

## EL SISTEMA PENAL CONSTITUCIONAL Y LA LIBERTAD PROVISIONAL DEL INculpADO

SUMARIO: I. *Derecho penal y derechos humanos*. II. *El sistema penal constitucional*. III. *Las normas penales en la Constitución: series normativas*. IV. *Reformas constitucionales y libertad provisional*. V. *La prisión preventiva*. VI. *El texto original: 1917*. VII. *Reforma de 1947*. VIII. *Reforma de 1984*. IX. *Reforma de 1993*. X. *Reforma de 1996: la circunstancia*. XI. *Reforma de 1996: la regulación*. XII. *Consideración final*.

### I. DERECHO PENAL Y DERECHOS HUMANOS

El derecho penal, por su parte, y las declaraciones de los derechos humanos, por la suya, nacieron y han vivido en torno a ciertos bienes fundamentales: la vida y la libertad. Proteger esos bienes, en un extremo, y reducirlos o suprimirlos, en el otro, han sido las ocupaciones primordiales de aquel derecho —visto en su triple expresión: sustantiva, adjetiva y ejecutiva— y de esas declaraciones. Casi diría que todo lo demás es consecuencia, o puede serlo, de lo que se crea, lo que se quiera y lo que suceda a propósito de la vida y la libertad.

El cultivo de la vida, que fuera y sigue siendo el tema fundamental del orden jurídico, enfrenta, sin embargo, todo género de asedios, que estrechan y deprimen la existencia. Por ello, al hecho mismo de procurar y proteger la vida se asocia hoy día el cuidado por la calidad de la vida: no basta con existir, sobrevivir, estar de cualquier manera; hay que vivir razonablemente, con suficiencia, si no con holgura. Proteger la vida es función del Estado de derecho. Darle calidad lo es del Estado social de derecho, o mejor dicho, del Estado de derecho justo.

Otro tanto ocurre con la libertad. La frase de Rousseau en las líneas iniciales de su *Contrato social* sigue siendo una buena advertencia y una severa conclusión: “el hombre ha nacido libre, y sin embargo, vive en todas partes entre cadenas”. Esta expresión se proyecta, obviamente, hacia diversos horizontes. Uno de ellos, pero uno decisivo, el más intenso, tiene que ver con lo que llamamos, en amplio sentido, la justicia penal.

En rigor, como otras veces he manifestado, en esta justicia —o en lo que se propone como tal— se localiza la zona crítica de los derechos humanos, esto es,

el espacio de mayor riesgo, el más resbaladizo y sombrío. La colisión entre el soberano, el rey, la nación, el Estado, en la primera línea del epígrafe ritual, y el ciudadano, constituido formalmente en enemigo social, en la segunda línea de ese epígrafe, separados entre sí por una aclaración sugestiva: *versus* (o *adversus*), “contra”, pone en el más grande peligro al individuo, aunque el soberano sostenga otra cosa, a veces con razón: es el individuo quien pone en peligro al soberano.

## II. EL SISTEMA PENAL CONSTITUCIONAL

Vamos a nuestra Constitución. Los temas de la justicia penal no integran, propiamente, lo que se llamaría una decisión política fundamental, a la manera de los derechos públicos subjetivos, la democracia social y la consecuente orientación del Estado, el régimen republicano, la división de poderes, el federalismo, el control constitucional de los actos de autoridad. Si no son una decisión política fundamental, vienen a ser algo más que eso, a saber: una preocupación que atraviesa todas o casi todas esas decisiones políticas, y deja en ellas una huella particular.

La justicia penal, que tuvo su lugar en los *Cahiers de doléances* que iniciaron el epitafio del antiguo régimen, más tarde se localizaría en diversos puntos de la *Déclaration*. Así en México: esta justicia, que figura entre los factores determinantes o precipitantes de cada revolución mexicana, luego se aloja, expresa o implícitamente, en buena parte de los textos constitucionales.

En líneas generales, se puede sostener que el sistema penal dominante en nuestras normas supremas, histórica y actualmente, tiene un signo y una orientación liberales; o bien, si se prefiere, democráticos, como se suele decir con una expresión más o menos discutible; o bien, finalmente, como sugiero decir, humanistas, porque son el hombre, a título de sujeto fundamental del orden jurídico, y su dignidad, investidura de la que aquél jamás se despoja, lo que obliga, preocupa y prevalece. Eso, en los textos.

La construcción jurídica es, en esencia, un oficio de equilibrio. Equilibrio para reconocer, proteger y armonizar los bienes jurídicos. Equilibrio para satisfacer o moderar los requerimientos de los individuos. Todas las pretensiones y todas las contiendas o litigios se resuelven, o debieran resolverse, en un ejercicio de equilibrio. Si éste se rompe, sobreviene la anarquía, que es la norma del león, capítulo único de la ley de la selva; o florece la tiranía: del poder formal sobre los hombres; de un individuo sobre los otros; de un grupo o sector sobre los demás. Si trajéramos a este punto los bienes que primero enuncié, observaríamos que la pretensión sobre la calidad de vida que algunos esgrimen, con suficiente razón, debe resolverse en equilibrio con la misma pretensión que otros formulan, con idéntica razón. Otro tanto se puede decir de la libertad.

En la escena penal, los temas suelen ser más intrincados y los personajes más numerosos, al menos conceptualmente, que en los otros escenarios del conflicto y la composición. Ahí comparecen, con sendos parlamentos característicos, que declaran las respectivas pretensiones, el inculpado, más su defensor, el ofendido, más su asistente jurídico —en los términos de la penúltima, por ahora, reforma constitucional: el párrafo final del artículo 20— y la sociedad, más el Ministerio Público, su representante oficial.

Ni el defensor ni el asesor jurídico ni el Ministerio Público sostienen pretensiones propias. Por ende, el equilibrio de fondo no se plantea entre ellos, aunque deba existir un equilibrio de forma en el conjunto de sus trabajos procesales. Lo que se requiere y necesita es el equilibrio entre bienes —digamos la vida, la libertad, la seguridad— del inculpado, el ofendido y la sociedad. Hay tiempos en que el acento se carga sobre los derechos del inculpado; en otros, el énfasis se pone en los derechos de la sociedad.(que son vistos, desde luego, como derechos del conjunto y de cada uno de sus miembros); y en otros más, infrecuentes, la ley se desvela por el ofendido.

Si se fractura el equilibrio, más o menos precario, el orden jurídico deviene injusto o ineficaz, o ambas cosas de una vez, y es preciso restablecerlo por evolución o por revolución. Las más importantes reformas constitucionales —es decir, su naturaleza y su frecuencia— son de alguna manera el testimonio de que llegó a su término algún ensayo de equilibrio, de que éste cesó y de que fue preciso, en consecuencia, ir en busca del equilibrio perdido antes de que sobrevengan males mayores o porque ya sobrevinieron.

### III. LAS NORMAS PENALES EN LA CONSTITUCIÓN: SERIES NORMATIVAS

La Constitución mexicana contiene siete series de normas que se concentran en los asuntos penales, y por ello organizan el régimen penal de la República, o lo envuelven y aseguran, y por eso integran el aparato de las defensas de ese régimen y de otras instituciones o decisiones constitucionales. No me extenderé en el examen de cada serie. Bastará con mencionarlas, bajo una clasificación y en un orden convencionales.

1. En primer término, se hallan las disposiciones que establecen el principio de legalidad penal en sus distintas vertientes: ni delitos, penas, jueces, juicios, condenas ni ejecuciones que no estén previstos por la ley. De esto se ocupan los artículos 13, 14, 16, 18 y 21: escudos contra el poder.

2. En segundo término, figuran las disposiciones, recogidas en los artículos 18 y 22, que instituyen el punto de arribo del sistema penal: la reacción jurídica, que es también una reacción política y social, y debiera ser una reacción moral. Aquí se acumulan dos etapas, con sus respectivas obsesiones: la piadosa, que proscribía los malos tratos, en un clásico derecho humano de primera generación,

y la recuperadora, que aspira a la readaptación social, en un típico derecho humano de segunda generación.

3. Luego se encuentran las normas orgánicas y funcionales, que construyen el cuerpo de la justicia penal; dicho de otra forma, ponen el escenario e introducen los personajes que antes mencioné. Aquí están las posiciones procesales, sirviendo a las pretensiones materiales: jurisdicción, acusación y defensa.

4. En cuarto término, mencionaré los principios y reglas del procedimiento, las “formalidades esenciales del procedimiento”, que sirven a la realización del “debido proceso” penal.

5. En seguida figuran las normas del régimen cautelar, ligeras en la materia civil y densas en la penal; allá se vuelven, particularmente, sobre el sustrato de la contienda común: el patrimonio; acá, sobre el sustrato de la penal, el bien cercado y apetecido: la libertad. Por ello, la prolija regulación constitucional de estas medidas.

6. En sexto término, aparecen los órdenes procesales especializados: a) faltas de policía y buen gobierno, en el artículo 21; b) militar, en el 13; c) de responsabilidades de servidores públicos, en los que integran el título cuarto, con sus implicaciones distribuidas en otros preceptos; d) de menores infractores —que están regresando al derecho penal—, en el 18, y e) de colaboración persecutoria, en el 119, que antes de la reforma de 1993 se refirió a la extradición legal y hoy se refiere a una preocupante entrega administrativa.

