

128
29,



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGON

“La intervención telefónica en materia penal como violatoria de las garantías individuales de seguridad jurídica referentes a los artículos 16 y 20 constitucionales”

T E S I S

Que para obtener el Título de LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a

Blanca Elizabeth Fiesco Díaz

ASESOR:

Lic. Juan Jesús Juárez Rojas

México, 1998

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

259695



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A DIOS.

Ese ser universal por haberme dado la maravillosa oportunidad de conocer la vida, formar parte de la familia que tengo y estar siempre presente en lo más infinito de mi ser.

A MIS PADRES

FRANCISCO FIESCO Y BLANCA DIAZ

Brindo este grandioso logro a mis padres, pues antes que mío ha sido suyo, gracias por estar siempre unidos apoyándome, para hacer de mí lo que hoy soy. Espero estén orgullosos de mi éxito más.

Papá: Gracias por tu entrega, sacrificio enorme esfuerzo y gran amor que siempre haz depositado no solo en mi sino en todos mis hermanos.

Mamá: Un merecido reconocimiento a tu fortaleza, dedicación, paciencia, consejos, amor, confianza, pero sobre todo gracias a tu comprensión.

A MIS DOS GRANDES EJEMPLOS

GABRIELA Y LUIS MANUEL.

Gaby: Muestra inmejorable de hija, hermana, mujer y profesionista gracias por tus enseñanzas, compañía, solidaridad, comprensión y cariño.

Guerito: Invaluable pilar de cariño, comprensión y apoyo en todos momentos, firme ejemplo profesional a seguir y difícil de superar.

A PACO Y ANGELICA

Mis pequeños hermanos por su compañía y cariño, con grandes deseos de que represente un estímulo y ejemplo a seguir. Los quiero.

ESPECIALMENTE A JORGE.

Con profundo cariño y agradecimiento por haberme permitido compartir contigo todos estos hermosos momentos que desde que iniciamos nuestra carrera y hasta hoy hemos disfrutado. Gracias por ese gran apoyo y por estar una vez más junto a mí en esta etapa tan importante de mi vida, y aún más gracias por el incuantificable amor, cariño y devoción que constantemente me demuestras.

A LA UNAM.

Gloriosa casa de estudios que me abrazo en su seno desde mi instrucción preparatoria, por haber puesto a mi alcance la cultura y el conocimiento, pero sobre todo por permitirme crecer no sólo como estudiante sino como persona y ser humano, gracias por que en ti encontré no sólo compañeros sino a mis mejores amigos. Asimismo, gracias por sembrar conmigo una pequeña semilla que hoy ha dado a penas el primero de sus frutos convirtiendome en parte de tú raza, ten la certeza honorable institución que trataré que a través de mí hable con dignidad tú espíritu.

A LA ENED ARAGON.

Plantel que me vio desarrollar a lo largo de cuatro años el estudio de esta licenciatura, que me abrió las puertas y confió en mí como estudiante.

AL LIC. JUAN JESUS JUAREZ ROJAS.

Por brindarme sus amplios conocimientos y valiosa asesoría en el presente trabajo de tesis, gracias.

INDICE

INTRODUCCION.

CAPITULO I. GENERALIDADES.

1.- Los artículos 16 y 20 de la Constitución de 1917.	1
1.1.- El artículo 16 de la Constitución en el Diario de Debates de 1916-1917, proyecto, aprobación y discusión.	5
1.2. El artículo 20 de la Constitución en el Diario de Debates, proyecto, aprobación y discusión.	20
2.- Las Garantías Individuales.	27
2.1.- Las Garantías Individuales Como relación en el campo del derecho.	29
2.2.- Fuente y Objeto de las Garantías Individuales.	31
2.3.- Concepto de Garantía Individual.	32
2.4.- El Titular de las Garantías Individuales.	34
2.5.- Las Garantías Individuales Como Derecho Público Subjetivo y Principios que las rigen.	37
3.- Clasificación de las Garantías Individuales.	39
3.1.- Garantías de Propiedad.	40
3.2.- La Igualdad como Garantía Individual.	44
3.3.- Garantías de Libertad.	48
3.4.- Garantías de Seguridad Jurídica.	53
3.4.1.- Garantía de Legalidad.	54

CAPITULO II.

ANALISIS DOGMATICO DE LOS ARTICULOS 16 Y 20 CONSTITUCIONALES.

1.- El artículo 16 Constitucional.	60
1.1.- El Titular de las Garantías que ampara.	60
1.2.- El Acto de Autoridad y el Acto de Molestia.	61
1.3.- Requisitos de Procedibilidad del Acto de Molestia.	64
1.4.- Elementos Jurídicos Tutelados por el artículo 16 Constitucional.	76
1.5.- La Figura Jurídica del Cateo.	83
1.6.- La autoridad competente para expedir la Orden de Cateo, requisitos y objeto.	86
1.7.- Autoridades que pueden practicar el cateo.	88
1.8.- Valor Jurídico del Cateo.	94
2.- El artículo 20 Constitucional fracción II.	95
2.1.- El Procedimiento Penal y las Garantías dentro del Proceso Penal.	96
2.2.- El Derecho Procesal del Individuo de no ser obligado a declarar.	103

CAPITULO III

LA INTERVENCION TELEFONICA EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO.

1.- La Intervención Telefónica en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos antes de la adición del 3 de julio de 1996.	113
1.1.- La Libertad de Circulación de Correspondencia Como Garantía Individual.	113
2.- La Intervención de Correspondencia como delito en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.	117
2.1.- El artículo 167 del Código Penal fracción IX, en relación con la Intervención Telefónica.	119

3.- La Intervención Telefónica en la Ley de Vías Generales de Comunicación antes del 3 de julio de 1996.	121
4.- Adición del 3 del Julio de 1996 al artículo 16 de la Constitución.	123
5.- Exposición de motivos de la Iniciativa de adición al artículo 16 de la Constitución y puntos relevantes del Diario de los Debates.	127
6.- La Intervención Telefónica en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.	143

CAPITULO IV

LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA.

1.- El Derecho a la Privacidad como Bien Jurídico Tutelado.	147
1.1.- Circunstancias consideradas como constitutivas de la libertad personal.	153
2.- Métodos de Intervención Telefónica.	160
3.- Legalidad, Ilegalidad, Constitucionalidad e Inconstitucionalidad de una norma.	176
4.- Requisitos de Procedibilidad para efectuar la Intervención Telefónica.	181
5.- La Intervención Telefónica como violatoria de la Garantía Individual otorgada por el artículo 20 de la Constitución en su fracción II, en relación al artículo 16 párrafo primero.	206
6.- Valor Probatorio de la Intervención Telefónica.	230
7.- La Intervención Telefónica como vulneración a la Vida Privada.	234
8.- Implicación de la Intervención Telefónica a terceras personas.	236

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION.

En la actualidad, nuestro país se ha visto enormemente afectado por un índice de delincuencia, lo que ha dado pie a implementar mecanismos que hagan posible combatir esta problemática. En razón a ello, el pasado 3 de julio de 1996, se efectuó una importante adición al artículo 16 constitucional, que a saber, marca el inicio de la lucha contra la delincuencia organizada. La reforma en mención permite la intervención de las comunicaciones telefónicas, de esta forma estamos en presencia de un precepto normativo legal, que ha encontrado sustento en un párrafo incluido de manera emergente dentro de un artículo fundamental para las garantías individuales como lo es el artículo 16. No obstante ello, debemos tener la certeza jurídica de la auténtica procedibilidad en la aplicación de dicha adición, puesto que el que los legisladores cuenten con facultades de realizar reformas y adiciones a la Constitución no significa necesariamente el que estas resulten eficaces y aún menos podemos afirmar que las mismas no conculquen por sí mismas las Garantías otorgadas o reconocidas por la Constitución al individuo y por ende los derechos humanos mundialmente conocidos. Caso este que presenta una verdadera problemática jurídica que no se debe dejar de lado, por lo que se ha convertido en tema de estudio en la presente tesis.

Cabe hacer mención que no se trata de pugnar por el delincuente como se podría pensar, sino de examinar a fondo dicha adición, con la finalidad de poner de manifiesto la posible inconstitucionalidad que con su aplicación se podría presentar, lo que conllevaría a hacer inútil su existencia en virtud de que existen medios jurídicos que pueden eliminar de plano las consecuencias de tal práctica, razón esta por la que resultaría inoperante.

Para 1995, se comienza a hablar de la posibilidad jurídica de intervenir las comunicaciones telefónicas de los ciudadanos, como un método que le permitiría a los órganos gubernamentales dar un combate frontal a la delincuencia organizada que se comienza a penas a considerar como dañina de la sociedad mexicana:

Lo cierto es que la delincuencia organizada no es nueva ni para los órganos del Estado y mucho menos para la sociedad mexicana, lo que sucede es que en busca de supuestas innovaciones jurídicas se crea una Ley Federal que en el cuerpo de esta tesis

conoceremos como la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, que abre la posibilidad jurídica de realizar intervenciones telefónicas a los gobernados de este país.

La problemática jurídica que se presenta con esta posibilidad y que se pretende desentrañar en este trabajo, es el saber si este método en primero término deriva de una norma constitucional con vida histórica, o si por el contrario se trata de una norma que se ha creado con premura, en este mismo sentido se pretende saber si a pesar de estar plasmada en la constitución y reservada al área penal bajo el rubro de las garantías individuales, cumple con los requisitos necesarios e indispensables de un acto de molestia y más específicamente con lo establecido por el artículo 16 de la Constitución . De esta situación se pretende sostener la tesis de Constitucionalidad o Inconstitucionalidad en la que se ve envuelto el problema jurídico que aquí se ha planteado como la Intervención Telefónica, así como sus ventajas o desventajas.

Anteriormente a 1996, el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encontraba conformado por once párrafos, de esta manera redactado y con referencia a la intervención de las comunicaciones telefónicas únicamente preveía a la inviolabilidad de correspondencia, que en nuestro sistema mexicano forma precedente a la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas.

De esta manera, no encontrando claros antecedentes que nos indiquen la existencia de una posibilidad jurídica que diera pie a la Intervención Telefónica dentro de las garantías individuales, se ha partido para el presente trabajo del estudio de dos artículos que suelen ser de vital importancia para la existencia de la vida jurídica del proceso penal en México, como lo son el artículo 16 y 20 de la Constitución en su creación esto es, el Diario de los Debates por el Congreso Constituyente de 1916 - 1917.

Así encontrando la esencia jurídica e histórica de ambos artículos, habrán de ser abordados en la práctica actual. Como ya he advertido el único antecedente remoto que se pudiera dar en nuestro sistema jurídico de la intervención Telefónica es la Inviolabilidad de la Correspondencia causa por la que ha de estudiarse este punto, para así culminar con la hipótesis que se presenta como tema de tesis.

CAPITULO I.

GENERALIDADES.

1. LOS ARTICULOS 16 Y 20 DE LA CONSTITUCION DE 1917.

Al abordar el presente tema de estudio se tratará de desentrañar la esencia y espíritu que el legislador pretendió imprimir al elaborar la actual Constitución que nos rige. El fin de ello es el que más adelante y conforme a lo expuesto en el presente Capítulo se defiendan las ideas que se sustentarán en el presente trabajo de tesis. Es así que se analizarán los artículos que para el caso en estudio me han de ocupar, como lo son los artículos 16 y 20 constitucionales.

Para la Constitución de 1857, por causas imputables a los detentadores del poder, quienes a capricho se habían dado a la tarea de reformar la misma en busca de sus intereses aún y por encima de lo que se establecía en ella, se llegó a que existiera en la aplicación de ella omisiones, contradicciones, obscuridades y claro la violación de las garantías individuales que en ella existían, aunado a esto el que la propia Constitución era ya en sí misma defectuosa. Así las cosas, la situación se torna inaguantable para el pueblo provocando una grave inestabilidad en el país, causa por la que se llega a un movimiento revolucionario que conllevó a los cambios radicales que como culminación de dicho movimiento se dieron. Al derrocar el movimiento revolucionario a Porfirio Díaz, el país toma un rumbo diferente con los ideales revolucionarios que reflejaban el sentir del pueblo, para los cuales existieron diferentes banderas, y que al final una de ellas fue la que prevaleció alcanzando el objetivo perseguido hasta esos momentos. Es entonces que Venustiano Carranza toma el mando de el movimiento revolucionario, éste fue nombrado Jefe del Ejército

Constitucionalista y dentro de sus facultades se encontraban las de crear leyes que sirvieran para estabilizar al país, y como fin primordial tenía el de reformar la Constitución de 1857, que se consideraba tenía en sus haberes grandes injusticias tanto sociales como individuales; sociales, por lo que tocaba a los trabajadores y campesinos; e individuales, por lo que hace a los individuos en cuanto a su ámbito personal.

