertad bajo protesta fue la primera forma procesal de ampliar la garantía de libertad bajo caución. Es un derecho, concedido a los procesados por los códigos de procedimientos penales (el Código Federal de Procedimientos Penales reglamenta la libertad bajo protesta en sus artículos 418 a 421, inclusive; el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal lo hace en sus artículos 552 a 555, inclusive), que les permite obtener su libertad mediante una garantía de carácter moral, su palabra de honor de no fugarse. Este derecho constituye una ampliación de la garantía constitucional, por cuanto no está condicionado al otorgamiento de una caución económica. Para conceder la libertad bajo protesta, los códigos procesales (conforme a su reforma por decreto publicado en el *Diario Oficial* de 30 de diciembre de 1991) exigen que concurren las circunstancias siguientes: que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión, pero,

⁵ Ver, al respecto, Zamora-Pierce, Jesús, "Las garantías constitucionales son derechos mínimos que pueden ser ampliados", en *El derecho mexicano hacia la modernidad*, México, UNAM-Porrúa, 1991.

tratándose de personas de escasos recursos, el juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cuatro años; que el inculcado no haya sido condenado por delito intencional; que éste tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en donde se sigue o deba seguirse el proceso, o dentro de la jurisdicción del tribunal respectivo; que la residencia del inculcado en dicho lugar sea de un año cuando menos; que el inculcado tenga profesión, oficio, ocupación o medio honesto de vivir, que a juicio de la autoridad que la conceda no haya temor de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia; y que proteste presentarse ante el tribunal o juez que conozca de su causa siempre que se le ordene. Ambos códigos declaran que procede también la potestatoria, aun sin haberse satisfecho los requisitos mencionados, cuando, habiéndose pronunciado sentencia condenatoria en primera instancia, la cumpla íntegramente el acusado, y esté pendiente el recurso de apelación (CFPP, artículo 419; CPPDF, artículo 555, II). Por último, en el procedimiento del fuero común procederá también la protestatoria cuando la prisión preventiva se hubiere prolongado por un tiempo igual al que fije la ley al delito que motivare el proceso (CPPDF, artículo 555, I, que se refiere a la hipótesis contemplada por el artículo 20, fracción X, párrafo segundo constitucional).

2. *La libertad previa o administrativa*

La libertad previa, o administrativa, surge en nuestro derecho en el año de 1971, mediante la reforma del artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal,⁶ a fin de permitir que el Ministerio Público ponga en libertad al indiciado, en las averiguaciones que se realicen por delitos imprudenciales ocasionados con motivo del tránsito de vehículos. A partir de ese origen, y a golpe de sucesivas reformas, la situación al día de hoy (abril de 1992) es la siguiente:

El CFPP (artículo 135) faculta al Ministerio Público para que disponga la libertad del inculcado, en los supuestos y cumpliendo con los requisitos que el mismo ordenamiento fija para el otorgamiento de la libertad bajo caución por los jueces (en el artículo 399). Tratándose de delitos cometidos con motivo del tránsito de vehículos, no se concederá este beneficio al inculcado que hubiese incurrido en el delito de abandono de personas o se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo

⁶ Al cual sirvió de antecedente el artículo 154 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México de 1960.

de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares.

El CPPDF (artículo 271) permite se conceda la libertad previa al indiciado únicamente en el caso de delitos culposos.

La ampliación de la garantía, en este caso, resulta de que el derecho a la libertad se otorga al indiciado, durante la averiguación previa, y no al inculcado durante el proceso; en que se faculta al Ministerio Público, y no al juez, para concederla, y, por último, en que esta libertad evita la detención administrativa ante el Ministerio Público; y no la prisión preventiva.

Estas características no escapan a la crítica. Jiménez Huerta,⁷ señala que, si bien dicha libertad previa no es anticonstitucional contemplada desde el ámbito de las garantías del acusado mencionadas en el artículo 20 de la ley suprema, pues dicho texto consagra garantías mínimas, mas no un tope máximo a los derechos del acusado, pudiera ser que lo fuera desde el punto de vista orgánico constitucional, y que desarticulara los principios que rigen el artículo 21 constitucional, dado que es irrefragable que pone en manos del Ministerio Público funciones que implican un juzgamiento que, constitucionalmente, sólo compete a la autoridad judicial en el juicio del orden criminal.