7. Por último, mencionaré las instituciones de control y tutela, que no se contraen a los asuntos penales, pero los abarcan, a veces con cierta predilección: así, a) el amparo; b) el *ombudsman* —que floreció desde los meandros del abuso penal—; c) las comisiones investigadoras de la Suprema Corte de Justicia, en los términos del oscuro y resbaladizo segundo párrafo del artículo 97; d) el Ministerio Público federal, en lo que tiene como custodio de la juridicidad, no en lo que destaca como acusador penal, y e) las comisiones de las Cámaras y los procedimientos que ante éstas se desenvuelven para establecer la responsabilidad política y penal de los altos funcionarios que actúan, sin embargo, con baja.

#### IV. REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LIBERTAD PROVISIONAL

Como se sabe, han menudeado las reformas constitucionales. En este asunto, los artículos predilectos tienen que ver con el juego entre los poderes centrales y locales, que rediseña con frecuencia los alcances del inquieto federalismo mexicano (artículo 73), y con ciertos puntos del derecho social, a cuyas normas se añaden otras normas y a cuyas declaraciones se agregan más declaraciones (*verbi gratia*, artículos 4, 27 y 123). No sucedió lo mismo, en términos generales, con el régimen penal. La mayoría de las disposiciones de esta materia se mantuvo

fiel al origen, hasta 1993, sin perjuicio de algunas reformas importantes y trascendentes.

En el largo trecho que media entre 1917 y 1982, hubo reformas en torno a la libertad provisional, el sistema penitenciario —abordado en dos ocasiones— y los menores infractores. En la siguiente década se animó la reforma; entre 1982 y 1993, hubo modificaciones acerca de la libertad provisional, nuevamente, las sanciones por faltas de policía y buen gobierno y las responsabilidades de servidores públicos: en este último caso, fue desmontado y reelaborado el título cuarto.

La impaciencia legislativa se mostró, muy ampliamente, en 1993, con diversas reformas en los artículos 16, 19, 20 y 119; entre ellas, algunas acertadas y otras desacertadas, o si se prefiere, sumamente discutibles. En ese número volvió a figurar la libertad provisional. En 1994 se promovió la reforma constitucional en torno al Poder Judicial, la seguridad pública y el ejercicio de la acción penal (esto, en el artículo 21). Y finalmente, en este 1996 hubo más modificaciones penales, que se dirigieron a los artículos 16, 20, fracción I, 21, 22 y 73, fracción XXI. De nueva cuenta fue tocado el régimen de la libertad provisional.

Como se ve, la libertad provisional ha sido el asunto penal constitucional más frecuentemente revisado. En rigor, lo que preocupa a la sociedad y al legislador es la otra cara de la medalla: la prisión preventiva. El hecho de que haya habido nada menos que cinco textos diferentes sobre nuestro tema pone de relieve la evolución de las ideas y las urgencias a este respecto, generalmente ligadas con el reconocimiento y protección de los derechos humanos, pero sobre todo con la experiencia cotidiana de la seguridad pública, la procuración y administración de justicia y el funcionamiento de las sanciones, especialmente la privativa de libertad.

En fin, no ha sido apenas la técnica normativa o la necesidad de ampliar el espacio de las libertades, desde la reflexión más pura, lo que ha influido en el constante cambio de las disposiciones jurídicas. Existe, es cierto, una afirmación rotunda —que debe preservarse— sobre la existencia y prevalencia de los derechos humanos. E igualmente existe, no es menos cierto, una creciente y alarmante criminalidad que pone en jaque la eficacia de los órganos encargados de la seguridad y la justicia y, por esta vía, la vigencia efectiva del derecho de todos a la seguridad, presupuesto para el goce de todos los derechos —humanos también— de quienes integran esta sociedad sobresaltada. En este campo, como en otros, la experiencia de la crisis ha presidido algunas de las novedades constitucionales, ahora y antes de ahora.

No sobra, sino falta, reconocer que en la génesis de aquella delincuencia, lo mismo tradicional que evolucionada, violenta o astuta, individual o colectiva, organizada o desorganizada, persisten los datos de una economía ruinosa y una moral atribulada, además de otros factores sociales, educativos, culturales y po-

líticos no menos virulentos. Es obvio que los controles punitivos no lograrán la reducción y mucho menos la desaparición de esas fuentes del delito. Harán su papel, en el mejor de los casos, pero no harán el papel que compete a la economía, la moral, la educación y la política. La obra de gobierno no es tarea de penalización, sino de desarrollo; su centro de gravedad no puede ser la porción penal de las leyes, sino la porción social de la Constitución.

A diferencia de los cambios que pudieran ocurrir en la regulación sobre la declaración preparatoria, la audiencia constitucional o el careo, por ejemplo, que se concentran más bien en la técnica del proceso —no exenta, obviamente, de consideraciones de política general y de política penal—, las modificaciones a propósito de la prisión preventiva y la libertad provisional muestran gravemente la dialéctica entre los bienes, las pretensiones y los personajes que antes mencioné.

La ampliación de los supuestos de libertad, a costa de la prisión preventiva, milita por el inculpado. La subordinación de la garantía patrimonial a los requerimientos de la reparación del daño y el perjuicio, lo hace por el ofendido. La adopción de nuevas condiciones para el otorgamiento de la libertad y la creciente responsabilidad judicial en este punto, lo hacen por la sociedad. Claro está que hablo en términos generales.

## V. LA PRISIÓN PREVENTIVA

Antes de seguir, conviene formular algunas precisiones sobre el uso cautelar de la prisión. Antes que punitiva o penitenciaria —lugar de penitencia—, la cárcel fue cautelar o preventiva —cautiverio por precaución, prevención o cautela—. El que sea una cosa o la otra, no quita a la reclusión su carácter aflictivo ni distrae su verdadera naturaleza opresora de la libertad. Por eso dijo Beccaria que la preventiva es la única pena que se anticipa a la condena. En este sentido, puede concluirse que la preventiva es injusta y adversa a un precioso dogma liberal: se presume la inocencia hasta que se prueba la culpabilidad; y esta prueba, para que sea concluyente, tiene un solo nicho: la sentencia.

Por ende, resultará muy difícil sustentar la prisión preventiva —y desacreditar, en consecuencia, la libertad del imputado— en razones de justicia estricta. Hay que recurrir a otras consideraciones, no exentas, por supuesto, de justicia, pero tampoco atenuadas sólo a ésta. Es aquí donde entran en la escena otros valores que recoge el orden jurídico: dígame la seguridad, dígame el bien general. Por esto se explica y justifica la privación preventiva de la libertad. Hay que asegurar la efectiva sumisión del inculpado a la justicia, garantizar la satisfacción de los intereses del ofendido, proveer condiciones de paz y seguridad a la sociedad, favorecer la concurrencia y actividad de los participantes en el proceso.

De todo eso resulta la pertinencia de la prisión preventiva, y de aquí provienen luego sus características y sus límites. Menos quedan en riesgo la justicia, el ofendido, la sociedad, los participantes procesales; más es innecesaria para aquellos fines y constituye apenas un método de represión excesiva y de sufrimiento indebido. De tal suerte se responde a ciertas preguntas indispensables, una vez admitida la dudosa justicia de la preventiva y tolerada ésta por su carácter funcional: ¿por qué la prisión?, ¿qué prisión?, ¿cuánta prisión? La solución jurídica debe ser una respuesta de equilibrio a estas preguntas decisivas.

La cárcel punitiva sirve a una serie de fines bien arraigados en la historia (por lo menos en la historia de las ideas, y a menudo en la historia de las costumbres) y ampliamente examinados por la doctrina, que ora los acepta, ora los rechaza. Sirve a la retribución, a la intimidación (o más suavemente, prevención general), a la expiación, a la readaptación (o menos jactanciosamente, reinserción) y a la contención.

La cárcel preventiva no es consecuencia de un delito, sino de un proceso —y a veces de una mera sospecha, que será la llave del proceso—, y por eso no puede servir a todos aquellos fines. Es improcedente que retribuya o corresponda a lo que sólo está por verse: el delito cometido. No puede pretender la expiación de una culpa, pendiente de prueba. Tampoco es razonable decir que readaptará al imputado, cuya desadaptación sólo se probará cuando se acredite la comisión del delito, mientras nos hallemos en un derecho penal de conducta, no de autor.

De los fines tradicionales de la pena, pues, sólo quedan dos para la preventiva: la intimidación o disuasión, que opera aunque se discuta y no se proclame, y la contención, que se discute menos y se proclama siempre, y que enlaza con los motivos antes descritos para legitimar una privación de la libertad que resultaría, de otra suerte, absolutamente injustificada. La idea de contención sugiere explicaciones y expresiones como ésta, vertida últimamente acerca de la notoria disminución de la criminalidad en Nueva York: “los delincuentes se encuentran en la cárcel, no en la calle”.

No dejaré de recordar que hay esfuerzos —sobre todo teóricos; prácticos, un poco menos— para abolir la prisión, e incluso el derecho penal. Estos trabajos de Hércules suprimirían la privación penal de la libertad. De manera semejante, hay esfuerzos del mismo carácter para cercar, reducir y suprimir la prisión preventiva. Ojalá tengan éxito.

## VI. EL TEXTO ORIGINAL: 1917

En 1996 se redactó la quinta versión constitucional de la libertad provisional bajo caución. Esto sucedió con unos antecedentes y en un marco que deben tenerse a la vista. Aquéllos y éste concurren a determinar el texto que finalmente

se adoptó. Veamos primero, brevemente, los antecedentes constitucionales de la nueva fracción I del artículo 20 constitucional, desde 1917.

El texto original fue muy breve. Tuvo sustento en las referencias contenidas en el mensaje de Carranza, tan severo con los jueces y esperanzado con el Ministerio Público. No sobra la relectura de ese mensaje para quienes proponen, con buena fe seguramente, el retorno al modelo de proceso penal anterior a la Revolución mexicana. El conocimiento de la historia ayuda a no repetirla.