Una vez nombrado Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Carranza en ejercicio de sus facultades como tal, expide leyes tendientes a estabilizar la situación que en esos momentos prevalecía tales como la ley obrera que más adelante sería incluida como precepto constitucional y la reglamentación agraria que llegaría a culminar en el histórico artículo 27 constitucional. Para el logro de los fines de reformar la tan alabada y defendida Constitución de 1857 en dicho movimiento, se toma como base el Plan de Guadalupe que en sí contiene los principios fundamentales de la Constitución mismo que, en sus adiciones contempla la forma en la que se había de llegar a reformar la constitución; tal era elegir ayuntamientos, así como a diputados, para erigir a estos últimos en congreso que efectuara las reformas, y por último elegir a un presidente a quien el primer jefe debía entregar el mando del país. En vías de reformar la Constitución y al observarse que las leyes a la fecha expedidas así como los preceptos que en la constitución serían incluidos resultaban delicados por lo innovadores que se presentaban, toda vez que en la historia del país no se encontraban en ningún otro ordenamiento supremo, se llega a la conclusión de que para realizar las reformas debidas no bastaría únicamente con lo que se había establecido en el Plan de Guadalupe, es decir un Congreso Ordinario llevado a cabo conforme a lo que establecía entonces la constitución de 1857, lo anterior se estipuló toda vez que lo que se pretendía con dicho movimiento revolucionario era alcanzar la legalidad aplicando la Constitución del 57, no obstante esto se pensaba que aún siendo así dichas leyes y preceptos que con

motivo del movimiento revolucionario y para alcanzar estabilidad en el país se habían expedido, debían ser aseguradas de tal manera que su aplicabilidad fuese estricta para lo que se requería un constituyente especial o extraordinario. La idea era muy arriesgada ya que esto no estaba previsto en la Constitución, pero a pesar de ello y gracias a los argumentos a favor existentes esta idea es aprobada.

Ahora bien, los objetivos del Congreso Constituyente eran dos: incorporar las reformas sociales que se contemplaron durante la lucha armada y reformar la constitución del 57 adaptándola al nuevo orden y aún más mejorarla haciéndola realmente aplicable.

En el lenguaje de la época se hablaba de reformas que eran necesarias de realizarse a la constitución, ello debido a que resultaba bastante arriesgado el siquiera mencionar que se trataría de elaborar un nuevo régimen constitucional, pues obviamente que las críticas en contra no se harían esperar y aún menos cuando se había comprobado con el paso del tiempo que el elaborar leyes que salieran del contexto constitucional estaban condenadas al fracaso. Antes de establecer el congreso constituyente se eligen a los ayuntamientos que serían la base de los Estados libres y soberanos y posteriormente se señalan los requisitos para ser diputados a efecto de poder instalar el congreso constituyente. Dicho congreso solamente se abocaría al estudio de las reformas presentadas por el primer jefe y tendría únicamente dos meses para presentar el proyecto examinado y reformado.¹

Es innegable que para la creación de la Constitución actual, se tomó como base la Constitución del 57, pero también lo es que se le dio a la Constitución actual

¹ Cfr. CONGRESO CONSTITUYENTE 1916-1917. Diario de los Debates. T.I. México. Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana. 1985. pp. 7-21.

una esencia muy especial, con un espíritu legalista y tutelador, cosa por la que resultó ser una de las Constituciones más innovadoras y completas en cuanto a ideales en el mundo.

Al crear el cuerpo legal que sirviera de base a todas las demás leyes, los legisladores pretendieron que la misma se acatara y continuara al paso de la historia sin cambiar su espíritu ni esencia, tan es así que en la misma se llega a establecer el derecho de revolución y aún más previeron el caso de que el ordenamiento supremo pudiese quedar sin efectos por causas de rebelión, caso en el cuál se establece su vigencia al término de la situación que hubiese causado su inobservancia.

El Congreso comienza a funcionar el 1º de diciembre, y conforme al artículo 1º de su Reglamento Interno, el Congreso Constituyentes estaría conformado para su desempeño por las siguientes comisiones:

1. De reformas a la Constitución compuesta de cinco miembros;
2. De corrección de estilos;
3. De redacción del Diario de los Debates;
4. De administración;
5. De archivo;
6. De peticiones.²

Siendo el seis de diciembre el día en que se nombrara la Comisión de Constitución que estaría conformada por los Diputados, Colunga, Mugica, Monzón, Recio y el Doctor Alberto Roman. Posteriormente se da lectura al proyecto de reformas presentado por el primer jefe constante de 132 artículos y 9 transitorios. Se procede a la examinación del proyecto de constitución por parte de la comisión quién actuaría sola hasta el 23 de diciembre, fecha en la que se crea una segunda

² Cfr. *Ibid.* p. 449.

Comisión de Constitución, dado que el tiempo apremiaba y hasta ese momento se encontraban discutiendo el artículo 16 de la misma; esta Segunda Comisión formada por los Diputados Machorro, Narváez, Medina, Jara, Méndez, y el doctor Agustín Garza González, se encargó de dictaminar del artículo 39 de la Constitución en adelante, a efecto de que el rubro de garantías individuales tuviese continuidad con la comisión que le había comenzado. De esta manera se efectuaron 66 sesiones y la última fue permanente y duró los días 29, 30 y 31 de enero de 1917 fecha en que se dio por clausurado el Congreso Constituyente en su periodo único de sesiones.

1.1 El artículo 16 de la Constitución en el Diario de Debates de 1916-1917.

El día 6 de diciembre de 1916, se da lectura ante el Congreso Constituyente al proyecto del artículo 16 constitucional del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, mismo que a continuación se transcribe textualmente:

Artículo 16.- Nadie podrá ser aprehendido sino por orden escrita, motivada y fundada de la autoridad judicial. No podrá expedirse ninguna orden de aprehensión sin que preceda acusación por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y sin que esté apoyada aquélla por otros datos que haga probable la responsabilidad.

"En caso de flagrante delito, cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

"El domicilio de las personas no podrá ser allanado sino por orden de cateo, dictada por la autoridad judicial, en la cuál se expresará el lugar que ha de inspeccionarse y los objetos que se buscan, la persona o las personas que hayan de aprehenderse, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, que se practicará ante dos testigos propuestos por el dueño del lugar cateado, levantándose acta circunstanciada. La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía. También podrá la misma autoridad exigir la exhibición de libros y papeles para comprobar que se han cumplido las disposiciones fiscales".³

Es de esta manera que Venustiano Carranza, plasmó lo que creyó debía ser el artículo 16 de la Constitución, expuesto que fue el presente precepto en los términos ya señalados es retirado para su estudio por parte de la comisión de Constitución a efecto de que se emita el dictamen correspondiente, quedando como fecha para presentación y discusión de dicho dictamen el día veintidós de diciembre, lo cuál no se hace en la mencionada fecha, debido a que se prolonga la discusión del artículo 9º, causa por lo que se presenta un día después.

En el dictamen la Comisión de Constitución propone algunas variaciones, así proponen que la orden de arresto se haga por escrito motivado y fundado sustentando que en el proyecto presentado por el primer jefe no es especificado si al orden sería verbal o escrita, para que de esta forma el sujeto aprehendido pueda darse cuenta exacta de lo que se le atribuye. Manifiestan también que consideran injusto detener a un individuo que haya cometido un delito para el que esté prevista una pena alternativa de corporal o pecuniaria, por lo que dado el caso, lo que se podría hacer sería citar al susodicho a efecto de que manifieste lo que convenga y de encontrársele culpable podría otorgar cantidad suficiente a reparar su acción y

³ *Ibid.* p. 503.

de esta manera no habría riesgo alguno para que el sujeto intentare evadir la acción de la justicia. Por otra parte juzgan grave el que se le otorguen facultades a la autoridad administrativa para que aún en casos urgentes aprehendan a los individuos, pues se preguntaban quién haría la calificación de urgencia; opinan que las mencionadas autoridades no asumirían la responsabilidad de que se habla y que tampoco se especifica en el proyecto a que autoridades administrativas están reservadas dichas atribuciones, por lo que podrían cometerse injusticias, las mismas de las que la historia a la fecha había dado cuenta.

Por último piden sea declarada la inviolabilidad del domicilio de manera terminante ya que en el proyecto ésta no se señalaba, lo que se lograría dejando claramente asentadas las disposiciones relativas a los cateos, mismo que a la fecha se habían ejecutado violando garantías individuales. Con dichas justificaciones proponen modificaciones al artículo en estudio para que quedase de la siguiente manera:

Artículo 16 .- Nadie podrá ser aprehendido sino por orden escrita, motivada y fundada, de la autoridad judicial. No podrá expedirse ninguna orden de aprehensión sin que preceda acusación por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y sin que esté apoyada aquélla por otros datos que hagan probable la responsabilidad.

“En el caso de flagrante delito, cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

“El domicilio de las personas no podrá ser allanado sino por orden de cateo, dictada por la autoridad judicial, en la cual se expresará el lugar que ha de inspeccionarse y los objetos que se buscan, la persona o personas queque haya de

aprehenderse, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, que se practicará ante dos testigos propuestos por el dueño del lugar cateado, levantándose acta circunstancial. La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse que se han cumplido con los reglamentos sanitarios y de policía. También podrá la misma autoridad exigir la exhibición de libros y papeles, para comprobar que se han cumplido las disposiciones fiscales.”

Al iniciarse el debate, en contra del artículo puesto a consideración del congreso, se señala la necesidad de hacer distinción entre órdenes de arresto y ordenes de aprehensión e incluir ambas en el precepto a fin de no modificar la idea del Primer Jefe, así como incluir el que la autoridad facultada para obsequiarlas debería ser la competente, toda vez que lo que se pretendía era no dejar una sola oportunidad que diera pie a injusticias, ya que exponen que podría darse el caso de que la autoridad que obsequiare la orden no fuese la competente, y entonces sí sería un grave problema.

La Comisión de Constitución que tenía el cargo de revisar el contenido de los preceptos, al respecto sigue sosteniendo los argumentos expuestos para justificar el haber modificado el texto original del artículo y hacen nuevamente hincapié en que se debe de incluir en el precepto la inviolabilidad del domicilio asentando los requisitos del cateo, ya que a nadie le gustaría que una autoridad cualquiera entrase en su domicilio así por que sí.

De lo anterior se infiere que el constituyente ya tenía clara idea de lo sagrado que es el domicilio como elemento primordial para que el ser humano se desarrollase como tal, y por ende denota el tener conocimiento del concepto vida privada, pues al condenar la penetración de las autoridades en los domicilios

particulares, pone de manifiesto el espíritu legal proteccionista por lo que a éste aspecto corresponde.

La idea que antecede se reafirma por lo expuesto por el propio constituyente en el Diario de los Debates, "Tampoco se declara de una manera precisa en el proyecto de reformas, que se respetará el domicilio o la inviolabilidad de las familias y este es un asunto de gran trascendencia, porque seguramente que a ninguno de nosotros le gustaría que se allanase su hogar por una autoridad cualquiera; tampoco esto sería lógico ni debe comprenderse, en esta forma nosotros hemos juzgado pertinente que se declare terminantemente que el domicilio es inviolable."⁴

De esta manera se van sentando los principios fundamentales sobre los que actualmente descansa la orden de cateo, tales como que la autoridad competente para expedirla es la autoridad judicial, la exigencia manifiesta de que se dejara en claro quién proporcionara los testigos en la orden cateo pues la intención de ello era el no dejar o dar oportunidad alguna a las autoridades de cometer injusticias por una mala interpretación del precepto, ya que se podría dar el que al dejar abierta la posibilidad de los testigos, estos fuesen propuestos por la autoridad que realizare el cateo, firmando estos en total conformidad con la diligencia solapando así a la autoridad ejecutora de la misma. Estas razones llevan a los Constituyentes a proponer que los testigos fuesen proporcionados por la persona a quien se le aplicaría esta medida jurídica del cateo.