3. *La libertad en la apelación*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha participado también en la ampliación de la garantía de libertad bajo caución, pues, en tesis de jurisprudencia definida, ha permitido que el procesado, durante la apelación, obtenga su libertad en condiciones más favorables que las constitucionales.

En los términos del artículo 20, fracción I de la Constitución, el inculcado tiene derecho a gozar de libertad bajo caución durante todo el tiempo en que se encuentre sometido a proceso y sujeto a prisión preventiva, es decir, desde que queda a disposición del juez de primera instancia hasta que causa ejecutoria la sentencia condenatoria dictada en su contra. Durante el trámite de la apelación, el inculcado continúa siendo procesado y sometido a prisión preventiva. No está cumpliendo una pena, puesto que la sentencia condenatoria dictada en su contra aún no ha causado ejecutoria. Por ello, la suprema Corte ha resuelto:

7 Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa, t. III, 1984.

En su fracción I, el artículo 20 constitucional establece, como garantía del acusado en el juicio de orden criminal, el que sea puesto en libertad bajo fianza inmediatamente que lo solicite, siempre que el delito que se le impute merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión; el artículo de referencia consagra garantías para los procesados en el juicio de orden criminal que culmina con la sentencia de segunda instancia (*Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, volumen 43, segunda parte, pág. 23; en el mismo sentido: Séptima época, volumen 57, segunda parte, pág. 33).

Ahora bien, si la garantía en estudio es aplicable tanto en primera como en segunda instancia, en ambas debe quedar sometida a las condiciones fijadas por la Constitución, entre ellas la de poderse otorgar, únicamente, cuando el delito que se impute merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión. Repitamos: el punto de referencia constitucional para conceder o negar la libertad es el término medio de la pena del delito imputado, y no la pena que, en el caso concreto, haya impuesto el juez de primera instancia.

No obstante, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 3/89 (*Semanario Judicial de la Federación*, Octava época, tomo V, primera parte, pág. 103), decidió:

LIBERTAD CAUCIONAL (APELACIÓN EN MATERIA PENAL). Al imponerse una pena que no excede de cinco años, procede la libertad bajo fianza de los quejosos; la que debe conceder el juzgador de segundo grado, por tener jurisdicción y satisfacer los requisitos legales. No obsta que, por procesarse a los acusados por delito cuyo término medio aritmético supera los cinco años de prisión, se encuentre subjúdice la sentencia que impuso pena menor a dicho término, y que hayan apelado tanto al reo como el Ministerio Público, puesto que para conceder la libertad caucional, ha de considerarse la situación de los inculpados originada por la pena impuesta en la primera instancia, de menos de cinco años de prisión, y que la garantía constitucional no puede ignorarse por el posible aumento de la sanción, al resolverse la apelación del órgano acusador, máxime que se prejuzgaría la decisión de la alzada. La finalidad del legislador al conceder tal beneficio, obviamente es la de proporcionar que los acusados gocen de libertad caucional, para que no sufran prisión preventiva, en caso de ser inocentes.

Es evidente que, al tomar como punto de referencia la pena impuesta en la primera instancia, cuando es menor a cinco años de prisión, y no

la pena media aritmética del delito imputado, que supera los cinco años de prisión, la Corte amplió la garantía.

4. *La libertad en delitos cuya pena media aritmética es mayor de cinco años de prisión*

Por decreto publicado en el *Diario Oficial* de 8 de enero de 1991 se reformaron, entre otros, los artículos 399 del CFPP y 556 del CPPDF, para permitir al juzgador, conceder la libertad provisional al procesado en los casos en que la pena del delito imputado rebasa el término medio aritmético de cinco años de prisión, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos: I. Que se garantice debidamente, a juicio del juez, la reparación del daño; II. Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social; III. Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y IV. Que no se trate de personas que, por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirán la acción de la justicia.