Dijo Carranza:

La ley concede al acusado la facultad de obtener su libertad bajo fianza durante el curso de su proceso; pero tal facultad quedó siempre sujeta al arbitrio de los jueces, quienes podían negar la gracia con sólo decir que tenían temor de que el acusado se fugase y se sustrajera a la acción de la justicia.

La concisa fórmula del 17 precisó que el acusado en un juicio del orden criminal tendría, entre otras garantías, la siguiente:

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

De este modo se inició una tradición interesante y opinable: es la ley, no el tribunal, quien concede o niega la libertad provisional; para ello se atiene, mecánicamente, a la sanción aplicable al delito imputado. El juez sólo interviene en la determinación de la garantía; y en este orden cuenta con un espacio que abre su arbitrio y con otro que lo cierra. Aquél, el espacio para el arbitrio, se identifica como valoración —que parece razonable— acerca de las circunstancias personales del inculpado, que tendrían que ver con sus antecedentes, dinámica de la conducta, condición económica y acaso “peligrosidad” —palabra que no empleó el Constituyente, pero utilizaría el derecho penal mexicano de los siguientes años—; y en torno a la gravedad del delito cometido, para evitar que todo se fuera en apreciación de personas, es decir, en un dato subjetivo, y nada en consideración de los hechos, esto es, en un dato objetivo.

Otro punto importante, además de la diversidad de formas de garantía, fue el límite impuesto al valor de éstas: diez mil pesos. Con ello se quiere poner la libertad, hasta donde parece posible, al alcance del inculpado; se evita la caución excesiva, que haría ilusorio o impracticable el derecho a la excarcelación. La referencia a una cantidad en pesos —diez mil— muestra dos cosas: una, ese empeño en acotar el arbitrio judicial y favorecer la libertad; otro, una fe ilusoria en el valor de la moneda.

## VII. REFORMA DE 1947

Por varios puntos se rompería el equilibrio que pretendió la norma original. Pero esto no sucedió inmediatamente, ni al poco tiempo. Transcurrirían treinta años entre la fecha del texto original y la introducción de la primera reforma. Este lapso, en una Constitución nerviosa como la nuestra, acredita los aciertos que hubo en la fórmula del 17. Empero, su texto resultó demasiado restrictivo, quizá por cauteloso, y su previsión monetaria llegó a ser absolutamente insuficiente. En 1947 se promovió la reforma de la fracción I del artículo 20, tal vez por gestión del jurista Carlos Franco Sodi. Este cambio alivió algunos problemas, dejó pendientes otros y mantuvo las ideas centrales del sistema de libertad provisional.

En la fórmula iniciada en 1947 siguió prevaleciendo la concesión legal de la libertad —que así constituyó una especie de “prejuicio” legal, similar a otros acumulados en torno a la libertad preparatoria— sobre la concesión judicial, entendida como expresión responsable del arbitrio judicial. Se mantuvo la razonable alusión a las circunstancias personales del acusado y a la gravedad del delito imputado, como elementos para la individualización de la garantía. Finalmente, se estableció un nuevo límite a ésta, una vez más en números absolutos de pesos —\$ 250,000—, pero en este punto ya figuró una vía de escape a la rígida cifra: se previno, sin discriminación entre categorías de delitos o de personas, que ese límite podría ceder cuando el delito atribuido “represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial”; en tales casos, la garantía debía ser, “cuando menos” tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado.<sup>1</sup>

Perduró cerca de siete lustros esta disposición constitucional. Sus mayores deficiencias, determinantes del relevo de textos, fueron la escasa posibilidad de ejercer una defensa social suficiente mediante el manejo de la libertad provisional; su atadura a la garantía nominal general, inconsecuente con una economía inflacionaria; y los excesos derivados del incremento desmesurado de la caución en el supuesto de cualesquiera delitos de carácter patrimonial o con efectos patrimoniales.

1 La fracción I del artículo 20 constitucional, que provino de la reforma de 1947, estableció: “en todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza, que fijará el juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, y sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla bajo la responsabilidad del juez en su aceptación. En ningún caso la fianza o caución será mayor de 250 mil pesos, a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado”.

La reforma de aquellos años trajo consigo, sin embargo, algunos pasos adelante que conviene estimar. Primero, una extensión razonable en el otorgamiento de la libertad, en tanto ésta procedía cuando no excediera de cinco años el término medio —ya no el máximo— de la prisión aplicable al delito imputado. Segundo, una aportación perdurable, que en el futuro se perfilaría mejor: la aparición en la escena del interés del ofendido, todavía imprecisa en el texto de 1947, que no llegó hasta donde pudo llegar: la vinculación expresa entre ese interés y la caución, sino se contentó con citar el daño patrimonial como criterio para la individualización de la garantía.

## VIII. REFORMA DE 1984

Entre 1948 y 1984 hubo reformas de notable trascendencia en la legislación secundaria, bien comprendidas por los más, con argumentos persuasivos, incomprendidas por los menos, sin razón suficiente, que iniciaron la ampliación del derecho a la libertad provisional con apoyo en el supuesto, que menciono en otras partes de este trabajo, de que la Constitución sólo contiene un número mínimo de garantías del ciudadano, pero no —nunca— un número máximo que no pueda ser mejorado por la legislación ordinaria. Estas reformas en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, practicadas en 1971, tienen antecedente en el Estado de México y sustentaron sucesivos avances en el derecho secundario, que culminarían en la reforma de 1983 a la ley penal y procesal penal.

En esencia, los cambios procesales de 1971 —anticipo de las grandes transformaciones que aparecerían en años posteriores, principalmente en 1983— permitieron al indiciado obtener su libertad provisional ante el Ministerio Público (ya no sólo ante el tribunal, como decía la Constitución), en la fase de averiguación previa (y no únicamente en la etapa de proceso, propiamente dicho, como postulaba la ley fundamental), cuando se tratase de delitos imprudenciales cometidos con motivo del tránsito de vehículos.<sup>2</sup>

2 Los párrafos segundo y siguientes del artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (y territorios federales), dice tras su reforma de 1971: “en las averiguaciones que se practiquen por delitos de imprudencia ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, siempre que no se abandone a quien hubiese resultado lesionado, no procederá la detención del presunto responsable, si éste garantiza suficientemente ante el Ministerio Público el no sustraerse a la acción de la justicia y, en su caso, el pago de la reparación del daño. Cuando el Ministerio Público deje libre al presunto responsable, lo prevendrá para que comparezca ante el mismo para la práctica de diligencias de averiguación, en su caso, y, concluida ésta, ante el juez a quien se consigne la causa, quien ordenará su presentación y si no compareciere a la primera cita, ordenará su aprehensión, mandando hacer efectiva la garantía otorgada. El Ministerio Público podrá hacer efectiva la garantía si el presunto responsable desobedeciere, sin causa justificada, las órdenes que dictare. La garantía se cancelará y en su caso se devolverá cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal, o una vez que se haya presentado el presunto responsable ante el juez de la causa”.

En 1984 se promovió la segunda reforma de la fracción I del artículo 20, que produciría el tercer texto.<sup>3</sup> La iniciativa mencionó la necesidad de avanzar en el equilibrio entre los intereses que entran en conflicto con motivo del delito y el proceso. Era indispensable —se dijo entonces— afianzar el derecho del inculpado, asegurar el del ofendido y mejorar las condiciones de la seguridad pública, puestas en predicamento por las defectuosas disposiciones sobre libertad provisional. Estos fueron los objetivos expresos, y bajo ellos se hizo la reforma. En ésta hubo un buen número de novedades importantes. Empero, no figuró entre ellas el cambio de rumbo en un asunto central: el “prejuicio” legal y el poder judicial de conceder o negar la libertad.

La reforma de 1984 revisó la referencia a la conducta ilícita materia del procedimiento. A este respecto, se habló del delito, “incluyendo sus modalidades”. Esta expresión azoró a unos cuantos, aferrados a una tradición que debió ser evitada o modificada por la jurisprudencia, pero no lo fue. Como se dijo en la exposición de motivos, sólo se trataba de precisar lo que una buena lectura de los textos anteriores pudo definir sin grandes cavilaciones: esto es, que se debe tomar en cuenta el delito efectivamente cometido —el atribuido al probable infractor— y no uno diferente.

En algunas proposiciones, la exposición de motivos insistió en aclarar lo que sólo artificiosamente se había oscurecido. Considérese, puntualizó, “el delito efectivamente cometido, según resulte de las constancias del procedimiento, y no sólo el llamado básico o fundamental. En efecto, la concurrencia de modalidades, en su caso, configura el tipo penal al que realmente corresponde la conducta ilícita

3 La fracción I, tras la reforma de 1984, dispuso lo siguiente: “en todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación. La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito. Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados. Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores”. Conviene aclarar que la iniciativa presidencial no contuvo este último párrafo. El proyecto concluía en el tercer párrafo, sin distinguir entre delitos intencionales, de una parte, y no intencionales y preterintencionales, de la otra. La distinción entre los supuestos de dolo y culpa fue un acierto aportado en la Cámara de Senadores. Sin embargo, resultó oscura la última frase: “y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores”.

atribuida al sujeto”. En otro punto, la exposición reiteró: “así, quedará recogido el delito que verdaderamente se cometió, y no una hipótesis penal abstracta”.

Al abordar el monto de la garantía, el texto de 1984 aportó otros aciertos: en la fórmula para establecer la cuantía, en los factores para determinarla y en la distinción, con estos mismos fines, entre las diversas categorías delictuosas establecidas a partir de la culpabilidad.