En concordancia con la idea de inviolabilidad del domicilio y por ende en la no intromisión de las autoridades en la vida privada de los individuos, el cateo viene a culminar siendo parte de la misma, pues lo que a mi parecer y según se desprende del presente análisis, se pretendió limitar cuanto más posible a la

⁴ *Ibid.*, p.603.

autoridad con el propósito de que no tuviese injerencia alguna en la esfera tanto jurídica como particular del individuo, habida cuenta que se procuró establecer las disposiciones necesarias que sirvieran para el buen y estricto funcionamiento de dicha figura jurídica.

Finalmente lo referente a la aclaración que se hace por parte de la Comisión de Constitución con respecto a la distinción del arresto y la aprehensión en respuesta a la petición hecha en ese sentido por el Congreso, el diario de debates en su texto no resulta ser del todo claro, tal vez debido a un error de redacción, no obstante ello, de la lectura del mismo se puede interpretar que en las modificaciones ya no se alude a la orden de arresto toda vez que en el artículo no se trata de simples faltas actualmente conocidas como infracciones administrativas, sino de delitos, razón por la cual se menciona como figura jurídica correspondiente a la aprehensión.

El Congreso en voz de los diferentes diputados que intervienen en el debate sigue insistiendo en que al no existir razones suficientes para que se hubiese eliminado del proyecto de artículo constitucional, el párrafo que concedía facultades a la autoridad administrativa para en casos urgentes pudiese decretar la detención de un sujeto. Se basaban para incluir dicha idea en el precepto constitucional, en la existencia de poblados en los que únicamente existiere un solo juez que, como todos los seres humanos come y duerme y aún más que funcionaba dieciséis horas diarias no suficientes a cubrir todo un día, caso en el que si se privara a las autoridades administrativas de estas facultades entonces podrían llegarse a dar casos urgentes; así van más allá hasta llegar al extremo de la suposición de que se diera el caso en que el sujeto que hubiese de aprehenderse fuere el mismo juez facultado según el dictamen de la Comisión de Constitución para ordenar las

aprehensiones, caso en el cuál sería nugatorio el cumplimiento de lo jurídicamente procedente, dado que de ninguna manera ordenaría aprehensión en su contra.

En consecuencia y a fin de no dejar abierta la posibilidad a cualquiera autoridad administrativa se llega a la determinación de que aún y cuando no había sido discutido el artículo que aludió a la institución del Ministerio Público, este sería el encargado de velar y estar siempre alerta de la sociedad, por lo que asumiría la responsabilidad de intervenir en la detención de los individuos en casos urgentes.

Por el contrario, la Comisión de Constitución señala su preocupación a dicha fracción debido a lo que el paso de la historia hasta esos momentos les indicaba, tal como los atropellos cometidos por los jefes políticos (antes de la revolución considerados como autoridades administrativas, después de ella y para esos momentos autoridades municipales) en uso de esas facultades previstas por la constitución del 57. Defienden el no haber querido contemplar dicha fracción en las modificaciones con el objeto de preservar la libertad del individuo protegiéndolo de seguros atropellos, y aunque aún no se había llegado a la discusión del artículo correspondiente a la institución del Ministerio Público, se explica que este asumiría las facultades otorgadas a las autoridades administrativas, estando siempre alerta en favor de la sociedad.

A pesar de la explicación dada, el Congreso insistió en señalar que no existía riesgo alguno al dejar subsistente la debatida cuestión, en virtud de que la facultad contenida no suele ser en la interpretación de amplísima que le dio la Comisión de Constitución, sino por el contrario es restringida ya que se le señala a la autoridad administrativa a manera de excepción el que pueda detener a un delincuente solamente en casos urgentes y bajo su más estricta responsabilidad, a

consecuencia de dicha observación, se dan varias aseveraciones en el mismo sentido.

El Congreso Constituyente se manifiesta por lo que hace al párrafo que refiere al cateo, a favor de la conveniencia de modificar el texto suprimiendo la palabra allanamiento por una diferente que no presuponga la comisión de un delito, ya que de dejarse así el texto, se podría llegar a la conclusión de que la propia Constitución como ordenamiento supremo faculta a la autoridad para cometer delitos, lo que de ninguna manera resultaría conveniente.

En respuesta a dicha observación, la Comisión de Constitución, sostiene que si bien es cierto que el allanamiento resulta ser un delito, también lo es que en el caso del cateo se realiza en beneficio de la sociedad por lo que no sería susceptible de castigo alguno.

En la creación del precepto Constitucional sobrevienen más ideas así se señala el que se debe hacer mención expresa en el precepto de que la orden de cateo debe ser por escrito fundado y motivado aún más si se han de aprehender a personas en dicha práctica.

En este sentido es importante dejar en claro que el espíritu del legislador así como la intención del mismo al establecer que la orden de cateo se diera por escrito fundado y motivado fue el no dar oportunidad a que se cometiera injusticia alguna, asegurando por una parte a la autoridad en el sentido de que en su actuar tuviese las armas suficientes que justificaren el mismo a efecto de que no cayere en responsabilidad alguna; y por otro lado protegiendo jurídicamente al individuo susceptible del cateo al ponerle en conocimiento dicho acto. Así del debate se desprende un claro e importante antecedente que deja de manifiesto

que al crear la Constitución actual, en todo momento se quiso evitar jurídicamente cualquier intromisión no necesaria en la vida personal del individuo. Tengo la convicción firme de que en la actualidad se debe de seguir manteniendo el mismo espíritu por lo que toca a este precepto, habida cuenta de que el mismo así como la Constitución son el resultado de la lucha por la legalidad y constitucionalidad en su máxima expresión.

De esta manera se entiende por la Comisión de Constitución que no se habrá de aprobar el dictamen modificado, a estas alturas del debate conocían el sentir y criterio del Congreso Constituyente, por lo que piden permiso para retirar el precepto a nuevo dictamen a fin de modificarlo en el sentido del debate, la petición es aprobada.

Resumiendo, los puntos importantes para el tema de tesis dentro de la creación del artículo 16 de la Ley Suprema, se tienen siguientes:

1. No omitir el párrafo que faculta a la autoridad administrativa a detener en casos urgentes a los inculcados.
2. Cambiar el término de allanamiento del domicilio por otro que no diera lugar a pensar el que la propia constitución autorizaría a las autoridades para cometer delitos.
3. La afirmación de que las ordenes de cateo se dictaren por escrito fundado y motivado.
4. En tratándose de cateos, el dueño del lugar cateado debería nombrar los testigos y para el caso de que el dueño de la casa no nombrare testigos lo hiciera la autoridad.

La Comisión de Constitución presenta nuevamente dictamen sobre el artículo 16 ya modificado, el día 27 de diciembre de 1916 se lee:

"Ciudadanos Diputados:

"Esta honorable asamblea autorizó a la Comisión que suscribe para retirar su dictamen relativo al artículo 16 del proyecto de Constitución, con el objeto de hacerle algunas modificaciones, sugeridas en la discusión. Hemos procedido a hacerlas y son las siguientes:

"Substituimos la palabra aprehendido por la palabra arrestado, por ser ésta más específica. Proponemos siguiendo el parecer de la asamblea que se faculte a la autoridad administrativa para verificar aprehensiones en casos urgentes; pero nos ha parecido conveniente precisar que la autoridad administrativa a quien se concede tal facultad, es la primera autoridad municipal del lugar. Por último nos parece oportuno reconocer terminantemente la inviolabilidad del domicilio, dejando a salvo el derecho de la autoridad judicial para practicar cateos, mediante requisitos que la propia Asamblea ha aceptado como necesarios, para librar así a los particulares de los abusos que suelen cometerse en la práctica de tales diligencias.

" Por tanto proponemos a esta honorable Asamblea se sirva aprobar el artículo 16 en los términos siguientes:

" **Artículo 16.-** Nadie podrá ser arrestado sino por orden escrita, motivada y fundada de la autoridad judicial. No podrá expedirse ninguna orden de aprehensión, sin que proceda acusación por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y sin que esté apoyada aquélla con otros datos que hagan posible la responsabilidad. En el caso de flagrante delito, cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, la primera autoridad municipal del lugar podrá decretar bajo su más estricta responsabilidad, la

detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

“El domicilio es inviolable: no podrá ser registrado sino por orden de la autoridad judicial, expedida por escrito, en el cual se expresarán el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se busca, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, que se practicará ante dos testigos propuestos por el dueño del lugar cateado, o en su ausencia o renuencia, por la autoridad que practique la diligencia, de la cual se levantará acta circunstanciada.

“La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía. También podrá la misma autoridad exigir la exhibición de libros y papeles para comprobar que se han cumplido las disposiciones fiscales.”⁵

El día 2 de enero se pone a debate el nuevo dictamen, y ahora se pide se haga distinción entre arresto y detención, palabras que se incluyen en el dictamen. Por lo que la Comisión de Constitución en uso de la palabra, aclara que el arresto implica la captura de una persona y ponerla a disposición de la autoridad que deba juzgarla, mencionan que esto lo haría la policía en cumplimiento a la orden escrita de la autoridad judicial. La palabra detención señala, es lo mismo que el arresto con la salvedad de que la detención se lleva a cabo por la autoridad administrativa que de acuerdo con las modificaciones presentadas por la comisión sería la primera autoridad municipal.

Al parecer por lo expresado en el Diario de los Debates, no causó agrado la forma en que fue presentado nuevamente el artículo 16 a debate, tan es así que se dice por parte de la Asamblea del Congreso Constituyente que, debería señalarse la inviolabilidad del domicilio en forma tajante haciendo extensiva dicha

⁵ Cfr. *Ibid.* p. 915.

inviolabilidad al lugar en el que las personas tienen el asiento de sus negocios, esto en atención al querer otorgar una garantía completa pues en el presente párrafo la intención era proteger al individuo tanto en su esfera personal como familiar, y una manera más de hacerlo sería amparándolo en su trabajo siendo éste el medio de su subsistencia; ya que de no señalarse así en un futuro podrían cometerse injusticias cateando los lugares de trabajo sin orden alguna debido a que la constitución no lo señalaría como requisito.

De esto sale a colación el que el precepto en estudio y en la forma en que ha sido dictaminado, se aleja bastante de su similar contenido en la Constitución del 57 y para demostrar ello, se da lectura a la Constitución de 1857 en su artículo 16:

“Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito infraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.”

Con respecto a ello, la Asamblea sostiene que la garantía contenida en el artículo 16 de la constitución del 57 es más amplia ya que no solamente señala la inviolabilidad del domicilio, esta aseveración es correcta pues parecía entonces más claro el precepto ya mencionado que el presentado por la Comisión de Constitución con todo y sus innovaciones. Es así que la Asamblea del Congreso Constituyente señala que aún le faltan varios principios al artículo 16 por incluir, tales como :

- a. Que se garantice de una manera más segura y respetuosa la libertad del individuo.
- b. Que además de garantizar la inviolabilidad del domicilio se haga

extensiva dicha garantía al lugar en que el individuo tiene el asiento de sus negocios ya que lo que se pretende es proteger a las personas así como el lugar o lugares en donde se encuentren sus principales cosas y patrimonio, siendo este desarrollado en el lugar de trabajo.

De esta manera la asamblea pone de manifiesto que el espíritu del Congreso es el de crear para el individuo las más posibles garantías y por lo que hace al artículo en comento, se requiere de garantizar no sólo la inviolabilidad del domicilio, entendido este como morada o lugar donde habitualmente reside la persona, sino aún llevarlo más allá de éste extendiendo la garantía al lugar en el que el individuo tiene su trabajo a fin de evitar futuros atropellos.

Con estas convicciones la Asamblea no da su aprobación al proyecto retirándose una vez más para su nuevo estudio y dictamen. El día 11 de enero de 1916, se lee por tercera vez el artículo 16 dictaminado.