No procederá la libertad provisional, únicamente, cuando se trate de los siguientes delitos:⁸ delitos imprudenciales (debemos entender que la exclusión se refiere, tan sólo, a la hipótesis de imprudencia agravada, cuya sanción es de cinco a veinte años de prisión, y no a la imprudencia simple, cuya pena es de tres días a cinco años de prisión) (artículo 60 de Código Penal), traición a la patria (artículos 123 a 125), espionaje (artículos 127 y 128), rebelión (artículos 132 a 136), terrorismo (artículo 139), sabotaje (artículo 140) delitos contra la seguridad de la nación cometidos por servidores públicos (artículo 145), piratería (artículos 146 y 147), genocidio (artículo 149 bis), ataques a las vías de comunicación con empleo de explosivos (artículo 168), destrucción de vehículos de servicio público (artículo 170), delitos contra la salud (artículos 197 y 198), peculado (artículo 223), violación (artículo 265), violación impropia (artículo 266), violación calificada (artículo 266 bis), asalto a una población (artículo 287), homicidio simple intencional (artículos 302 y 307), homicidio calificado (artículos 315 y 320), parricidio (artículos 323 y 324), infanticidio (artículos 325 y 326), plagio o secuestro (artículo 366), robo de objetos de mayor valor (artículo 370, párrafos segundo y tercero), ciertas hipótesis de robo calificado (artículos 372, 381, fracciones VIII, IX y X y 381 bis).

⁸ Esta enumeración incluye los delitos que fueron agregados por decreto publicado en el *Diario Oficial* el 30 de diciembre de 1991.

Tampoco procederá la libertad cuando se impute al procesado el delito de introducción clandestina al país de materiales de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas o sujetos a control (artículo 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos), o bien los delitos tipificados en el Código Fiscal de la Federación mencionados a continuación: contrabando (artículos 102 y 104), contrabando equiparado (artículo 105), defraudación fiscal (artículo 108), defraudación fiscal equiparada (artículo 109) y operaciones con dinero o bienes producto de una actividad ilícita (artículo 115 bis).

La garantía de libertad caucional se ve ampliada, en esta hipótesis, por cuanto se concede a procesados a quienes se imputa un delito cuya pena media aritmética rebasa los cinco años de prisión. La ampliación, en este caso, implica una verdadera revolución copernicana: en efecto, con anterioridad a esta reforma legislativa, y con fundamento en lo dispuesto por los artículos 18 y 20, fracción I, de la Constitución, la regla era que todo procesado por delito que merezca pena corporal debía ser sometido a prisión preventiva, con la sola excepción de aquellos a quienes se imputase delito sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, quienes tenían derecho a obtener su libertad bajo caución; ahora, y como resultado de la reforma en estudio, la regla resulta ser que todo procesado tiene derecho a la libertad, con excepción de aquellos a quienes se impute alguno de los delitos expresa y limitativamente enumerados en los códigos procesales penales.

Después de describir las características de este nuevo derecho, y antes de analizarlas, debemos determinar la naturaleza de aquellos derechos que vienen a ampliar las garantías constitucionales. Principiemos por afirmar lo obvio: esos derechos no tienen el carácter de garantías individuales. No fueron consagrados por el Constituyente, ni se encuentran ubicados en nuestra carta suprema. No tienen, pues, la máxima jerarquía jurídica que corresponde a las garantías, ni son aplicables a todos los procesados de la República. Son, únicamente, derechos de naturaleza procesal, a los que corresponde el ámbito espacial y el ámbito temporal de validez que pertenece a la ley que los estableció. Siendo, pues, derechos autónomos e independientes de las garantías, se encuentran sometidos a los términos y condiciones que el legislador les fijó al otorgarlos, aun cuando la garantía de la que son ampliación no se refiera a tales condicionamientos. Así, por ejemplo, el procesado a quien se le imputa un delito cuya pena rebasa el término medio aritmético de cinco años de prisión, para

poder gozar de la libertad, deberá dar cumplimiento a los requisitos que señalan los códigos procesales, a pesar de que la Constitución no exige requisitos semejantes para gozar de la caucional. Examinemos ahora, a la luz de estos comentarios, las condiciones que deben satisfacerse para gozar de este nuevo derecho.