La reforma que ahora comento abandonó la alusión a cifras en pesos. Evidentemente, esta técnica anticuada —removida ya de la legislación secundaria, varios años antes— ponía al Constituyente en el dilema de presenciar el envejecimiento constitucional y la consecuente inutilidad de sus fórmulas, o reunirse con inquietante frecuencia para poner al día los números desbordados por la nueva economía. De ahí que la referencia acogida fuese la misma que regularmente se admitió en muchos ordenamientos de menor rango: múltiplos del salario mínimo. Sobra decir cuáles son las ventajas de esta invocación.

Al igual que los textos precedentes, el de 1984 retuvo acertadamente la consideración sobre circunstancias personales del inculpado y gravedad del delito cometido, para establecer la caución aplicable. Pero el Constituyente de entonces supo distinguir entre el común de los delitos y de los infractores, para los que basta una provisión general, y los casos que se apartan de esa línea ordinaria, para los que no basta aquella provisión. Por eso instituyó lo que he llamado un régimen ordinario y uno agravado o reforzado.

El régimen ordinario permitía el señalamiento de una caución que “no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito”. En cambio, conforme al sistema reforzado o agravado, habría una consideración judicial adicional y una posibilidad de ampliación en el monto de la garantía.

Efectivamente, la autoridad judicial tomaría en cuenta “la especial gravedad del delito [y] las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima”; con este fundamento y “mediante resolución motivada” (motivada, se entiende, acerca del reforzamiento de la garantía), el juzgador “podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito”.

Hubo ciertos aspavientos en la lectura superficial del precepto. Se creyó, con demasiada prisa, que esta fórmula impedía la libertad provisional, cuando en realidad sólo racionalizaba su otorgamiento. Había que leer cuidadosamente las palabras “podrá” y “hasta”, y también había que advertir la falta de otra palabra que hubiera significado una restricción automática: “desde”. En los términos de la norma real, no de un precepto imaginario, el juzgador podía elevar la caución exigida hasta cuatro veces el salario mínimo anualizado, pero también podía reducirla hasta un día de ese salario, esto es, hasta el estricto salario mínimo, multiplicado por uno.

Los párrafos tercero y cuarto de la fracción I, en la reforma de 1984, distinguieron —como lo hacía la mayor parte de las disposiciones penales de entonces— entre delitos dolosos —llamados intencionales—, culposos —denominados imprudenciales— y preterintencionales. En el primer supuesto, que regularmente determina diversos agravamientos —desde luego, en la sanción aplicable, pero también en las condiciones de la libertad preparatoria, por ejemplo— la garantía debía ser, como en el pasado, “cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados”.

En la hipótesis de delitos culposos y preterintencionales, “basta que se garantice —dijo el precepto— la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales [...]”. De esta forma se aliviaba el exceso en la garantía a propósito de estas categorías delictuosas; era ahí, no en la posible duplicación de la garantía ordinaria, donde se hallaba el verdadero obstáculo para la obtención de la libertad, que el juez no podía remover.

Vale destacar que en este último párrafo de la fracción I se aludió constitucionalmente, por primera vez, al carácter de la caución como garantía de resarcimiento en favor del ofendido. Con más ímpetu que razón, alguna voz objetó que se hiciera tal cosa: se convierte la garantía del inculpado (la libertad provisional bajo caución) en una garantía para el ofendido (la reparación patrimonial). Esto, que alguno censuraba, fue uno de los méritos de la reforma, que abriría el camino del futuro: establecer instituciones con doble garantía: del imputado y de la víctima; y fortalecer la garantía para la sociedad, mediante una disposición racional sobre el monto de la caución.

Otro mérito de aquella reforma fue incorporar el concepto de perjuicio, además de la noción de daño. Esto ya se había hecho, un año antes, en la más relevante reforma penal practicada en el Código federal y distrital de la materia, desde 1931 hasta hoy. Está claro que la incorporación de los perjuicios se propuso mejorar la posición del ofendido. Este interés había informado las modificaciones penales secundarias de 1983.

En la iniciativa de 1984 hubo una propuesta que no prosperó. Se sugirió que la garantía reforzada o agravada se estableciera sólo “previa solicitud motivada por parte del Ministerio Público”, dejando al juez en absoluta facultad, desde luego, para estimarla o desestimarla. Para excluir ese fragmento, el dictamen elaborado en la Cámara de Senadores adujo una consideración escasamente persuasiva: se creyó

necesario destacar que la potestad de incrementar el monto de la caución, únicamente habría de corresponderle a la autoridad judicial, sin necesidad de que formulase petición motivada el Ministerio Público, ya que de mantenerse el criterio de que únicamente mediante la petición del órgano persecutorio podría realizarse el incremento, ello daría lugar a que pudiera pensarse que la institución del Mi-

nisterio Público prejuzgaba respecto a la gravedad del delito o a las particulares circunstancias del imputado o de la víctima.

Lo que a este respecto se perdió en 1994, se ganaría, como veremos, en 1996.

## IX. REFORMA DE 1993

Antes de tratar la reforma constitucional de 1993, procede recordar unos cambios secundarios, muy interesantes, incorporados en 1991. Se concentraron en los códigos procesales de la Federación y del Distrito Federal. Establecieron, en síntesis, tres categorías de delitos para los efectos de la libertad provisional de quienes los hubieran —probablemente— cometido: a) sancionados con prisión cuyo término medio aritmético no excediera de cinco años; b) sancionados con prisión cuyo término medio excediese de esos cinco años, y c) delitos graves, estipulados en una lista exhaustiva. En el primer caso se concedería, *ope legis*, la libertad bajo caución; en el tercero se negaría, también *ope legis*.

La novedad importante, que lamentablemente perdería de vista el apurado Constituyente Permanente de 1993, radicó en la segunda hipótesis. Ésta marcaba el camino del porvenir. Aquí se admitió por primera vez el responsable arbitrio judicial, sujeto a determinados requisitos: a) que se garantice la reparación del daño; b) que la concesión de la libertad no apareje un grave peligro social; c) que no exista riesgo fundado de sustracción a la justicia, y d) que no se trate de reincidentes o habituales.

La posibilidad de otorgar la libertad provisional en estos casos, no regidos por la Constitución, se instaló en una tesis impecable: la declaración constitucional de los derechos es un catálogo mínimo, irreductible; la ley secundaria puede ampliarlo, como sucedió desde 1971, a través de una extensión de la libertad provisional al periodo de averiguación previa; en consecuencia, no se requiere reformar la Constitución para que los códigos ordinarios extiendan esa posibilidad favorable al imputado. Es importante retener los conceptos que figuran en el haber de la reforma secundaria de 1991: éstos reaparecerían en cierto grado, al lado de algunas sugerencias derivadas de la reforma de 1984, en la modificación constitucional de 1996.

El texto derivado del proceso de 1984 se sostuvo diez años, que ya es decir en una circunstancia de gran trasiego legislativo, sobre todo en materia penal. En 1993, se anunció el proyecto de reformar algunas disposiciones sobre detención y cateo, previa consulta muy amplia. No fue así: no hubo tal consulta y las reformas se extendieron a otras materias. Así, ésta llegó más lejos, fue más rápida y para nada se ocupó del cateo.

En pocos días aparecieron numerosos cambios constitucionales, generados por dos iniciativas formuladas en la Cámara de Diputados. Una de ellas, del 30 de

junio de 1993, propuso la reforma de los artículos 16, 20 y 119; la otra, del 8 de julio, planteó la modificación de los artículos 19 y 107. Fueron dictaminadas en un solo acto. El dictamen se produjo el 8 de julio, es decir, el mismo día que se presentó la segunda iniciativa.

La reforma de 1993<sup>4</sup> conservó la línea constitucional tradicional: prejuicio legal. Empero, invirtió los términos; procede la libertad en todos los casos, salvo en las hipótesis de los delitos graves, noción perturbadora que afianzó aquella reforma y que resolvió mal la legislación secundaria, donde apareció inicialmente. Ésta cumplió su función a través de sendas listas de delitos, ignorando lo que no es posible ignorar: que la gravedad de los delitos considerados en el sistema penal se expresa en la punibilidad dispuesta por el legislador (de ahí que los textos anteriores hablasen de una media penal de cinco años: frontera entre delitos graves y leves), y no por conducto —aunque puede hacerse— de relaciones que es preciso modificar cada vez que se recrudece la gravedad de una conducta o se modifican las penas correspondientes.

Al fijar el sistema de la caución, la reforma de 1993 tropezó de nuevo. Antes había dos referencias para este fin: delito y delincuente, que no fueron mencionados siquiera en el texto del 93. Éste sólo dijo que la libertad se otorgaría, salvo en esos delitos graves que figuran en listas prolijas, “siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado”.

Aquí hubo tres desaciertos. Primero, se olvidó nada menos que la razón de ser histórica y jurídica de la caución en estos casos: asegurar la presencia del inculpado ante la justicia; de esto no se dijo nada. Después los códigos de procedimientos querrían desfacer el entuerto, instituyendo la garantía de cumplimiento de deberes procesales, que fue inconstitucional porque añadió un requisito de excarcelación que la ley suprema no establecía. Segundo, se aludió, como antes de 1984, a la reparación del daño, con lo que se desvalió al ofendido, no obstante que se le quería proteger. Tercero, se incluyó la referencia a “las sanciones pecuniarias” (así, en plural), como si una vez mencionada por separado la reparación del daño, quedasen todavía dos o más sanciones de ese género, y no apenas una: la multa. Por cierto, al tutelar el pago de la multa y no el de los perjuicios, la reforma del 93 se mostró más solícita con el erario que con el ofendido.