“El dictamen sobre el artículo 16, dice:

“Ciudadanos diputados:

“Al adoptar la comisión el artículo 16 del proyecto de Constitución en su dictamen anterior, le hizo las siguientes enmiendas: que la orden de aprehensión que expida la autoridad judicial, sea por escrito, motivada y fundada; que sólo haya lugar a la aprehensión por delito que merezca pena corporal; que sólo se faculte a la autoridad municipal para decretar aprehensiones en casos urgentes y no a la autoridad administrativa en general; que se asiente el principio declarativo de la inviolabilidad del domicilio y que los testigos que deben intervenir en una diligencia de cateo, sean propuestos por el interesado en lugar de ser designados por la autoridad.

“Estas enmiendas fueron aceptadas en principio por los oradores que tomaron parte en el debate, quienes juzgaron que no llenaban todavía tales enmiendas las condiciones necesarias para asegurar las garantías que

consigna el artículo 16. Los oradores sugirieron cada uno diversas adiciones, sin que se hayan detenido a comentarlas, confirmarlas o rebatirlas recíprocamente; de tal suerte, que era imposible a la Comisión interpretar cuáles, de las diversas modificaciones propuestas, merecían la aprobación, de la Asamblea. En esta perplejidad, la Comisión tuvo el propósito de adoptar textualmente el artículo del proyecto de Constitución; pero prescindió de este propósito por creer que las objeciones que se han hecho al proyecto, motivarían nuevas discusiones, cuyo resultado sería, probablemente, que se rechazara aquél. En tal virtud, prefirió la Comisión citar a todos los abogados que figuraran en la Cámara, por tratarse de un punto técnico, para conocer sus opiniones, recoger las ideas generales en que todos coincidieran y darles forma en el nuevo artículo. Citó, pues, la Comisión a todos los referidos abogados; y aunque no logró la concurrencia de todos, asistió el número suficiente para que la Comisión pudiera considerarse ya suficientemente orientada. De la deliberación que se verificó entre los abogados concurrentes a la sesión privada a que convocó la Comisión, resultó: que la mayoría insiste en que debe adoptarse como encabezado del artículo 16 la fórmula que figura en el de la Constitución de 1857, que la facultad de decretar aprehensiones, que se concede en casos urgentes la autoridad administrativa, tenga lugar solamente a falta de la autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio; que los testigos que presencien el cateo sean propuestos por el dueño del lugar cateado; y que las autoridades administrativas, al practicar visitas domiciliarias, deben sujetarse a las disposiciones de las leyes reglamentarias. La Comisión ha reunido estas diversas ideas y redactó nuevamente el artículo de que se trata, el cuál somete a la aprobación de esta honorable Asamblea, en la forma siguiente:

"Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la

autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas de declaración bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estricta responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse, y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose en el acto de concluirla, una acta circunstanciada en presencia de dos testigos, propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

“La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de Policía y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han cumplido las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a la leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.”⁶

Como se puede observar, se realizaron las enmiendas necesarias al artículo 16 para que quedara como fue leído, esta vez no solamente por la Comisión

⁶ *Ibid* T.II, pp. 309-311.

de Constitución sino además con la participación de la mayoría de los abogados del Congreso Constituyente. Hecho ello, el 13 de enero de 1917 es votado y aprobado con 147 votos a favor y 12 en contra. El día 25 de enero del mismo año la comisión de Corrección de Estilo presenta el artículo 16 ya redactado indicando que solamente se le hizo una modificación, el artículo votado decía en su última parte:

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias para cerciorarse que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía y exigir la exhibición de libros y papeles para comprobar que se han cumplido las disposiciones fiscales.

Toda vez que en el último párrafo se encontró repetida la palabra "cumplido", para efectos de buena redacción es cambiada la palabra mencionada por "acatado", quedando la redacción definitiva así:

"La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias para cerciorarse que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía y exigir la exhibición de libros y papeles para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales."

De esta manera es aprobada la redacción del artículo en estudio, con lo cual se da fin a su creación.

1.2. El artículo 20 en el Diario de Debates, proyecto, aprobación y discusión.

El presente artículo tiene para efectos del trabajo que se realiza, una vital importancia ya que actualmente el referido artículo en su fracción II indica que el inculpado no podrá ser obligado a declarar y en el presente estudio se tratará desentrañar lo que quiso el legislador al incluir en el precepto esta fracción.

Al igual que el resto del proyecto de reformas a la constitución propuestas por el Primer Jefe, el artículo 20 que a continuación se estudiará, es leído el día seis de diciembre de mil novecientos dieciséis a efecto de presentarlo ante el Congreso Constituyente, en la siguiente forma.

“Artículo 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

“I.- Será puesto en libertad, inmediatamente que lo solicite, bajo de 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;

“II.- No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquél objeto;

“III.- Se le hará saber en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre del acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuya y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;

“IV.- Será careado con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia si estuvieren en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa;

“V.- Se le recibirán testigos y demás pruebas que ofreciere, concediéndole el tiempo que la ley estime necesario al efecto, y se le auxiliará para obtener la

comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encontraren en el lugar del proceso;

“VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiera el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión;

“VII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;

“VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda dos años de prisión, y antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo;

“IX.- Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija los que le convengan. Si el acusado no quisiere nombrar defensores, después que se le requiere para ello, al rendir su declaración preparatoria, el juez nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite, y;

“X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquier otra prestación de dinero por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo.

“Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

“En toda pena de prisión que imponga una sentencia se computará el tiempo de la detención.”⁷

⁷ *Ibid.* T.I. pp. 506 y 507.

El 27 de diciembre se lee nuevamente, pero esta vez para ser retirado a su estudio y dictaminación; y el 2 de enero de 1917 es presentado el dictamen correspondiente:

“Ciudadanos diputados:

“El artículo 20 del proyecto de Constitución contiene innovaciones trascendentales que transformarán por completo el sistema de enjuiciamiento penal en toda la República, haciéndolo más liberal y más humano. En virtud de estas reformas, quedará destruido para siempre el secreto con que se siguen los procesos en todos los tribunales, privándose así al acusado de los elementos para defenderse ampliamente. Si el acusador, sea la sociedad por medio del Ministerio Público, o un particular, tiene libertad completa para acumular todos los datos que haya contra el acusado, es la mayor iniquidad que a éste se le pongan trabas para su defensa cuando ya la privación de su libertad le coloca en una situación muy desventajosa respecto de la parte acusadora.

El artículo establece la publicidad para todas las diligencias de un proceso; autoriza al acusado para presenciarse, con asistencia de su defensor si así le conviene, y obliga a los jueces a recibir todas las pruebas y a facilitar todos los datos que necesite el acusado. Pero además contiene el proyecto tres grandes innovaciones plausibles en el más alto grado: prohíbe que se obligue a declarar al acusado en su contra por medio de la incomunicación o por cualquier otro medio; fija el máximo del término dentro del cuál debe pronunciarse la sentencia en juicios del orden Criminal, y pone la libertad bajo de fianza al alcance de todo acusado cuando el delito que se le imputa no tiene señalada una pena mayor de cinco años.⁸

La comisión de Constitución acepta en todo el proyecto que de este artículo se hizo, y solamente proponen una adición en la fracción VI del artículo con vistas a proteger a los periodistas, la adición dice así: “En todo caso serán juzgados

⁸ *Ibid.* T.II. p.11.

por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la nación.”

De este modo la Comisión de Constitución se adhiere a las razones del Primer Jefe para justificar la existencia del precepto, que no repiten para remitir así al informe dado por éste, mismas que a continuación se transcriben íntegras ya que de interpretarse podrían perder su esencia.

“El artículo 20 de la Constitución de 1857 señala las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal; pero en la práctica esas garantías han sido enteramente ineficaces, toda vez que sin violarlas literalmente, al lado de ellas se han seguido prácticas verdaderamente inquisitoriales, que dejan por regla general a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica y aún de los mismo agentes o escribientes suyos.

Conocidas son de ustedes, señores diputados, y de todo el pueblo mexicano, las incomunicaciones rigurosas, prolongadas en muchas ocasiones por meses enteros, unas veces para castigar a presuntos reos políticos, otras para amedrentar a los infelices sujetos a la acción de los tribunales del crimen y obligarlos a hacer confesiones forzadas, casi siempre falsas, que sólo obedecían al deseo de librarse de la estancia en los calabozos inmundos, en que estaban seriamente amenazadas su salud y su vida.

El procedimiento criminal en México ha sido hasta hoy, con ligerísimas variantes, exactamente el mismo que dejó implantado la dominación española, sin que se haya llegado a templar en lo más mínimo su dureza, pues esa parte de la legislación mexicana ha quedado enteramente atrasada, sin que nadie se haya preocupado en mejorarla. Diligencias secretas y procedimientos ocultos de que el reo no debía tener conocimiento, como si no se tratase en ellos de su libertad o de su vida; restricciones del derecho de defensa impidiendo al mismo reo y a su defensor asistir a la recepción de pruebas en su contra, como si se tratase de actos indiferentes que de ninguna manera podrían afectarlo, y por último, dejar

la suerte de los reos casi siempre entregada a las maquinaciones fraudulentas y dolosas de los escribientes, que por pasión o por vil interés alteraban sus propias declaraciones, las de los testigos que deponían en su contra, y aún más las de los que se presentaban a declarar en su favor.”⁹

Bien, el dictamen se presenta el 4 de enero de 1917, para su discusión, la que se enfoca totalmente en la fracción VI del artículo, en la parte referente al Jurado Popular que debía juzgar los delitos cometidos por periodistas; se manifiestan opiniones tanto a favor como en contra por parte de los integrantes de la Asamblea del Congreso Constituyente. En contra se dice que habría peligro de que un jurado popular juzgare los delitos cometidos por los periodistas, ya que el referido jurado sería susceptible de ser llevado a través de los argumentos del orador que actuare en defensa, a una conclusión equívoca, pero la razón de más peso era el que a esa fecha únicamente un 40 % de la población se encontraba en favor de la causa constitucionalista de la revolución, lo que suponía ser a todas luces una minoría, los periodistas emanaban tanto de clases altas, medias como bajas que se encontraban en gran descontento. Siendo de esta manera las cosas, se temía que en el momento en que se expidiese la constitución no tardarían las manifestaciones en columnas y encabezados de periódicos de los que se encontraban en contra de la misma, de tal manera que abrumarían a la opinión pública de la que necesariamente tendría que conformarse el Jurado Popular y como resultaría obvio que el jurado concordaría con la opinión del periodista, éste saldría absuelto de cargo alguno.

En pro de dicha fracción se menciona que el jurado popular juzgando a los periodistas permitiría libertad en el actuar de los mismos y evitaría la intimidación de parte de los jueces a éstos dado el caso de que tuviesen que emitir críticas y

⁹ *Ibid.* T.I. p. 390.

opiniones de determinadas figuras políticas públicas; en otras palabras, la idea consistía en que en la medida que se dejase actuar al jurado popular juzgando a los periodistas, en esa misma medida se desplegaría la libertad periodística, la cuál se pensaba, mucho ayudaría a juzgar públicamente a los malos gobernantes condenando su actuar, obteniendo tal vez resultados positivos, y reforzando su idea al llamar miedosos de las críticas a la constitución a aquellos que no se encontraran a favor de la mencionada fracción. Al verse apoyada en este sentido la Comisión de Constitución señala que si lo que la Asamblea cree en referencia a la fracción en discusión es que se trata de lo discutido y rechazado al tratar el artículo 7º, se está en un error pues ese artículo trataba cosa distinta, y que con lo propuesto en el artículo 20 se vería beneficiada la nación, además que el ordenamiento que se estaba elaborando se hacía pensando tanto en los que se encontraban a favor de el mismo como en los que no lo estaban.

Los diputados que se encontraban en contra de la aprobación de dicha fracción responden que miedo tienen no ellos sino los periodistas que se encontraban en defensa de la misma, lo que de ningún modo se veía bien, pues miedo anticipado tienen aquellos que fuesen a cometer un delito, por lo que si se trataba de buscar un equilibrio y dar fin a privilegios deberían con honradez y sentido patriótico pidiendo rigor en las leyes aún en contra de sí.