El primer requisito, la garantía, a juicio del juez, de la reparación del daño, inicialmente elogiada, por cuanto se ocupa de proteger los intereses de las víctimas del delito, resulta, en un más detenido análisis, criticable por ser ineficaz, por sí sola, para lograr la reparación de los daños causados. En efecto, en la hipótesis de que pretendiese hacerse efectiva la garantía, por haberse sustraído el procesado a la acción de la justicia, se encontraría un obstáculo insalvable en la suspensión del procedimiento, consecuencia obligada de la fuga, pues nuestro derecho no conoce los juicios penales en rebeldía o en contumacia. Suspendido el proceso, no podría dictarse sentencia que resolviera sobre la existencia del delito y la responsabilidad del inculcado, y lo condenara al pago de la reparación del daño. Faltando la condena, malamente podría hacerse efectiva la garantía, la cual, entonces, resultaría inútil. La solución estribaría en reconocer a la reparación del daño el carácter de responsabilidad civil, en otorgar al juez penal competencia extraordinaria para conocer de ella, conjuntamente con la responsabilidad penal, por razones de economía procesal y para asegurar la congruencia en la resolución que se dicte sobre ambas responsabilidades; pero, en caso fuga, en devolver al juez civil la competencia para conocer y resolver sobre la responsabilidad civil, única hipótesis en la que podría hacerse efectiva la garantía otorgada para la reparación del daño.

Todavía respecto a la garantía otorgada para la reparación del daño, debemos preguntarnos si, para obtener su libertad, bastará, únicamente, que el procesado garantice dicha reparación, tal y como lo exigen los códigos procesales, o si, además, deberá caucionar su libertad en los términos de la fracción I del artículo 20 constitucional. En otras palabras: ¿el ejercicio del nuevo derecho se encuentra doblemente condicionado? Si recordamos lo arriba expuesto, a saber: que los derechos que amplían las garantías individuales son autónomos e independientes de las garantías, y se encuentran sometidos, únicamente, a los términos y condiciones que el legislador les fijó al otorgarlos, deberemos necesariamente concluir que, para obtener la libertad, en el caso de delitos cuya pena media aritmética es mayor de cinco años de prisión, bastará que el procesado garantice la reparación del daño causado, sin que sea

necesario, además, que caucione su libertad en los términos fijados por la Constitución.⁹

Las fracciones II, III y IV de los artículos 399, CFPP y 556, CPPDF, agregan únicamente dos requisitos (y no tres) que deben satisfacerse para que proceda el otorgamiento de la libertad: *a)* Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social, condición mencionada en la fracción II, y *b)* Que no exista riesgo de fuga, condición a la que se refiere la fracción III en forma genérica y que reitera la fracción IV con especial referencia a los delincuentes reincidentes y habituales. En relación con ambos requisitos, el juzgador deberá ejercer su discrecionalidad, tras analizar y valorar el material probatorio que aporten el defensor y el Ministerio Público. Esta necesidad probatoria impone una diferencia más entre la garantía constitucional y el derecho procesal de libertad. En el primer caso, por expreso mandato constitucional, la liberación del procesado debe ser inmediata a su solicitud; en el segundo, deberá tramitarse un incidente no especificado, a fin de dar oportunidad procesal para el desahogo de la indispensable probanza.

5. La libertad garantizada por depósito en efectivo constituido en parcialidades

Por decreto publicado en el *Diario Oficial* de 30 de diciembre de 1991, se reformaron, entre otros, los artículos 404, CFPP y 562, CPPDF, para disponer que, cuando la caución otorgada para garantizar la libertad consista en depósito en efectivo, y el inculcado no tenga recursos económicos suficientes para efectuarlo en una sola exhibición, el juez podrá autorizarlo para que lo efectúe en parcialidades, de conformidad con las siguientes reglas: I. Que el inculcado tenga, cuando menos, un año de residir en forma efectiva en el lugar en que se siga el proceso, y demuestre estar desempeñando empleo, profesión u ocupación lícitas que le provean medios de subsistencia; II. Que el inculcado tenga fiador personal que, a juicio del juez, sea solvente e idóneo y dicho fiador proteste hacerse cargo de las exhibiciones no efectuadas por el incul-