4 El texto de la fracción I, según dicha reforma, previno: “en todo proceso de orden penal, tendrá el acusado las siguientes garantías: I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. El monto y forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial. El juez podrá revocar la libertad caucional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso”.

En el segundo párrafo de la fracción I, la reforma de 1993 dejó un acierto: que el monto y la forma de caución fuesen asequibles para el inculpado. Aquí se planteó un conflicto que el Constituyente resolvió en favor del inculpado y en contra del ofendido. Luego volvió a tropezar: “en circunstancias que la ley determine —señaló—, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial”. Los deslices consisten en hablar de “caución inicial”, y no de caución a secas, y en prever solamente la reducción y no el incremento, no obstante que se demuestre el aumento y no la disminución del daño reparable.

El tercer párrafo también resultó una combinación de aciertos y desaciertos. Fue acertada la expresa referencia a la revocación de la libertad provisional. Anteriormente existía la norma suprema sobre la libertad, pero no había otra norma de idéntico rango que rectificase las malas consecuencias que pudiera traer la primera. Y fue desacertado contraer la revocación al incumplimiento en forma grave de “cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo —señaló la adición, con expresión curiosa— en razón del proceso”. Esto deja fuera por lo menos uno de los supuestos clásicos más destacados: la comisión de nuevos delitos; no delinquir es una obligación para cualquier persona, que no deriva a su cargo —para decirlo en la forma que empleó la ley fundamental— en razón del proceso.

Finalmente, el penúltimo párrafo del artículo 20 —también agregado en 1993— aportó un galimatías que menciono ahora porque también abarcó el tema de la libertad provisional. Ese párrafo extendió a la averiguación previa algunas garantías del proceso, recogiendo así la obra liberalizadora de la legislación secundaria. De paso, dijo que “lo establecido en las fracciones I y II (del artículo 20) no estará sujeto a condición alguna”.

La primera fracción se refiere a la libertad provisional, y la segunda proscribía la declaración forzada, la tortura, la incomunicación. Es comprensible que estas prohibiciones no estén sujetas a condición alguna en la averiguación previa, aunque tampoco existe condición alguna para que se observen durante el proceso. Lo que no tiene sentido es decir que la libertad provisional del indiciado no estará sujeta a condición alguna; esto invita a preguntar, sólo por ejemplo: ¿habrá libertad cuando se trate de delitos graves?, ¿habrá libertad caucional sin caución?

## X. REFORMA DE 1996: LA CIRCUNSTANCIA

Hasta aquí me he referido a los antecedentes constitucionales de la reforma de 1996. Ahora diré algunas palabras sobre la circunstancia en que apareció esta modificación constitucional. Debo referirme primero al conjunto de reformas —particularmente las constitucionales— que acompañaron el cambio en el régimen de la libertad provisional.

Conviene puntualizar que las reformas a la fracción I del artículo 20 fueron planteadas en una iniciativa específica del Ejecutivo, de fecha 18 de marzo de 1996, en tanto que las modificaciones de los artículos 16, 21, 22 y 73 lo fueron en iniciativa separada, de la misma fecha. Al cabo, ambas serían reunidas para su consideración por el Senado, funcionando como Cámara de origen, que emitió un solo dictamen comprensivo de las dos iniciativas, el 1 de abril de ese mismo año. Así las cosas, en lo que se podría llamar la circunstancia jurídica de la reforma del artículo 20, figura la modificación de aquellos otros preceptos de la ley fundamental, a los que aludiré brevemente.

Todas estas reformas, o la mayoría de ellas, parecen derivadas del propósito de enfrentar la “delincuencia organizada”. Ésta fue la idea generadora del impulso legislativo, según se mira en la prensa de los meses anteriores a la presentación formal de los proyectos. Inclusive, se llegó a decir que si resultaban inconstitucionales las normas secundarias sobre delincuencia organizada, propuestas en los planteamientos más conocidos, sería preciso reformar la Constitución para allanar el camino al legislador ordinario. Así, hubo reformas constitucionales suscitadas por este propósito, que se advierte en el texto mismo de las nuevas disposiciones, y se planteó la expedición de una inquietante Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que no procede examinar aquí.

En primer término, se consultó y aprobó, tras numerosos debates que determinaron la modificación del proyecto, una reforma al artículo 16 constitucional.<sup>5</sup> La discusión de esta reforma subió de punto en la Cámara de Diputados, que propuso una serie de “candados” —tal fue la denominación generalmente utilizada— para que la legislación reglamentaria evitase posibles errores o abusos en la aplicación de la nueva figura constitucional.

Esa nueva figura se refiere a las comunicaciones privadas. Provee una serie de medidas que hubieran resultado absolutamente innecesarias, si se hubiese dejado que la jurisprudencia interpretara el mandamiento sobre los actos de autoridad que generan molestia a los particulares, cumpliendo así la misión característica de la jurisprudencia. Ni siquiera la orden de cateo, que implica una injerencia mucho mayor en la esfera íntima de los individuos, se halla sujeta a tan prolija regulación constitucional.<sup>6</sup>

5 La iniciativa presidencial propuso este texto en el noveno párrafo del artículo 16: “sólo la autoridad judicial podrá autorizar la intervención de cualquier medio de comunicación privada, o bien la colocación secreta de aparatos tecnológicos. Estas intervenciones se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. La ley penal sancionará a quien las realice sin tales requisitos, y los resultados de ellas carecerán de todo valor probatorio”.

6 Dice el texto aprobado como noveno párrafo del artículo 16: “las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por

Otra disposición modificada fue el artículo 21. Tras diversas hipótesis más o menos novedosas y preocupantes, que desaparecieron en el camino —por ejemplo, el drástico agravamiento de las sanciones por faltas administrativas—, la reforma se contrajo realmente a retirar el calificativo de “judicial” a la policía que interviene en la persecución de los delitos con el Ministerio Público.<sup>7</sup> El mero cambio de nombre no asegura progreso alguno en la organización y el funcionamiento de este cuerpo de investigaciones; en cambio, ya ha generado confusión por la diversidad de nombres que esa policía comienza a recibir en las distintas entidades federativas: policía ministerial o policía de investigación, *verbi gratia*.<sup>8</sup>

En el artículo 22 constitucional, que proscribe la pena de confiscación, entre diversas sanciones inadmisibles, se agregó otro supuesto de confiscación al que, sin embargo, se niega esta naturaleza.<sup>9</sup> Dice la parte final del segundo párrafo, según la reforma de 1996, que no se considerará confiscación “el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes”.

Es flagrante la inversión en la carga de la prueba. Para decirlo con una expresión conocida, en estos casos el Ministerio Público no necesita probar la ilicitud de la conducta del acusado; existe una presunción de culpabilidad *juris*

escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor”.

7 La iniciativa planteó la reforma del primer párrafo del artículo 21, como sigue: “la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía de Investigación, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas”.

8 El texto aprobado como primer párrafo del artículo 21 es el siguiente: “la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas”.

9 La iniciativa propuso el siguiente texto, como segundo párrafo del artículo 22: “no se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas; ni el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso del enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109. Tampoco se considerará confiscación, el decomiso de los bienes pertenecientes a una persona, o el de aquéllos respecto de los cuales ésta se conduzca como dueño, si al ser sentenciada como responsable de delincuencia organizada no acredita la legítima procedencia de dichos bienes”.

*tantum*, que acarrea una pena severa: la confiscación —o decomiso—; es el inculpado, por lo tanto, quien debe demostrar que actuó en forma legítima; de lo contrario, le serán confiscados —o decomisados— sus propios bienes, o inclusive los bienes ajenos sobre los que se conduzca como dueño, aunque en rigor no lo sea.<sup>10</sup>

Además, se adicionó con un párrafo la fracción XXI del artículo 73, que establece las atribuciones del Congreso de la Unión y, por esta vía, determina la frontera entre el ámbito conferido a la Federación y el reservado a los estados de la Unión. Antes de la reforma, esa fracción XXI decía llanamente que el Congreso es competente “para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse”.<sup>11</sup>

De tal suerte, el Poder Legislativo federal podía —y puede— “federalizar” conductas ilícitas. Seguramente por ello, en 1993 se practicó la muy discutible y discutida reforma del artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales, que convierte en delitos de este fuero a los que tengan carácter local y sean cometidos en conexión con un delito del fuero federal.

Por ejemplo, devienen federales los delitos de homicidio y lesiones que sean perpetrados con arma de fuego, si el portador y usuario de ésta no tiene la licencia correspondiente. La portación del arma constituye un delito federal, en su caso, bajo la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; el homicidio, en cambio, generalmente es un delito común, con las salvedades que resulten de la calidad de los sujetos activo y pasivo y de la oportunidad y circunstancias que concurren en el homicidio; empero, el uso del arma de fuego “federaliza” el homicidio, en el caso de que así lo juzgue oportuno el Ministerio Público federal. Por ende, esa federalización ha resultado selectiva. Florece aquí un principio de oportunidad, en el sentido procesal de la palabra, diverso del criterio de legalidad que postula —con buena o mala factura— el mencionado artículo 10 de la ley procesal federal.

Es por lo menos opinable la necesidad de reformar la Constitución para asegurar el carácter federal de los delitos conexos.<sup>12</sup> Tal vez bastaba con un cambio

10 El texto aprobado del segundo párrafo del artículo 22 señala: “no se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109: ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes”.