A estas alturas el debate se había tornado únicamente acerca de la fracción VI del artículo a discusión, por lo que se pida sea esta fracción retirada ya sea en su conjunto o en su último párrafo; siendo retirado exclusivamente en el mencionado último párrafo materia de la discusión, hecho lo anterior se procede a la votación del artículo 20 mismo que resulta ser aprobado por unanimidad de 154

votos, a pesar de ello, ese mismo día se remite a aprobación el párrafo separado siendo aprobado.¹⁰

De esta manera aprobado, el día 5 de enero del mismo año, es propuesta una adición en el sentido de que se dejare en libertad al inculpado cuando se tratare de delitos con pena alternativa; petición sobre la que se dictamina que no ha lugar por haber sido ya discutido y aprobado el artículo correspondiente por lo que no se le da trámite a la petición. El 27 de enero de 1917, la Comisión de Corrección de Estilo presenta el artículo ya redactado, el cuál se informó no tuvo modificación alguna y por consiguiente resulta ser aprobado en su redacción culminando la creación del mismo.

2. LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

Hacia la Constitución de 1857, que rigió en el siglo pasado y parte del actual a nuestro país se consideraba a las garantías individuales como la base y objeto de las instituciones sociales, al sustentar que el hombre por el solo hecho de serlo y debido a su naturaleza tiene derechos innegables que le son reconocidos como garantías, las cuales deben ser aseguradas y protegidas constituyendo la base de las instituciones sociales y jurídicas; en consecuencia toda institución que no tomare en cuenta a las Garantías Individuales y aún más que no asegurara o hiciere efectivos los derechos contenidos en ellas sería viciosa.

Lo anterior se verifica en el artículo primero de la propia Constitución de 1857 que a la letra reza:

¹⁰ Cfr. *Ibid.* T.II. pp.112.

“Artículo 1º.- El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente constitución.”¹¹

De tal manera se adopta una doble corriente con respecto a las Garantías Individuales, esto es, corriente individual-liberalista; individualista por lo que hace al titular de dichas garantías y liberalista con respecto al Estado, siendo consideradas como garantías supraestatales, en virtud de que se atendería antes que nada a las mismas para la creación tanto de la ley como de cualquier institución tendiente al bienestar de la sociedad. A pesar de los intentos de proteger con dichas garantías al individuo, éstas se enfrentaron a dos problemas principales; el primero era el que esas denominadas impropiedades garantías individuales no le hacían honor a su nombre sino que aludían mas bien a derechos del ciudadano razón por la que resultaban ineficaces, pues al haber sido de esa manera consignadas no se harían extensivas a todos los seres humanos atendiendo a su condición como tales, y en segundo lugar la realidad práctica que demostraron ante las autoridades que pretendió limitar fue nugatoria, toda vez que las mismas no observaron ni respetaron las disposiciones en ellas vertidas, haciendo por el contrario uso de ellas arbitrariamente.

El panorama cambia ya para la Constitución actual de 1917, en la que se dejan de considerar a las garantías individuales como la base y el objeto de las instituciones sociales, sino que, se parte de la convicción de que el pueblo como depositario del poder soberano se constituye en el Estado mismo que otorga las garantías en beneficio del gobernado quien tendría las potestades suficientes para hacerlas valer, dejando de ser supraestatales.

¹¹ Citado por, *BURGOA, IGNACIO. Las Garantías Individuales*, 26ª. Porrúa. México. 1994. p.146.

2.1. Las Garantías Individuales como relación en el campo del Derecho.

A efecto de exponer el panorama actual en el que se desarrollan las Garantías Individuales, resulta de suma importancia el conocer los tipos de relaciones que como causa de las mismas se suscitan en el campo del derecho. Ahora bien, como bien se señala en el curso de garantías individuales que se desarrolla en la carrera de derecho; en el derecho se desarrollan en virtud de las Garantías Individuales tres tipos de relaciones jurídicas que a saber son:

1. RELACION DE SUPRAORDINACION.

Dicha relación se caracteriza debido a que en ella intervienen únicamente autoridades como sujetos de la misma, dentro de este rubro se alude a las relaciones que en un plano de igualdad surgen entre dos o más autoridades del Estado a las cuales las caracteriza su facultad de imperio; así la relación surge en virtud del desempeño de las funciones de dichas autoridades por lo general a fin de coadyuvar mutuamente.

2. RELACION DE COORDINACION.

En este tipo de relación se pueden encontrar tanto a particulares ya sean personas físicas o morales, como a organismos de participación estatal descentralizados y hasta personas morales oficiales de derecho público. En ejercicio de esta relación, los mencionados sujetos se colocan en un plano de igualdad al relacionarse mediante hechos o actos jurídicos, actuando ambos como particulares y sometiendo las controversias que entre ellos se susciten al conocimiento de un órgano jurisdiccional con el objeto de que las dirima.

3. RELACION DE SUPRA A SUBORDINACION.

Es esta precisamente la relación característica de las Garantías Individuales. Dicha relación se desenvuelve no en un plano de igualdad como las relaciones mencionadas con antelación, sino que existe una desigualdad entre los sujetos que en ella intervienen en virtud de que uno se va a encontrar necesariamente subordinado al *Ius Imperio* del otro, en consecuencia es precisamente de esta relación de donde derivan las garantías individuales así como los sujetos protagonistas de las mismas; los que a continuación se han de abordar.

A. EL ESTADO. Se encuentra representado por las distintas autoridades a quienes ésta les ha delegado facultades soberanas o gubernativas y en virtud de las cuales se emitirán actos unilaterales, imperativos y coercitivos.

B. LA PERSONA. Este sujeto se puede presentar como persona física o moral del derecho privado, personas morales del derecho social, empresas de participación estatal, organismos descentralizados y hasta la propia persona moral oficial del derecho público desde el momento en el que se coloque en la situación de gobernado. La relación en comento tiene verificativo al emitir el Estado por sí o por sus autoridades actos gubernativos unilaterales, imperativos y coercitivos los que van dirigidos a la persona o gobernado quien se encuentra subordinado a dicha autoridades y por ende a sus mandamientos. es entonces que en la aplicación de los actos autoritarios cabe la posibilidad de ocasionar transgresiones a las Garantías Constitucionales.

2.2. Fuente y Objeto de las Garantías Individuales.

El vínculo en el que se desarrolla la relación de supra a subordinación debe descansar en un ordenamiento de naturaleza legal a efecto de obtener su juridicidad, y si partimos del supuesto de que la garantía individual se desenvuelve entre los dos sujetos más importantes para la misma y en virtud de los cuales ésta existe, se infiere que el ordenamiento en el que tengan su origen debe ser supremo. En consecuencia las Garantías Individuales se encuentran contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por ser éste el ordenamiento supremo de nuestro país, siendo ésta la fuente de las mismas.

De acuerdo con *Luis Bazdresch*, el individuo tiene a su disposición medios o facultades tendientes a procurar su progreso y desenvolvimiento, los que consisten en la vida, la libertad, la igualdad, la propiedad, la posesión, el trabajo; ahora bien, en el ámbito social en que el hombre se desenvuelve esas facultades deben ser respetadas y reconocidas mutua y recíprocamente por todos y cada uno de los individuos que componen la humanidad, puesto que cada quién debe tratar a los demás del mismo modo que él quiere que los demás le traten. Así para el mencionado autor las prevenciones que mandan respetar esos derechos son las garantías que la Constitución otorga.¹²

A través de la historia de nuestra nación, se ha buscado proteger al individuo o persona en sus diferentes ámbitos de materialización frente al actuar del Estado y sus autoridades, es por ello que se da pie a la creación de las garantías individuales con el único objeto de poner a disposición del individuo medios que salvaguarden su esfera jurídica y que a su vez actúen como limitantes de las autoridades en su actuar, imponiéndoles para tales efectos una obligación ya sea

¹² Cfr. *BAZDRESCH LUIS. Garantías Constitucionales. Curso introductorio actualizado. 3ª. México. Trilés. 1988. pp. 13 y 14.*

que consista en un hacer o no hacer en favor del individuo.¹³ Por su parte *Luis Bazdresch* sostiene que el propósito de las Garantías Individuales consiste en proteger a los derechos humanos.

2.3. Concepto de Garantía Individual.

En un particular concepto las Garantías Individuales son potestades del individuo que tienen la consigna de tutelar o salvaguardar los derechos inherentes a su personalidad o condición de seres humanos. No obstante la anterior opinión, se atenderá a diferentes criterios doctrinales que conceptúan a las mismas.

Para la constitución de 1857 se afirmaba que "todo medio consignado en la constitución para asegurar el goce de un derecho se llama garantía, aún y cuando no sea de las individuales."¹⁴ Al respecto cabe mencionar que el autor que conceptúa a las garantías de esta manera pertenece al siglo pasado y por consiguiente en su obra hace un análisis de las garantías contenidas en la Constitución vigente a ese tiempo, que como se sabe no eran precisamente individuales sino en su mayoría derechos del ciudadano, los que resultaban ser diversos, y entre ellos podemos mencionar a los derechos políticos, por ello la mención que hace el autor de, aún y cuando las garantías no sean de las individuales.

El diccionario de la Real Academia Española define así el vocablo de garantía: "acción o efecto de afianzar lo estipulado." "En el lenguaje usual vulgar, garantía es todo aquello que se entrega o se promete, para asegurar el

¹³ Cfr. *BURGOA, IGNACIO*. Op. Cit. pp. 178-186.

¹⁴ *MONTIEL Y DUARTE, ISIDRO*. Estudio sobre Garantías Individuales. 5ª. México. Porrúa. 1991. p. 26.

cumplimiento de una oferta, que puede ser lisa y llana o supeditada a la satisfacción de algún requisito”.¹⁵

Ignacio Burgoa en su obra *Las Garantías Individuales*, al referirse a las diferentes acepciones de la garantía individual nos dice: “El concepto de garantía en el derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones en favor de los gobernados dentro de un Estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas preestablecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional.”¹⁶

Las garantías individuales, determinan los hechos y derechos que teóricamente se designan como derechos del hombre o derechos humanos y que nuestra constitución admite; pero no debemos entender que los individuos tienen tales derechos meramente porque la propia constitución se los otorga, pues si nos remitimos al artículo primero de éste ordenamiento el precepto claramente dice que otorga garantías no derechos; las garantías son realmente una creación de la Constitución, en tanto que los derechos protegidos por éstas garantías son los derechos del hombre que no provienen de ley alguna sino únicamente de la calidad y de los atributos de ser humano.¹⁷

Las anteriores consideraciones son muy acertadas y como éstas se pueden llegar a citar un sin fin, no obstante ello, no se puede dejar de citar un concepto que resulta ser básico por lo explícito que se muestra y que a manera de noción de Garantías Individuales pueden digerir tanto estudiosos del derecho como aquellos que no lo sean; el mismo refiere: “Las Garantías Individuales son los derechos inalienables e imprescriptibles que posee una persona en su carácter de ser humano, sin distinción alguna de nacionalidad, sexo, edad, religión, raza o

¹⁵ *BAZDRESCH LUIS*. Op. Cit. p.11.

¹⁶ 26ª, México, Porrúa, 1994, p. 162.

¹⁷ Cfr. *BAZDRESCH LUIS*. Op. Cit. p. 12.

ideología política.”¹⁸ Explicando se dirá que las garantías individuales son inalienables en virtud de que son irrenunciables no siendo susceptibles de transacción alguna; e imprescriptibles, ya que no se pueden perder con el transcurso del tiempo. Lo anterior nos indica que las garantías individuales están a disposición de todo sujeto, por el único hecho de pertenecer a la raza humana, habida cuenta de que no constituyen ser más que derechos consubstanciales al hombre, o sea, derechos con los que todos nacemos, e incluso se puede decir que estos derechos los posee el ser desde el momento en que es creado.

Ahora bien, tal vez al mencionar el vocablo Garantía Individual, surja la inquietud de el porqué la denominación como tales?, sobre el particular pienso que se les da tal nombre en virtud de que el artículo primero de la Constitución reserva las mismas a todo individuo, siento quizá la atención que se tomó a la literalidad del artículo, la razón por las que se les denominó como individuales. No obstante ello, existen opiniones que distan de la propia; en el sentido de que a dichas garantías no deberían nombrarse individuales sino constitucionales o de derecho público, habida cuenta de que las mismas ya no están restringidas a los individuos sino que ahora comprenden a las personas de derecho privado y aún en ciertos casos a las de derecho público, que propiamente no son individuos, éste consiste ser el criterio de Luis Bazdresch, autor que se ha citado ya en diversas ocasiones.