⁹ Ésta no es una opinión pacífica. En una reunión de trabajo de los magistrados de circuito, unitarios en materia de apelación y colegiados en materia de amparo, y jueces de distrito en materia penal en el Distrito Federal, celebrada en febrero de 1991, para analizar las reformas a los Códigos Federal de Procedimientos Penales y de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicadas en el *Diario Oficial* de 8 de enero de 1991, los reunidos llegaron a la conclusión de que la cantidad que se fije al procesado para garantizar la reparación del daño será sin perjuicio de aquella otra que deba señalársele para garantizar que no se substraerá, a la acción de la justicia.

pado. El juez podrá eximir de esta obligación, para lo cual deberá motivar su resolución; III. El monto de la primera exhibición no podrá ser inferior al quince por ciento del monto total de la caución fijada, y deberá efectuarse antes de que se obtenga la libertad provisional, y IV. El inculcado deberá obligarse a efectuar las exhibiciones por los montos y en los plazos que le fije el juez.

La ampliación de la garantía radica, en este caso, en que se elimina el requisito de poner, de inmediato, la totalidad de la suma de dinero a disposición de la autoridad judicial, al permitir la constitución del depósito en parcialidades.

6. La libertad en el caso de los delitos fiscales

En 1991, al reformarse el Código Federal de Procedimientos Penales, para permitir la libertad caucional en el caso de delitos cuya pena media aritmética es mayor de cinco años de prisión, se excluyó expresamente del goce de ese derecho a los procesados por delitos tipificados en el Código Fiscal de la Federación.

Tal exclusión fue severamente criticada por la opinión pública, la cual encontraba injusto que se diera a los procesados por delitos fiscales el mismo tratamiento de excepción que a los violadores, los homicidas o los narcotraficantes, y veía en ello una prueba de "terrorismo fiscal".

Por decreto de 20 de julio de 1992 se reformaron el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y el artículo 92 del Código Fiscal de la Federación, a fin de otorgar el derecho a la libertad bajo caución a los procesados por delitos fiscales.

En buena lógica, se antojaría pensar que, para que los procesados por delitos fiscales tuvieran derecho a la libertad, bastaba con eliminar su mención en la lista de delitos excepcionales contenida en el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, caso en el cual, automáticamente, estos procesados quedarían comprendidos en la regla general establecida por el párrafo segundo de dicho artículo 399, es decir, tendrían derecho a la libertad. Y, en efecto, el autor del decreto a estudio procedió, inicialmente, en esa forma: eliminó los delitos fiscales de la lista de aquellos que no permiten la libertad; pero, a continuación, modificó la fracción I del artículo 399, para disponer que el procesado por delitos fiscales, para obtener su libertad, deberá cumplir con los requisitos señalados en el artículo 399, observando, por lo que hace a la reparación del daño, lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 92 del Código Fiscal de la Federación.

A su vez, el decreto a estudio creó un párrafo cuarto para el artículo 92 del Código Fiscal, que dispone:

En los delitos fiscales en que sea necesaria querrela o declaratoria de perjuicio y el daño o el perjuicio sea cuantificable, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público hará la cuantificación correspondiente en la propia querrela o declaratoria. La citada cuantificación sólo surtirá efectos en el procedimiento penal. Cuando el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito imputado exceda de cinco años, para conceder la libertad provisional, el monto de la caución que fije la autoridad judicial comprenderá, en su caso, la suma de la cuantificación antes mencionada y las contribuciones adeudadas, incluyendo actualización y recargos, que hubiere determinado la autoridad fiscal a la fecha en que se promueva la libertad provisional. La caución que se otorgue en los términos de este párrafo no sustituye a la garantía del interés fiscal.

El mismo decreto agregó al artículo 92 un párrafo séptimo que dispone:

En caso de que el procesado hubiera pagado o garantizado el interés fiscal, a entera satisfacción de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la autoridad judicial, a solicitud del procesado, podrá reducir hasta en un 20% el monto de la caución, siempre que existan motivos o razones que justifiquen dicha reducción.