11 En la iniciativa se proponía el siguiente texto: “XXI. Para definir los delitos y faltas contra la Federación, y demás de competencia federal, y señalar las penas y medidas de seguridad que por ellos deban imponerse”.

12 Conforme al texto aprobado, la fracción XXI contiene dos párrafos; éstos disponen: “XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse. Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales”.

o una adición al artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que resuelve el catálogo de los delitos de esta categoría, conforme a una serie de criterios entre los que pudo ensayarse la inclusión de la conexidad.

Vayamos ahora a la circunstancia social de la reforma. Ésta ocurrió en una etapa de fuerte crecimiento de la criminalidad en toda la República; en ella figuran los inquietantes números del Distrito Federal. En este punto conviene mencionar algunas referencias que aparecen en documentos oficiales. Es el caso de la intervención del secretario de Gobernación en la instalación del Consejo Nacional de Seguridad Nacional, el 8 de marzo de 1996. Se dijo entonces que entre 1980 y 1994, los delitos del fuero federal se habían incrementado en cuatro tantos.

En el Programa de Procuración de Justicia 1995-2000 para el Distrito Federal, elaborado por la correspondiente Procuraduría General de Justicia, y en la comparecencia del procurador en la Asamblea de Representantes, el 20 de abril de 1996, se hizo ver que, entre 1994 y 1995, la criminalidad en la ciudad de México había crecido 35.36%, en promedio. Por demás está ponderar la gravedad de estas cifras.

## XI. REFORMA DE 1996: LA REGULACIÓN

En este “ambiente” se propuso la reforma del artículo 20, fracción I, a menos de tres años de haberse promovido la reforma anterior, apenas en junio de 1993. Era obvio que la modificación de este último año resultó insatisfactoria, como lo fueron también otros cambios —así, los referentes a los sustitutivos penales, que desmesuraron el buen logro de 1983—, y por ello se requirió una revisión a fondo de las normas respectivas. De nueva cuenta se observó —aunque no lo hizo así la exposición de motivos— lo que es evidente y se ha comprobado hasta la saciedad: la reforma de las instituciones no se puede fincar sólo en la buena voluntad del legislador y en estimaciones abstractas sobre la operación del orden jurídico; además, es preciso sustentarla en la experiencia y en el conocimiento de la realidad a la que se destina y en las posibilidades y limitaciones inherentes a cada figura jurídica.

### 1. *Sistema para el otorgamiento de la libertad*

La reforma de 1996 conserva el sistema de prohibición de libertad en el supuesto de ciertos delitos, los llamados graves, pero ya no insiste en lo que he llamado prejuicio legal, por lo que toca a los otros delitos. Ésta es su mayor contribución al conveniente desarrollo de la libertad provisional. En el futuro se mira la posibilidad de que los juzgadores dispongan o nieguen las medidas precautorias —y entre ellas, sobre todo, la prisión preventiva o la libertad provisio-

nal— con apoyo en datos que sustenten su determinación, de cuya legitimidad y pertinencia deberán ser responsables. Habrán de cesar, así, tanto la concesión como la negativa encadenadas por la ley, sin responsabilidad del juzgador.

Subsiste *ope legis*, pues, la imposibilidad de conceder la libertad del inculcado cuando vengan al caso delitos graves. Recordemos que esta desafortunada denominación procede de la reforma constitucional de 1993, que elevó al plano supremo del orden jurídico la errónea designación acuñada por anteriores reformas procesales. Esta designación cundió en las leyes secundarias, en forma tal que la reforma de 1996 no hubiera podido desarraigar el desacierto sin traer consigo numerosos cambios en el sistema procesal.

Mientras se corrige el error, sería deseable que las leyes secundarias del futuro se abstengan de presentar listas de delitos graves, y reconozcan que la gravedad o levedad de las conductas ilícitas se califica por la sanción aplicable a sus autores, y no por sucesivas incorporaciones en un catálogo siempre inconcluso.

En el caso de los delitos no graves, pues, el juzgador ya no está maniatado: puede conceder o negar, razonadamente, la libertad provisional bajo caución. Ahora bien, como la garantía de libertad provisional se extiende a la fase de averiguación previa, desde la reforma procesal secundaria de 1971, y figura también entre los derechos constitucionales del inculcado, a partir de la reforma de 1993, la norma que faculta y compromete al juzgador, también faculta y compromete al Ministerio Público.

Por ende, tanto el tribunal como el órgano investigador decidirán, sin que ninguna norma les prive de esta atribución y de la responsabilidad consiguiente, acerca de la libertad del indiciado o del procesado, en las respectivas etapas del procedimiento. Como adelante veré, la negativa se sustenta en diversos factores; éstos atienden, implícita y explícitamente, al buen despacho de la justicia y al interés de la sociedad y del ofendido.

Es indispensable manifestar desde ahora que la Constitución no ordena la negativa de libertad, sino atribuye a la autoridad correspondiente —Ministerio Público, antes de la consignación, y juzgador, después de ella— la potestad de adoptar la decisión que legal y racionalmente corresponda. Algunos analistas de la reforma han creído que la posición del Ministerio Público vincula al tribunal. No es así, en lo absoluto. El texto constitucional es meridianamente claro: dice que “el juez podrá negar la libertad [...]”, no que deberá negarla. Y si eso manifiesta la ley suprema del país, es obvio que la ley secundaria no podrá disponer otra cosa, con “candados” o sin ellos.

Por lo que hace al periodo procesal, el juzgador no puede actuar *motu proprio* cuando se trata de una medida —la negativa de libertad— desfavorable al inculcado, como tampoco puede hacer uso, sin ley que lo ordene o promoción que lo solicite, de otros instrumentos cautelares que afecten a ese sujeto del proceso. Corresponde al Ministerio Público formular el pedimento de negativa, e incumbe

al tribunal decidir soberanamente, como ya dije, lo que en cada caso considere procedente.

Con ello, el órgano acusador cumple su papel de actor penal y de representante social que vela por el interés del ofendido y de la sociedad, sin menoscabo del principio de legalidad que invariablemente ampara al procesado. De este modo, en 1996 se logró lo que debió aceptarse, como ya vimos, en 1994. Considero que el Ministerio Público puede y debe plantear su posición a este respecto en el pliego mismo de consignación, pero podría hacerlo también, si es pertinente, en otro momento del proceso.

En alguna ocasión se ha dicho que la atribución de semejante potestad al juzgador acarrea peligros muy severos. Quienes formulan esta advertencia, observan la deficiente preparación de la judicatura, e inclusive invocan el temor de que la vara de la justicia se tuerza por motivos inconfesables. No niego motivos a estas preocupaciones. Pero debo recordar que a los tribunales se confieren potestades mucho más delicadas que la de resolver sobre la libertad provisional: tienen el poder de juzgar y condenar. Los mismos argumentos que se utilizan para objetar la nueva disposición constitucional, servirían para impugnar, con mayor razón todavía, aquella facultad, que por cierto constituye la razón de ser del Poder Judicial.

Son dos los supuestos que pueden aparejar —no que aparejan necesariamente— la negativa de libertad en la fase de averiguación previa, conforme al examen del caso que haga el Ministerio Público y bajo su responsabilidad, o en el periodo de proceso, por pedimento del Ministerio Público y también conforme al examen que realice el juzgador y bajo su responsabilidad.

1. En primer término, cabe la negativa —que no es obligatoria— “cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley”. Esto apunta hacia la reiteración delictuosa, en el caso de que el inculpado hubiese cometido con anterioridad un delito que corresponda a la categoría de los graves, en los términos de la relación legal respectiva. Si aquél ha incurrido en varios delitos anteriormente, y ninguno es grave, no se satisface la hipótesis constitucional para la negativa de libertad; ésta se cumple, en cambio, cuando es grave alguno de los delitos cometidos, aunque no lo sean todos. Por otra parte, no se dice que el delito por el que se sigue el procedimiento en el que se plantea la negativa, haya de tener también el carácter de grave; en consecuencia, puede serlo o no.

El texto constitucional, que involucra la figura de la reincidencia, no se refiere directamente a ésta. Por ello, es posible que la ley secundaria tampoco se remita a la reincidencia en estricto sentido, que no suele ser la simple reiteración delictuosa, sino una reiteración calificada: con frecuencia se exige que no haya transcurrido más de cierto tiempo entre la comisión de los delitos que determinarían dicha reincidencia.

Es pertinente observar que la existencia de la reiteración —reincidencia o no, con un delito grave de por medio— opera por sí misma, sin conexión con otro dato externo, como lo es el riesgo al que se refiere la última causal de negativa que enuncia la fracción I del artículo 20. Por ello, en estos casos no será preciso acreditar ningún elemento adicional a la previa comisión de un delito grave.

2. En segundo término, es posible —no forzosa— la negativa, “cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad”. Lógicamente, la mención del Ministerio Público implica más que el pedimento exigido, en general, para que el tribunal pueda negar la libertad. Esta petición se exige para cualquier caso de negativa; por ende, no sería necesario insistir en ella, repitiendo la exigencia. Se concluye, pues, que la nueva referencia implica una carga adicional para el órgano acusador, si se trata de una negativa que deba examinarse en sede jurisdiccional. Esa nueva carga consiste en aportar, con rigor y puntualidad, los elementos conducentes al ejercicio de la facultad judicial de negar la excarcelación.

A este respecto, la fracción I del artículo 20 deslinda dos hipótesis, que pueden plantearse alternativa o copulativamente. Así, se refiere a la “conducta precedente” del sujeto, por una parte, y a las “circunstancias y características del delito cometido”, por la otra, ambas cosas en relación con un riesgo que también se estima en dos supuestos: para el ofendido o para la sociedad; evidentemente, puede existir el riesgo para uno y otra.