2.4. El Titular de las Garantías Individuales.

Ya se ha hablado de la relación característica de la Garantía Individual así como de los sujetos que en ella intervienen, sin haber aún especificado quién de

¹⁸ GUTIERREZ ARAGON, RAQUEL. Y ROSA MARIA, RAMOS VERASTEGUI. Esquema Fundamental del Derecho Mexicano. México. Porrúa. 1986. p. 74.

dichos sujetos ostenta la titularidad de las mismas. Dos son los sujetos que intervienen en el vínculo jurídico formado por la Garantía Individual, el gobernado o particular y el gobernante o Estado conformado por sus distintas autoridades, mismos que a continuación se estudiarán.

EL GOBERNANTE. El Estado entendido como sociedad jurídicamente organizada, se encuentra conformado por tres elementos esenciales, como lo son la población, el territorio y el gobierno, sin los cuáles éste no podría materializarse; es precisamente en el último de los mencionados elementos que se encuentra uno de los sujetos que participan de las garantías individuales. La autoridad o gobernante como órgano del Estado a nombre y en representación del mismo emite una serie de actos que le son propios y exclusivos dadas las características que los revisten; estos actos se traducen en unilaterales, en virtud de que para la existencia de los mismos la autoridad no requiere de la voluntad de la persona o individuo a quién va dirigido el acto; imperativos, toda vez que resultan ser obligatorios para el gobernado, es decir, para cumplirlos no gozará del beneficio del libre albedrío; y por último se constituyen en coercitivos, ya que si no se cumple con lo mandado por la autoridad ésta tiene la facultad de imponerlo utilizando incluso la fuerza pública.

EL GOBERNADO. Este alude a uno más de los tres elementos imprescindibles del Estado, como lo es la Población, misma que se encuentra sometido al *Ius Imperio* de éste. Se debe entender por gobernado, a todo individuo susceptible de resentir en su esfera jurídica los actos que los órganos del Estado puedan emitir en el desempeño de sus funciones. El término de "todo individuo" para definir al gobernado, es retomado del artículo primero de la Constitución en su texto vigente, mismo que a continuación se transcribe.

“Artículo 1º.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”

Al mencionar nuestro supremo ordenamiento la terminología “todo individuo”, se está haciendo referencia a la persona humana física, y no tan sólo a ella sino también a toda persona moral, que puede ser de derecho público, privado o social, sin más condición que la de que se encuentren subordinados al poder soberano del Estado o gobernante, en el entendido de que aún y cuando una persona moral se encuentre conformada por varias personas físicas que ya gozan de garantías individuales, éstas en su conjunto forman la denominada persona moral sometida al poder del gobernante con derechos y obligaciones que se deberán cumplir como un gobernado más en que se constituye y a su vez exigir a través de su representante legal. Siendo esto así, se justifica el que las personas morales se entiendan comprendidas bajo el rubro de “todo individuo” a que alude el precepto constitucional; lo anterior se confirma al contemplar la propia constitución a las personas morales concediendo libertades a las mismas en el artículo 9º.

De la misma manera la persona moral oficial puede colocarse en la situación de gobernado, vincularse con particulares y en el caso de que se suscitare controversia alguna entre éstos dos, se deberán someter al arbitrio de la autoridad competente, pudiendo como gobernado ser afectada en su esfera jurídica y de acuerdo por lo dispuesto en el artículo noveno de la Ley de Amparo tener a su disposición la acción correspondiente.

“Propia y racionalmente el contenido de dicho artículo 1º expresa que la constitución garantiza a todos los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos el

disfrute de los diversos derechos humanos y algunos de otra clase que especifican los artículos del 2 al 28."¹⁹

Retomando lo antes expuesto se afirma que el titular de dichas prerrogativas constitucionales lo es todo individuo que se coloque en la situación de gobernado sin que para ello se deba tomar en cuenta su raza, sexo, color, condición social o económica, edad, religión nacionalidad o ideología política en el entendido de que ha nacido con derecho a las mismas tanto biológica como jurídicamente, esto es que todas y cada una de las personas que se encuentran en el territorio nacional y que por su sola condición humana son los titulares de los de dichas garantías.

2.5. Las Garantías Individuales como Derecho Público Subjetivo y Principios que las rigen.

Por lo que hace al individuo, las garantías individuales se caracterizan por ser un conjunto de derechos públicos subjetivos. Se dice que es un derecho debido a que se constituye en una potestad jurídica del gobernado a efecto de hacer valer sus prerrogativas frente al Estado, quien tiene la obligación de respetarlas en perjuicio de que de no haberlas observado, se ejercite la acción correspondiente en su contra. En atención a que el derecho consignado en las prerrogativas constitucionales es oponible a una entidad pública como lo es el Estado y sus autoridades, se dice que éste es público. Por último este derecho público se concibe subjetivo a contrario sensu del derecho objetivo entendido como norma jurídica abstracta e impersonal; en tanto que la garantía individual como derecho subjetivo

¹⁹ BAZDRESCH LUIS. Op. Cit. p. 16.

se materializa en una norma jurídica específica y personal, toda vez de que ésta se otorga al individuo que se ajuste a la prescripción constitucional de que se trate.

Los mencionados derechos públicos subjetivos que protegen a los gobernados a su vez pueden ser originados o derivados. Surgen de manera originaria cuando estos derechos le pertenecen al individuo por ser inherentes a su personalidad humana y se verifican sin la realización de actos o hechos jurídicos previos. Por el contrario, éstos derechos públicos subjetivos pueden derivarse de la realización de un hecho o acto jurídico previo y necesario como sucede con los derechos que nacen en virtud de un contrato, licencia, testamento, concesión, etc.²⁰

Ahora bien, los derechos públicos subjetivos plasmados en la Constitución como garantías individuales, se rigen tanto por ámbitos de validez como por principios constitucionales; siendo los ámbitos de validez el personal, material, espacial, y temporal. El primero de ellos nos remite al titular de la garantía individual, o bien, al sujeto a quien está dirigida la prescripción constitucional y que como ya se vio se trata de todo individuo, sea éste mayor o menor de edad. El ámbito material, se refiere a la disciplina que regula a las prerrogativas en mención, o bien, fuente de las mismas; así las encontramos reguladas en la Constitución en su parte dogmática, razón por la que son federales. Por otra parte, éstas son aplicables en todo el territorio nacional, es decir, en los espacios aéreos, marítimos y terrestres, aunado a ellos los espacios virtuales en atención al principio de extraterritorialidad basado en la reciprocidad internacional. Respecto a la temporalidad como ámbito, se entiende que las garantías individuales son aplicables a partir del 1º de mayo de 1917, fecha en la que entra en vigencia nuestra actual Constitución, hasta nuestros días.

Partiendo del presupuesto de que las garantías individuales tienen su fuente en la constitución, se infiere que deben ser regidas por los principios

²⁰ Cfr. *BURGOA, IGNACIO*. Op. Cit pp. 179 y 180.

constitucionales de Supremacía y Rigidez y así lo señalan los autores de la materia. Interpretando el artículo 133 de la Constitución, mismo que aiude al principio de Supremacía, las garantías deben prevalecer sobre cualquier disposición secundaria y en consecuencia, todas las autoridades sean federales o locales deberán anteponerlas a cualquier otra disposición ordinaria.

De la misma manera en los términos del artículo 135 de la suprema ley, que consagra el principio de rigidez; dichas prerrogativas al igual que las demás disposiciones constitucionales ubicadas en la parte orgánica de ese ordenamiento, pueden ser reformadas entendiendo a dicho vocablo en el sentido de modificación, adición e incluso restricción siempre y cuando se conserve su esencia y espíritu a efecto de que prevalezca su finalidad histórica de tutela.²¹

3. CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

Una vez que se conoce a las garantías individuales como derechos públicos subjetivos tuteladores, se abarcará a continuación su clasificación. Sobre el particular, el Doctor *Ignacio Burgoa* realiza una doble clasificación, la primera atiende a la obligación que engendra el precepto constitucional para el Estado y sus autoridades, y esta misma clasificación a su vez se subdivide en garantías materiales que corresponden al no hacer encuadrando dentro de ellas a los preceptos constitucionales referidos a la igualdad, la libertad y la propiedad; así como en garantías formales que se constituyen en un hacer para las autoridades en el entendido de que deben de cumplir con todos los requisitos necesarios para poder afectar la esfera jurídica del gobernado válidamente.

²¹ Cfr. *Ibid.* p. 187.

Por otra parte, clasifica a las garantías individuales desde el punto de vista del derecho público subjetivo, esto es, atiende el propio contenido de la garantía; de acuerdo a esta clasificación se suelen dividir en garantías de propiedad, igualdad, libertad y seguridad jurídica.²² Ahora bien, esta última clasificación es la que se ha seguido tradicionalmente y toda vez que en mi opinión es la más explícita y completa; será a la que se atienda en el presente trabajo.

La parte dogmática de la Constitución actualmente contiene veintinueve artículos, cada uno de los cuáles corresponde a un tipo de clasificación en cuanto al derecho que tutela, aclarando que de los veintinueve artículos, solamente veintiséis constituyen ser garantías individuales. Así las cosas se procederá a la explicación de cada tipo de garantía en específico.

3.1. Garantías de Propiedad.

Este rubro, es exclusivo del artículo 27 constitucional. Al abordar el tema de la propiedad como garantía individual, se debe tener en mente al territorio como uno de los elementos substanciales del Estado, ya que se refiere al lugar en el que ejerce su poder soberano. A través de la historia se le ha dado diferentes acepciones al término de propiedad, tal es así que conforme a la teoría clásica, la propiedad es la relación entre una persona y una cosa, en la que la persona ejercía su derecho directamente sobre la cosa. Por su parte la teoría modernista señala que la propiedad implica una relación entre un individuo determinado sujeto activo y un sujeto pasivo universal, integrado por todos los hombres el cual tiene el deber de respetar ese derecho, absteniéndose de vulnerarlo o violarlo, en esta situación, el sujeto activo sería la persona titular del bien, y el sujeto pasivo universal todo

²² Cfr. *Ibid.* pp.192-195.

individuo que reportase la obligación de respetar la propiedad de aquél quien tenía la pertenencia del bien.

Así, en la anterior constitución de 1857, se decía por los juristas que, *“la propiedad era la relación de pertenencia especial y determinada que consiste en el derecho de posesión exclusiva de la cosa íntima y necesariamente ligado con la facultad de su libre enajenación”*.²³ Es pertinente aclarar que bajo el régimen constitucional anterior, la propiedad tenía una connotación más que de tipo constitucional de tipo civil, toda vez que se encontraba detalladamente regulada por los Códigos Civiles de 1870 y 1884. Actualmente la propiedad a nivel constitucional, da pie a una de las cuatro clasificaciones que se hace de las garantías individuales.

Ahora bien para entrar en el somero estudio de la garantía individual de propiedad se han de abordar a los dos aspectos que en sí conforman a la garantía de propiedad, tales como lo son los que a continuación se presentan.

a. Propiedad Originaria y Propiedad Derivada.

La propiedad como garantía, surge primeramente en forma originaria y en virtud de la misma nace posteriormente la propiedad privada o lo que resulta ser lo mismo, propiedad derivada.

La propiedad originaria es imputable al Estado por la propia Constitución y particularmente en el artículo 27 en su párrafo primero, mismo que refiere:

“Artículo 27.- La propiedad de tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la nación . . .”

Interpretando el texto legal, los doctrinarios sostienen que la propiedad originaria equivale a la idea de dominio inminente, o sea, a imperio, soberanía o

²³ *MONTIEL Y DUARTE, ISIDRO.* . Op. Cit. p. 500.

autoridad que el Estado como persona política y jurídica ejerce sobre la parte física de su ser: el territorio.²⁴ Lo anterior es muy entendible toda vez que, al constituirse la nación en Estado socialmente organizado con tres elementos, Estado, población y territorio, debe tener a través de sus gobernantes control sobre dichos elementos, a efecto de un buen funcionamiento de la nación. Este control que se ejerce, es obvio que debe tener como sustento el ordenamiento jurídico supremo, a saber la Constitución.