Expuesta la reforma, procedamos, ahora, a su análisis crítico. Las leyes penales especiales (*Ley de Instituciones de Crédito, Ley Federal de Instituciones de Fianzas, Ley de Inventiones y Marcas, Ley del Mercado de Valores, Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, etcétera*) se limitan, normalmente, a agregar tipos penales a la enumeración contenida en la parte especial del Código Penal. Por lo que hace a la parte general, le son aplicables, íntegramente, las disposiciones del Código Penal (artículo 6º de este ordenamiento).

El Código Fiscal de la Federación, en cambio, no se conforma con tipificar conductas delictuosas, sino que también contiene algunas disposiciones que modifican la parte general (artículos 94, 95, 96, 97, 98, 99, etcétera). Ahora, y como resultado del decreto a estudio, el Código Fiscal contiene, también, normas de carácter procesal penal. La innovación es desafortunada, pues no merece sino críticas.

Digamos, en primer lugar, que el decreto concede a una autoridad administrativa la facultad de fijar el monto de la caución, en abierta violación de nuestro sistema legal, el cual la reserva al Poder Judicial. A mayor abundamiento, al quedar esa facultad en manos de quien no es parte en el proceso penal, deja en la indefensión al procesado, el cual carece de recursos en caso de que la autoridad fiscal se abstenga de fijar el monto de la caución, o fije uno incorrecto. Es decir, que la determinación del monto de la caución ha quedado fuera del sistema de control de la legalidad que debe enmarcar todo acto autoritario.

Por último, y por lo que hace a la posibilidad de que el juez reduzca, hasta en un 20%, el monto de la caución, en caso de que el procesado hubiera pagado o garantizado el interés fiscal, tal posibilidad queda condicionada a "que existan motivos o razones que justifiquen dicha reducción", norma que, por su imprecisión, deja abierta una amplísima puerta al arbitrio y, en consecuencia, a la arbitrariedad, siempre indeseable.

III. CONCLUSIÓN

El análisis conjunto de las reformas que ha sufrido nuestra legislación procesal en materia de libertad bajo caución nos lleva a conclusiones que son, en parte, elogiosas, y, en parte, críticas, de la labor realizada.

Es elogiable la meta perseguida, pues ésta consiste, indudablemente, en ampliar los márgenes dentro de los cuales puede obtener el procesado su libertad, y en limitar la prisión preventiva a casos excepcionales.

Es criticable, en cambio, la forma en que hemos procedido. La multiplicación de hipótesis procesales ha creado un sistema innecesariamente complejo, que dificulta su conocimiento y aplicación. A más de ello, al proceder mediante la reforma de los códigos procesales, y no de la Constitución, hemos permitido la existencia de procesados de primera clase al lado de procesados de segunda clase. Son de primera clase todos aquellos a quienes se les aplica el Código Federal de Procedimientos Penales o el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Son, en cambio, de segunda, los sometidos a proceso en los estados, cuyos códigos no han seguido las constantes reformas del federal y del distrital. Los primeros pueden obtener su libertad en hipótesis en las cuales les será negada a los segundos.

Por esas razones, y a pesar de nuestra poca inclinación a recomendar reformas constitucionales, hoy nos vemos obligados a opinar que debe reformarse la fracción I del artículo 20 constitucional, a fin de plasmar

un sistema único, sencillo y aplicable en toda la República, que resuma todos los avances en esta materia, que hemos reseñado a lo largo de este trabajo.

Tal reforma constitucional debería consagrar las ideas centrales que se desprenden del texto vigente constitucional y de las diversas reformas aquí reseñadas. Ideas que, a nuestro entender, son las siguientes:

1) Todo procesado tiene derecho a obtener su libertad bajo caución. Ésta es la norma general, la cual no encuentra ya límites en el término medio aritmético de la pena.

2) Son excepciones a la regla general: *a)* Los casos de aquellos delitos expresamente enumerados por la ley, *b)* Los casos de reincidencia, *c)* Los casos en que, a juicio del juez, fundado y motivado, exista riesgo de que el inculcado pueda sustraerse a la acción de la justicia.

3) El monto de la caución no excederá de la cantidad equivalente a cuatro años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito.

4) Si el delito representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, será necesario, además, que el procesado garantice la reparación del daño. Este requisito, para ser efectivo, exige que se proceda en la forma que arriba indicamos (páginas 15 y 16).