1. La llamada “conducta precedente” no puede ser, desde luego, la comisión previa de delitos graves, porque a esto ya se dedicó un supuesto específico. En tal virtud, se trata de otras expresiones del comportamiento del inculpado, que hagan suponer, fundadamente, la existencia de riesgo para el ofendido o la sociedad. Esto sucedería, por ejemplo, si existe frecuente reiteración delictuosa, aunque los delitos cometidos no sean graves, o si el comportamiento provocador o agresivo del inculpado permite considerar, racionalmente, que existe ese riesgo.

Debo subrayar que los datos conducentes a la negativa de libertad son subjetivos, en el sentido de que se relacionan con la conducta de un sujeto, el inculpado, pero no lo son por su manifestación o trascendencia: ambas deben ser claramente perceptibles, esto es, objetivamente comprobables y calificables. En este sentido, tales datos dejan de ser subjetivos —calificación que han formulado algunos críticos de la reforma— y devienen objetivos.

2. Las “circunstancias y características del delito cometido” tienen que ver, obviamente, no ya con el agente o sujeto activo, sino con el hecho punible mismo. Habrá que examinar, pues, a título de características, su entidad y gravedad; y en calidad de circunstancias, la forma en que fue concebido, realizado, protegido

u ocultado. Fuera de cualquier duda, se trata de elementos estrictamente objetivos, sujetos a la valoración de la autoridad.

La conducta precedente y las circunstancias y características deben ser examinadas y ponderadas conjuntamente, tomando en cuenta la existencia de una conjunción copulativa: “y”. Empero, es posible que alguno de estos extremos no acredite la pertinencia de la negativa, y otro sí la sugiera. Bastará con esto último para que la autoridad pueda resolver en sentido favorable al planteamiento del Ministerio Público y desfavorable al inculpado.

Como antes dije, lo que califica finalmente la conducta precedente y las circunstancias y características del delito, y por ello determina y justifica la negativa, en su caso, es la existencia de un riesgo para el ofendido o para la sociedad. Aquí queda de manifiesto la intención de la nueva figura: evitar que la libertad provisional, un derecho del inculpado, afecte negativamente la paz y seguridad del ofendido o de la sociedad, que tienen asimismo derecho a disfrutar de esos bienes de la vida colectiva. En este punto se localiza, más que en cualquier otro, la finalidad y justificación de la reforma, y aquí se halla, por supuesto, el punto de llegada de una inquietud social vehemente y creciente, que no pudo satisfacer, sino agravó, la reforma de 1993, y que ahora quisiera atender esta reforma de 1996.

La fracción I habla de un riesgo, no de un daño. El daño ya se causó, al cometerse el delito por el que se sigue el proceso. El riesgo es probabilidad —razonablemente apreciada— de que se consume un nuevo daño, de gravedad mayor o menor que el previamente causado. Para que tenga sentido y justificación la norma constitucional, ese riesgo debe ser real, presente, inevitable dentro de las condiciones normales de la convivencia.

Es obvio que casi cualquier riesgo que represente un inculpado para un ofendido o para la sociedad en su conjunto, puede ser conjurado o neutralizado mediante una cuidadosa, constante y severa acción de la autoridad en defensa de aquéllos; pero también es evidente que en condiciones normales, ordinarias, la autoridad no provee ni puede proveer las seguridades auténticas que derivan de semejante acción permanente y suficiente. Si ésta modera el riesgo para un número sumamente reducido de personas, que consiguen protección en virtud de sus recursos económicos, sus relaciones personales o su posición pública, lo cierto es que la gran mayoría de la población —y por lo pronto la gran mayoría de las víctimas de los delitos— carecen de esa protección y no pueden obtenerla casi nunca. Es a éstos a los que se dirige la tutela de la prisión preventiva.

La libertad provisional constituye una garantía para el inculpado; la negativa, una garantía para el ofendido y la sociedad. La disposición constitucional, en consecuencia, es una medalla de doble faz: una tutela al inculpado; otra, al ofendido y la sociedad. Aquí se muestra, muy claramente, la colisión de intereses y la necesidad de resolverla con equilibrio.

Vale la pregunta sobre la posibilidad de que la ley secundaria extienda los derechos constitucionales del inculpado y disponga la libertad provisional de manera más amplia y generosa que la ley constitucional. Así, podría eliminarse completamente la hipótesis de negativa en el caso de delitos no graves, o bien, restringirse la limitante de la condena anterior y establecer que para tal efecto sólo se tomará en cuenta la reincidencia en los términos de la norma penal que la define.

No es impracticable, a mi juicio, una ampliación de derechos del inculpado. En este punto hay que recordar, nuevamente, la hipótesis en que se apoyaron, desde 1971 y 1983, los grandes progresos procesales en beneficio de aquél, mucho antes de que aparecieran las primeras reformas constitucionales en este ámbito. La Constitución no es el catálogo máximo de derechos, sino el catálogo mínimo. Sin embargo, será preciso tomar en cuenta que la caracterización de la libertad provisional derivada de la reforma de 1996, ya no instituye solamente un derecho del inculpado, sino también un derecho del ofendido y de la sociedad. No me parece admisible que para ampliar aquél se suprima éste.

Dado que la libertad provisional y su negativa pueden implicar un conflicto entre las posiciones del inculpado y de la sociedad, representada por el Ministerio Público, conflicto que debe desahogarse a través de la respectiva controversia, es necesario que ambas partes tengan igual oportunidad para expresar su pretensión y sustanciar sus peticiones con las pruebas correspondientes. El Ministerio Público debe hacer esto desde el momento mismo en que solicita la prisión preventiva: es requisito exigido por la Constitución. En contrapartida, el inculpado y el defensor podrán oponerse y ser escuchados en el trámite de este asunto, por la vía que corresponda, que pudiera ser el proceso principal —como sucede ahora con la libertad provisional— o una de carácter incidental.

No parece posible que el ofendido inste la negativa de libertad: la Constitución no le confiere tal derecho, y si la ley secundaria se lo otorgase, estaría creando una desventaja para el inculpado sin asidero constitucional. En cambio, parece pertinente que el ofendido sea convocado al procedimiento o solicite su acceso a él, una vez propuesta la negativa por el Ministerio Público, para que aduzca y demuestre lo que a su derecho convenga en calidad de sujeto del “riesgo” mencionado por la fracción I del artículo 20. Para ello debe contar con la asesoría legal que le otorga el actual párrafo final del artículo 20, y que no se subsume en la actuación ordinaria del Ministerio Público.

Ya me referí a la extraña fórmula que encerró el penúltimo párrafo del artículo 20 modificado en 1993. El dislate fue corregido en 1996. Ahora ese párrafo señala, juiciosamente, que

las garantías previstas en las fracciones I (esto es, la relativa a la libertad provisional), V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en

los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto (*rectius*: la prevista) en la fracción II (sobre declaración, incomunicación, tortura y confesión del inculpado) no estará sujeto a condición alguna.

## 2. *Determinación de la garantía*

El primer párrafo de la fracción I regula los supuestos materiales de libertad provisional. El segundo párrafo se refiere a la caución, es decir, a la garantía en sentido amplio, pues aquella expresión abarca —como quedó claramente establecido a partir de la reforma de 1984— todas las formas que la ley reconoce, a condición de que tengan naturaleza real o patrimonial: depósito en efectivo, fianza, hipoteca o prenda. También en este segundo párrafo, la reforma de 1996 mejora apreciablemente los conceptos de la disposición anterior.

Como antes indiqué, el texto constitucional derivado de la reforma de 1993 cometió la flagrante equivocación de olvidar los elementos que naturalmente debe tomar en cuenta el juzgador para resolver sobre la forma y monto de la caución. Se limitó a referirse —en forma incompleta, por cierto— al resarcimiento y a lo que denominó, en plural, “sanciones pecuniarias”. Estos errores han sido corregidos por la reforma de 1996.

En efecto, esta última reforma se ocupó en establecer una serie de factores que considerar para la determinación del monto y de la forma de la caución. En tal virtud, se trata de resolver sobre la aplicabilidad de cada una de las formas de garantía patrimonial que la ley contempla —a saber: depósito, fianza, hipoteca y prenda—, así como de la cuantía que cada una de ellas debe asegurar. Al respecto, es preciso tomar en cuenta la mayor o menor eficacia de cada forma de caución, para el doble propósito de mantener al inculpado ante la justicia y preservar los derechos que pudiera tener el ofendido. Es obvio que el depósito en efectivo sirve mejor a estos fines que la hipoteca, e incluso la fianza, como lo es que una caución elevada pudiera satisfacerse más bien con una fianza, como suele ocurrir, y menos con un depósito, que exige la distracción inmediata de una suma elevada.

El segundo párrafo de la fracción I reúne las diversas consideraciones aplicables a este punto.

1. En primer término, se refiere al hecho punible, en sí mismo, eje de la intervención penal y procesal del Estado. Se alude, así, a “la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito”. Ciertamente se pudo hablar con los mismos términos del primer párrafo de la fracción I, esto es, de “circunstancias y características del delito cometido”, puesto que se trata del mismo asunto. La invocación de las “modalidades” constituye una supervivencia del antiguo texto estatuido en 1984: el juzgador deberá estimar el delito efectivamente cometido, no apenas el correspondiente al tipo fundamental o básico.