Ahora bien, habitada que es la nación por un conjunto de individuos o población, estos tienen derecho a una porción de territorio en la que se puedan desarrollar a nivel individual y social, es por ello que el Estado delega a dichos individuos una porción del territorio que originalmente le pertenece; configurando la propiedad derivada o propiedad particular. El sustento de la facultad delegadora del Estado, lo encontramos en el propio artículo en mención, en la parte final de su párrafo primero: "y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo una propiedad privada." Una vez habiendo transmitido a los particulares el territorio necesario para su desarrollo, conocido como propiedad privada, es reconocida al particular como garantía individual, con todos los atributos de derecho público subjetivo y que importa la obligación al propio Estado y a sus autoridades de respetarlo.

b. Limitaciones al Derecho de Propiedad.

Si bien es cierto que, esta disposición constitucional importa al Estado el deber de respetar la propiedad privada del particular; también lo es que sobre dicha propiedad operan ciertas limitaciones que el propio Estado ha señalado; tales son la expropiación y las modalidades impuestas sobre los derechos de uso, goce y disposición de la cosa.

²⁴ Cfr. *BURGOA, IGNACIO*. Op. Cit. p. 462.

1. La Expropiación. La expropiación como tal constituye ser la venta forzosa que hace el particular al Estado, a efecto de que éste provea a la sociedad de un satisfactor necesario. De ésta manera se constituye en una limitante que opera en función del beneficio general, las condiciones que la propia constitución marca a efecto de llevarla a cabo son, el que exista la utilidad pública cosa que debe demostrar el Estado y que la expropiación sea mediante indemnización, artículo 27 párrafo segundo.

2. Las Modalidades. Al respecto el artículo en comento refiere que: "La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, . . ." Las modalidades en sí, se traducen en restricciones sobre los derechos de uso, goce y disposición que tiene el particular sobre su bien inmueble, y solamente al Congreso de la Unión le pertenece la facultad de imponer modalidades como órgano federal legislativo que es.

3. Capacidad de Adquisición. La Constitución misma atribuye a los particulares la capacidad de adquisición de propiedades, siendo una capacidad total la atribuida a todo mexicano, sea éste por nacimiento o naturalización, y de manera excepcional concede el mismo derecho a los extranjeros que convengan considerarse por lo que hace a dichos bienes como nacionales y no invocar la protección de su gobierno; para el caso de no observarse esta condición perderán la propiedad de sus bienes, mismos que pasarán a ser nuevamente propiedad originaria de la nación. Por otra parte se hace una prohibición expresa en cuanto a los extranjeros, en el sentido de que éstos no pueden adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en una faja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 en las playas, esta disposición se ha llegado a denominar por los doctrinarios como incapacidad absoluta para adquirir la titularidad de territorio mexicano.

Anteriormente a 1994, las asociaciones religiosas tenían incapacidad para adquirir bienes, y solamente podían gozar exclusivamente de aquéllos que le fueran útiles y necesarios para la práctica de su religión, no obstante ello, se reputaba a dichos bienes como del dominio de la nación. Actualmente las asociaciones religiosas pueden dotarse de bienes indispensables para cumplir con su objetivo; podrán hacerlo teniéndolos en su dominio, posesión o administración, sin que ello implique el que esos bienes formen parte de la nación. Exactamente lo mismo sucederá con respecto a las instituciones de beneficencia pública.

Por otra parte, las sociedades mercantiles podrán adquirir, administrar o poseer fincas rústicas y urbanas, observando las disposiciones constitucionales, así como la Ley Agraria. Se observa lo mismo para las instituciones bancarias que se encuentren legalmente constituidas; además de que podrán imponer capitales sobre bienes raíces, (fianza, prenda o hipoteca).

Ahora bien, este artículo resuelve tener trascendencia histórica, toda vez que tutela a la propiedad agraria, por lo que se puede comentar que antes de 1992 aún existía el reparto agrario en el campo, pero posteriormente a éste año se declara que ya no hay más tierras que repartir y en virtud de ello la figura del reparto agrario desaparece, quedando en el rubro agrario la presente garantía exclusivamente como protectora de los derechos sobre la propiedad campesina.

3.2. La Igualdad como Garantía Individual.

La igualdad como garantía individual, es actualmente un derecho inherente a la persona humana; mismo que jurídicamente supone iguales tratos, derechos y obligaciones para todos aquellos individuos que se encuentren colocados en una misma situación de calidad. Ejemplificando, se sabe que todos los individuos o personas que nos encontramos en territorio mexicano,

estamos sometidos al *Ius Imperio* del Estado, pro lo que tenemos la "calidad" de gobernados, siendo que bajo esta calidad o condición todos gozamos de las garantías que otorga la Constitución, o bien, sea, que en calidad de gobernados todos tenemos el mismo derecho a hacer exigibles las mencionadas garantías al Estado y sus autoridades. Otro ejemplo que se puede citar es el relativo a los impuestos que se pagan por concepto de predial del inmueble en el que establecemos nuestro domicilio; en éste, no se atenderá solamente al supuesto calidad que encierra como contribuyentes de ese impuesto a todas las personas propietarias de un bien inmueble en el que residan; sino también se atenderá a la cantidad o proporcionalidad del importe mismo del impuesto, en razón a la ubicación del inmueble que se habite, pues es por zonas como suele determinarse la cantidad del impuesto; esto es, no pagarán el mismo impuesto una persona que habite una zona considerada como residencial al que pagará una persona que habite una zona popular; se atiende entonces, a la capacidad económica de cada individuo, ya que es de suponerse que si se vive en una zona residencial lo es porque se tiene posibilidades para ello.

Hay ocasiones en las que no todos los individuos se encuentran en una misma situación de calidad, por ejemplo, no todos tienen la calidad de arrendadores o arrendatarios, razón por lo que no a todos se les debe atribuir los derechos y obligaciones inherentes a esa situación específica que jurídicamente se regula, sino única y exclusivamente a los que se encuentren bajo ésta calidad, es aquí precisamente cuando se materializa la igualdad, ya que se atiende a la calidad de las personas para imponer sobre ellas determinados derechos y obligaciones que a otro grupo determinado de personas cuando se encuentren en el mismo presupuesto nominativo. Lo anterior equivale a la tan conocida frase que para referirse a la igualdad como garantía individual es utilizada por los doctrinarios "se trata igual a los iguales y desigual a los desiguales".

Cabe hacer mención que en la cátedra que en la facultad se nos imparte a los alumnos, el profesor refiere que, para precisar la igualdad se deben tomar en cuenta tres conceptos, tales como la equidad, que corresponde a la calidad; la proporcionalidad o cantidad y la justicia que refiere a la ley en su sentido de abstracta imparcial e impersonal; puesto que calidad más cantidad llevado a un marco de legalidad dan la igualdad. Entendido en otras palabras; se debe tomar en cuenta la situación o calidad en que se encuentra el individuo y la capacidad cuantitativa del mismo conforme a lo que establezca la ley para que se obre conforme a la igualdad.

Una vez que se ha dado una idea de lo que es la igualdad en el plano de garantía individual, se dirá que dentro del rubro de garantías individuales de igualdad se encuentran los artículos 1º, 2º, 4º párrafos primero y segundo, 12, 13 y 15, Constitucionales, mismos que a continuación se explicarán muy someramente.

Artículo 1º.- Por lo que hace a éste artículo, refiere la igualdad en virtud de que hace posible que las garantías que ésta contiene estén a disposición de todo individuo, entendido el vocablo en un sentido amplio, ya que no señala el que el mencionado individuo deba tener características especiales para hacerse merecedor a las garantías, e incluso, como ya se vio en el tema de titularidad de las garantías individuales, las mismas se entienden concedidas también a las personas morales.

Artículo 2º.- Se reitera en sete precepto la igualdad, toda vez que declara que en el territorio nacional se prohíbe la esclavitud y, como consecuencia de ello atendiendo además a la amplitud que consagra el artículo primero, señala que el que haya tenido la condición de esclavo en cualquier otro país, por el solo hecho de entrar en territorio nacional alanzará su libertad y protección de nuestras leyes, sin señalar requisito alguno para ese efecto. Lo que se pretende con ello es lograr un equilibrio y que en esta nación todos estemos en igualdad de condiciones.

Artículo 4°.- En su primer párrafo de manera protectora se establece el plano de igualdad en el que deben encontrarse las etnias con respecto a los demás nacionales.

Por otra parte en su segundo párrafo consagra la igualdad entre el hombre y la mujer, al parecer la creación de éste párrafo atiende a las circunstancias que anteriormente prevalecían en la generalidad, que consideraban inferior a la mujer comparada con el hombre. Así mismo, propaga la igualdad en párrafo cuarto al establecer el derecho que todos los individuos tienen a la protección de la salud; caso que se encuentra relacionado con el artículo 4° párrafo tercero de la Ley General de Salud, y artículo primero de su reglamento. El mismo artículo cuarto Constitucional, en sus párrafos quinto y sexto respectivamente, señala el derecho de todo individuo a una vivienda digna y decorosa, así como la protección legal de la familia.

Artículo 12.- Pone de manifiesto la igualdad al no permitir títulos de nobleza, prerrogativas u honores hereditarios; es decir, trata de igual manera a todos los habitantes de la nación y por ende no reconoce los mencionados títulos otorgados a un nacional en cualquier otro país.

Artículo 13.- La igualdad radica en que todo se que se encuentre en territorio nacional, dado el caso, únicamente podrá ser juzgado por leyes creadas previamente y por los tribunales que para ello se han establecido con anterioridad, por ningún motivo se debe contrariar esta disposición, en perjuicio de conculcar la presente garantía a su titular. Es de destacar que existe un tribunal especial mismo que es el Militar, con la salvedad de que éste se aplica únicamente a los sujetos que pertenezcan al ejercito y por ende se encuentren sometidos a su jurisdicción.

Artículo 15.- En su parte primera refiere una garantía de igualdad, ya que

una vez más se confirma, el que cualquiera persona proveniente de otro país en el que haya tenido la condición de esclavo, de acuerdo a lo señalado por las garantías individuales en nuestro país, y siempre y cuando se encuentre en éste, alcanzará su libertad. Por lo que expresamente se prohíbe la extradición de alguno de estos sujetos aún y cuando hayan cometido algún delito. Así mismo prohíbe la extradición de reos políticos, en virtud de que la nación los acoge bajo la condición de refugiados.

3.3. Garantías de Libertad.

En la antigüedad cuando en algunos pueblos como el romano existía más el derecho consuetudinario que el escrito, la libertad se presentaba exclusivamente como una condición entre seres humanos, esto es, existían dos grupos de seres, los libres y los esclavos. Los primeros tenían potestades sobre los segundos a los que consideraban como cosas, en virtud de que gozaban de una condición económica y social privilegiada; así tenían poder de decisión incluso sobre su vida de tal manera que se hablaba de una libertad civil o privada. Ha de pasar buen tiempo para que las cosas cambien, siendo hasta la revolución francesa en la que se proclaman dos aspectos fundamentales:

1. La libertad universal del ser humano sin tomar en cuenta su condición de tal manera que aparece la libertad como atributo del hombre frente a sus semejantes.

2. Como Garantía Individual la libertad prácticamente era inexistente, pues el Estado no respetaba la libertad de sus gobernados, en este tiempo la figura gubernativa era el monarca mismo que tenía el poder de decisión sobre

sus súbditos; por consiguiente en uso de esas facultades se suceden atropellos hacia el individuo. Es entonces cuando se exige del gobernado o monarca el respeto a determinados derechos del individuo entre los que se contempla a la libertad. Así la libertad privada existente entre los sujetos se expresa en su máximo alcance para transformarse en libertad oponible y exigible al Estado quién se ve obligado a respetarla, teniendo como consecuencia, el que poco a poco los demás países adoptaran esa postura; como es el caso de México.²⁵

El ser humano por el solo hecho de haber surgido a la vida como tal, siente la necesidad insuperable de la libertad para poseerla y proyectarla en sus máximos alcances, por lo cual se concibe a la misma como un atributo esencial del ser y espíritu del hombre. Ahora bien, como la vida se ha desarrollado desde los tiempos más remotos en un entorno social que conlleva a la convivencia humana frente a la figura estatal, la que no es fácil de efectuar; ha surgido la necesidad de determinar las libertades de cada hombre en cuanto a su persona y frente al órgano que se encarga de mantener el equilibrio de social en una nación, de tal manera que nacen las garantías individuales de libertad como medios de salvaguarda enfocados a la libertad de todos los individuos por igual frente al poder del Estado.