2. Considerada, pues, la entidad del hecho, es necesario tomar en cuenta “las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo”. Esta expresión abarca dos cuestiones, estrechamente ligadas entre sí por su referencia al imputado. Bajo el rótulo de “características”, es posible incluir los antecedentes, la conducta ordinaria, la capacidad económica del sujeto, entre otros datos; y bajo el rubro de “cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo” —cumplimiento que depende, en buena medida, de dichas características personales— quedan incluidos aquellos deberes que ignoró totalmente la reforma de 1994, que son la razón de ser de la garantía —histórica y lógicamente— y que vino a rescatar, en forma explicable pero inconstitucional, la ley procesal secundaria.

Esas obligaciones procesales atienden, de modo principal, a la presencia del probable agente del delito ante el tribunal que lo juzga (o bien, previamente, el Ministerio Público que averigua) y a la abstención de cualquier acto que pudiera destruir elementos de prueba o alterar la participación de quienes intervienen, bajo cualquier título, en el desarrollo del proceso.

3. Además, el juzgador apreciará —siempre para fijar monto y forma de la garantía— “los daños y perjuicios causados al ofendido”. Aquí se halla el otro objetivo —un objetivo contemporáneo— de la garantía patrimonial: asegurar los intereses legítimos del ofendido, pendientes de expresión, prueba y reconocimiento. La reforma del 96 recuperó la alusión al perjuicio, que había aportado la del 84 y suprimido la del 93. Con ello mejoró, sin duda alguna, la posición jurídica del ofendido.

Por otra parte, no se estableció la antigua disposición terminante de que la garantía cubra todos los daños y perjuicios, o bien, sea tres veces mayor al monto del beneficio obtenido o del perjuicio causado, confusa expresión que pone en predicamento el arbitrio judicial cuando existen beneficios para el infractor y perjuicio para la víctima, y no coinciden exactamente los montos de uno y otro. ¿A cuál de ellos deberá atenderse el tribunal? Para proteger al ofendido, habrá de tomar en cuenta el perjuicio causado, si éste es superior al beneficio recibido; y por razones de equidad, deberá considerar el beneficio obtenido, cuando éste sea superior al perjuicio ocasionado.

La forma de aludir a los daños y perjuicios también evita la contradicción que inmediatamente podía aparecer, en los términos de la fórmula anterior, entre la satisfacción del daño y de “las sanciones pecuniarias” (*sic*), por una parte, y la asequibilidad del beneficio de la libertad, por la otra. Claro está que esta condición debe entenderse dentro de las condiciones procesales que mejor permitan el disfrute del beneficio y el aseguramiento del interés. Por ello, se estará a lo que conste en el procedimiento cuando se suscite el tema de la libertad, aunque ésta no se halle acreditada, todavía, en forma plena e indubitable, cosa que en rigor sólo ocurrirá por medio de la sentencia condenatoria.

4. Finalmente, el tribunal considerará un dato que ciertamente merece el último lugar en esta serie de factores para la fijación de la garantía: “la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado”. Puesto que la nueva norma constitucional se refirió separadamente a la reparación de daños y perjuicios, sólo resta una “sanción pecuniaria”, la multa, y no diversas sanciones, como erróneamente sugirió la reforma de 1993.

Aquí, el Ministerio Público y el juzgador se atenderán, en sus respectivas etapas, a la estipulación legal abstracta sobre días multa, no a la precisión correspondiente al caso concreto, que exigiría la existencia de una condena. Parece razonable que el juzgador observe el término medio de la multa, aunque es posible que esa determinación se modere en aras de la mejor satisfacción de las otras finalidades de la garantía que menciona el párrafo comentado, o en función del acceso del inculpado al beneficio que la ley le concede.

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

Se entiende que en este punto el tribunal puede inclinarse por el “máximo esfuerzo” del sujeto —compatible con su capacidad y con su propia subsistencia y la de sus dependientes económicos legales, en forma decorosa— y no por el “mínimo esfuerzo”, que dejaría desamparadas las restantes finalidades de la caución.

Vale preguntarse qué hacer cuando resulte materialmente imposible que el inculpado constituya una garantía por determinado monto, como lo exige la reparación de daños y perjuicios probados, no obstante que despliegue el “máximo esfuerzo”. En mi opinión, en esta hipótesis extrema debe prevalecer el acceso a la libertad provisional, como garantía preferente, sobre la reparación de daños y perjuicios, garantía secundaria, porque aún no es posible asegurar formalmente, dado que no hay sentencia, la responsabilidad penal del reo.

Éste es un problema diverso del que se plantea a propósito del otorgamiento o negativa de la libertad provisional —no de la ponderación de la garantía— en los términos del primer párrafo al que ya me referí. En este caso, hay por lo menos equivalencia entre el interés del imputado a obtener su libertad (y el interés de la sociedad a que sus integrantes se hallen libres, no cautivos), y el de la víctima y la sociedad a la seguridad y la paz.

Otra regla incorporada en las primeras líneas del segundo párrafo de la fracción I es que “en circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá

modificar el monto de la caución”. Aquí se ha mejorado seriamente, asimismo, el texto equivalente del párrafo reformado o adicionado en 1993. Éste dijo que la autoridad judicial podría disminuir el monto de la caución inicial. Lo que viene al caso no es la caución inicial, sino la caución a secas: la que se ha fijado, independientemente de que se trate de una determinación inicial, final o intermedia.

Tampoco se trata siempre de disminuir el monto de la caución, sino de ajustarlo a las circunstancias del caso, que pueden variar: es posible que nuevas probanzas aportadas al proceso acrediten —al menos provisionalmente— un monto mayor por concepto de daños, perjuicios o multa, o en virtud del riesgo de sustracción a la justicia; o bien, demuestren —también provisionalmente— un monto menor en aquellas consecuencias civiles del delito o un menor riesgo de sustracción a la justicia. En el primer caso, la garantía debe crecer; en el segundo, debe decrecer.

Es evidente que la elevación o la disminución del monto de la garantía se sujetan a los factores para la determinación de ésta, y no a la discreción o capricho del Ministerio Público o del tribunal. Por eso pudiera parecer innecesario decir, como lo hace la norma desde 1993, que aquéllos variarán el monto de la caución “en circunstancias que la ley determine”.

Sin embargo, esa advertencia no es ociosa: dichas circunstancias no tienen que ver con lo que ya marca la Constitución —los elementos de ponderación de la garantía—, sino con lo que no previene: el momento y el procedimiento para ese fin. Sería inconveniente que ocurriesen variaciones constantes, cotidianas, y tampoco sería admisible que esas variaciones se produjeran en forma abrupta, y no al cabo de un procedimiento legalmente regulado, en el que las partes y el coadyuvante en el proceso penal —inculpado, Ministerio Público y ofendido— planteen sus pretensiones, propongan pruebas y formulen los razonamientos jurídicos en los que aquéllas se sostengan.

### 3. *Revocación*

La reforma de 1996 recogió el progreso de su antecedente de 1993 acerca de la revocación de la libertad, en lo que éste tuvo de acertado. Fue debido incorporar en la ley fundamental el tema de la revocación. No lo fue, como ya quedó dicho, aludir a las obligaciones derivadas del proceso en el que se concede la libertad. Hay otros deberes relevantes a cargo del procesado, que no derivan del proceso.

También es preferible referirse a “casos graves” y no a incumplimiento en “forma grave”. Hay incumplimientos de suma gravedad, por sí mismos, independientemente de la forma en que se produzcan. Así, la amenaza contra el agente del Ministerio Público o el titular del juzgado es de suyo grave, no obstante

que parezca otra cosa por la forma en que se manifieste. Por supuesto, también es posible arribar a una conclusión diferente si se quiere favorecer en la mayor medida posible la permanencia del sujeto en libertad.

## XII. CONSIDERACIÓN FINAL

Al principio de este trabajo advertí sobre los problemas que apareja la prisión preventiva, tanto desde la perspectiva de la justicia en general, como desde el ángulo de la administración de la justicia. Esos problemas sólo se resuelven —y la prisión cautelar se soporta— en virtud de otras ventajas ligadas precisamente a la buena marcha de la administración de justicia y a la puntual satisfacción de intereses relevantes de la sociedad y del ofendido.

En los platillos de la balanza, que oscilan siempre, ha pesado más la consideración de estos últimos. Empero, es deseable que las cosas ocurran de otro modo, no apenas porque lo queramos, sino porque las circunstancias aligeren los legítimos temores que promueve la excarcelación de los inculpados, y alimente las esperanzas no menos legítimas en la buena marcha de los tribunales y la protección puntual de la sociedad y de los individuos, a pesar de que la libertad provisional predomine muy ampliamente sobre la prisión preventiva. Si arraiga esta regla, se habrá dado un paso adelante en el sistema acusatorio, que hoy se halla en riesgo por el auge de la delincuencia.

De nueva cuenta es preciso decir que la modificación de las condiciones que actúan en la generación o la precipitación de los delitos hará mucho más en favor de la libertad y en contra de la prisión, que lo que puedan hacer, aisladamente, los legisladores más entusiastas y las leyes más benignas. Se quiera o no, la benevolencia ineficaz no dura mucho tiempo ni sirve al progreso. El uso de la prisión preventiva, más que resultado de la voluntad del legislador, lo es de una reclamación social que sube hasta un punto en que ya no es posible ignorarla, so pena de males mayores.

Hoy parece imposible desandar el camino que extiende la prisión preventiva. Si hay más y mejor justicia —quiero decir justicia social, no apenas justicia de comisaría— pudiera ensancharse el espacio de la libertad. Como instrumento para el progreso racional y la justicia del caso concreto —en este punto, como en la resolución de fondo— es necesario conferir mayores atribuciones al juzgador, que ejercería como supuesto y consecuencia de una también mayor responsabilidad.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