Burgoa conceptúa a la libertad como la facultad que posee el ser humano de poder actuar para el logro de sus fines y el uso de los medios adecuados para obtenerlos; manifiesta que la libertad del ser humano tendrá las limitaciones necesarias en beneficio del grupo social del que forma parte.²⁶ Actualmente en nuestro país las libertades han venido a ser regidas cada vez más atendiendo a voluntades y caprichos de carácter político sin tomar en cuenta realidades sociales

²⁵ Cfr. *BURGOA, IGNACIO*. Op. Cit pp. 304-310.

²⁶ *Ibid.* p. 304.

con la finalidad de hacer creer al pueblo en innovaciones falsas y sensacionalismos jurídicos.

Los preceptos Constitucionales consagradas como Garantías de Libertad son el 3º, 4º párrafo tercero, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, y 24, de los que a continuación se hará un breve estudio.

Artículo 3º.- Contiene un derecho legítimo del ser humano tendiente a su desarrollo como persona a través de la educación; estableciendo como básicas a la instrucción primaria y secundaria, siendo la obligación de impartirlas para el Estado de manera gratuita.

Tal vez debido al devenir histórico, muchos autores encierran a éste precepto dentro de las libertades, ya que la educación a raíz de la separación histórica Iglesia - Estado se deja libre del yugo eclesiástico para convertirse en laica. Refiere además el presente artículo los lineamientos y condiciones bajo los que ha de impartirse la educación, delegando facultades a aquéllas instituciones investidas por el Estado de autonomía para gobernarse a sí mismas con libertad.

Artículo 4º.- En el párrafo tercero reconoce la libertad de decisión del ser humano para procrear.

Artículo 5º.- Contiene una de las libertades esenciales del hombre en función de su desarrollo y subsistencia, esta es la libertad de trabajo, siendo conforme a esta disposición el que todo hombre pueda dedicarse al desempeño de la función que mejor le acomode con las únicas limitaciones de que no se ataquen derechos de tercero ni se ofenda a la sociedad. En forma proteccionista tutela y señala los lineamientos necesarios a asegurar el producto del trabajo siendo éste la

retribución. Establece las seguridades constitucionales que tienen por objeto la salvaguarda tanto a nivel nacional como internacional del trabajo de un individuo, protegiendo más ampliamente a los nacionales.

Artículos 6° y 7°.- Ambos artículos señalan la libertad de manifestación de ideas, ésta manifestación se puede realizar ya sea en forma verbal o escrita el primero de ellos menciona la libertad de expresión con la limitante de que con ello no se provoque ningún delito; y el segundo protege la libertad de ideas escritas asegurándolas constitucionalmente en el sentido de que no podrán ser decomisadas como objeto de un delito, pero deben observar un respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública.

Artículo 8°.- Apunta la libertad del individuo a efecto de realizar peticiones al gobierno y sus autoridades no obstante, en materia política este derecho se reserva a los nacionales, mayores de dieciocho años. Esta Garantía reporta una obligación para el gobernante o autoridad, consistente en primer término en respetar este derecho y en segundo contestar a la petición formulada en breve término.

Artículo 9°.- Consagra garantías de libertad de asociación y reunión, las que deben realizarse pacíficamente y tener un objeto lícito Están facultados para fines políticos, solamente los nacionales que tengan mayoría de edad. La Seguridad Constitucional que encierra, es que en caso de reuniones armadas, éstas carecen de derecho para deliberar.

Artículo 10.- Otorga a los individuos la facultad de poseer una arma dentro de su domicilio con el objeto de que les proporcione seguridad y en un momento dado ser utilizada en su legítima defensa, la doctrina refiere que el

presente artículo consagra dos garantías, como lo es la propiedad del arma que trae aparejada consigo a la posesión de la misma y la portación de arma, que de acuerdo con lo establecido por la corte se da cuando se lleva en la mano o pegada al cuerpo.

Este artículo faculta la posesión del arma exclusivamente para el domicilio real de la persona y siempre que no sean de las prohibidas por la Constitución así como por la Ley Federal de Armas y Explosivos.

Artículo 11.- Consagra una libertad generalmente conocida como libertad de tránsito, consiste en la facultad que se otorga a todo individuo para entrar y salir del país; viajar dentro de él así como cambiar de residencia, los dos últimos casos no se encuentran subordinados a requisito alguno. Ahora bien, la autoridad judicial se encuentra facultada para limitar esta libertad en los casos de responsabilidad civil o criminal Y para los casos en que se quiera entrar o salir del país se impondrán las condiciones que marquen las leyes de salubridad, migración e inmigración.

Cabe destacar que este precepto marca una relación estrecha con el artículo 33 Constitucional, habida cuenta de que ambos previenen la facultad del Ejecutivo Federal consistente en expulsar a los extranjeros perniciosos del país.

Artículo 24.- Refiere la libertad de culto religioso sin que se encuentre prohibida religión alguna en el país, con la única limitación de que no constituya algún delito.

Artículo 28.- Consagra los principios de la libre concurrencia, quedando por ende prohibidos los estancos y prácticas monopólicas con el propósito de evitar la acaparamiento de una rama comercial o industrial buscando el beneficio del pueblo en los precios de artículos y servicios.

3.3. Garantías de Seguridad Jurídica.

El ser humano al vivir y desarrollarse en un ámbito social en el que adopta la condición de gobernado, tiene la necesidad indispensable de ser protegido en cuanto al actuar del gobernante o Estado, quién existe y actúa bajo determinadas disposiciones jurídicas creadas por la misma sociedad en su evolución, de tal manera que en atención a esa necesidad el gobernado es protegido con el mismo régimen jurídico, obteniendo como resultado de ello para sí un conjunto de seguridades jurídicas, mismas que al ser reconocidas por un ordenamiento fundamental como lo es la Constitución se convierten en garantías oponibles y exigibles al Estado.

Como se ha visto, el Estado tiene facultades de Imperio que ejerce al actuar como tal, al hacerlo es seguro que infiere o afecta la esfera jurídica del gobernado, por ello el Estado se encuentra obligado a observar las limitaciones establecidas en la ley para con el único objeto de que su actuar sea jurídicamente válido.

Concepto.

La Seguridad Jurídica se constituye en aquéllos requisitos condiciones o elementos establecidos en la Constitución que debe cumplir la autoridad, con el fin de que sustente sus actos.

A través de la Seguridad Jurídica como Garantía Individual, las garantías de libertad, igualdad, propiedad y hasta las garantías sociales se sustentan y hacen valer; caso por el que se dice que la seguridad jurídica viene a contemplar a los demás tipos de garantías individuales, alcanzando de esta manera la cúspide para su realización.

Retomando el concepto de seguridad jurídica, es menester aclarar por el momento y en forma somera qué es un acto de autoridad.

Acto de Autoridad. El acto de autoridad consiste en la manifestación de voluntad de un órgano del Estado a través de actos unilaterales, imperativos, y coercitivos, éste va encaminado a afectar valores tutelados en el gobernado. Se traduce en dos rubros, como lo son el Acto de Privación y el Acto de Molestia mismos que se abordarán en el siguiente capítulo.

3.3.1. Garantía de Legalidad.

Existe una categoría especial dentro de las Garantías de Seguridad Jurídica que se encuentra implicada en las mismas; ésta es la Legalidad, que es elevada a garantía individual al contemplarse en determinados preceptos Constitucionales.

La legalidad propiamente abarca tanto al ordenamiento supremo que es la Constitución, como a las leyes que de ella derivan. Siguiendo el criterio de *Luis Bazdresch* la legalidad es "la obligación que tienen todas las autoridades de ajustarse a los preceptos legales que norman sus actividades y a las atribuciones que la ley les confiere al expedir cualquier orden o mandato que afecte a un particular en su persona o en sus derechos."²⁷ De esta manera la Seguridad Jurídica aunada a la legalidad constituyen el conjunto de disposiciones constitucionales que obligan a la autoridad a cumplir con el contenido de la constitución así como de las leyes de ella emanadas.

²⁷ *BAZDRESCH LUIS*. Op. Cit. p. 169.

Ahora bien, el control de la legalidad es vigilado por los Jueces de Distrito y Tribunales Colegiados. Tradicionalmente se ha dicho que la garantía de legalidad se cristaliza en los artículos 14 párrafos tercero y cuarto, y 16 párrafo primero; sin embargo, existen autores como *Luis Bazdresch* que suma a los mencionados preceptos el artículo 13, por lo que corresponde a la mención expresa que el precepto contiene en cuanto a la aplicación de leyes privativas y tribunales especiales, obligando de esta manera a la autoridad a apegarse a lo estrictamente estipulado por el ordenamiento jurídico. Y por lo que hace al artículo catorce lo considera como un artículo que marca la garantía de legalidad en toda la extensión de su contenido.²⁸

El artículo 14 párrafo tercero, refiere la exacta aplicación de la ley en materia penal; y el párrafo cuarto a la garantía de legalidad en materia jurisdiccional civil y mercantil. A su vez el artículo 16 en párrafo primero establece que cualquier acto que emane de una autoridad que pueda afectar la esfera jurídica del ser humano deberá observar estrictamente lo establecido por la Constitución en dicho precepto.

Volviendo al punto genérico de Garantías de Seguridad Jurídica, se interpretarán los artículos referentes a ellas.

Artículo 14.- A saber, este precepto consagra cuatro garantías específicas:

a). **Irretroactividad de la ley.** Consistente en no aplicar la ley vigente a hechos pasados, pudiendo hacer ello únicamente en beneficio del gobernado.

²⁸ Cfr. *Ibid.* p. 168.

b). Garantía de audiencia. La presente garantía constituye ser importante para los efectos del juicio de amparo, en virtud de que refiere el acto de privación que la autoridad puede emitir a través de la manifestación de voluntad de un órgano del Estado. Los valores tutelados por dicha garantía son la vida, la propiedad, y la libertad; aspectos que se encuentran consagrados como garantías individuales.

En virtud de que el precepto alude que nadie puede ser privado de algo, interpretando a contrario sensu, se dirá que el sujeto puede ser privado de estos valores siempre y cuando la privación sea efectuada previo juicio, ante tribunales previamente establecidos, que cumplan con las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a leyes establecidas a la fecha del hecho.

c). Exacta Aplicación de la Ley en Materia Penal. Esta garantía inmersa en un precepto que alude a seguridad jurídica como un derecho público subjetivo, conforma una garantía de Legalidad tendiente a constreñir al órgano jurisdiccional para observar exclusivamente a la norma jurídica codificada al imponer una pena o sanción.

d). Garantía de Legalidad Jurisdiccional. Así mismo, esta constituye ser una garantía de legalidad que implica la aplicación literal de la ley civil, toda vez de que en la misma no existen lagunas, y en el caso que se suscitare algún problema al interpretarla, se atenderá al sentido literal de la misma ya sea atendiendo a la jurisprudencia o a los Principios Generales del Derecho.

Artículo 15.- En su parte segunda consagra una seguridad jurídica en función no solo del individuo, sino también para la propia constitución, al no ser permisiva en cuanto a convenios o tratados en los que se menoscaben los derechos y disposiciones establecidas en la misma.

El artículo 16 Constitucional, será objeto de completo estudio en el capítulo que precede.

Artículo 17.- En este precepto, el individuo encuentra una seguridad jurídica en el sentido de que a su disposición se encuentran los tribunales que impartan justicia, expedita y gratuita a fin de evitar que el propio gobernado se la administre por sí; quedando a cargo de los órganos gubernamentales el procurar a dichos tribunales independencia tanto en sus resoluciones como en la ejecución de las mismas. Asegura también su libertad al individuo en tratándose de deudas puras de carácter civil.

Artículo 18.- Establece los requisitos a observarse en el sistema penitenciario, tales como la prisión preventiva que debe tener verificativo en lugar diferente al en que se lleva a cabo la extinción de penas. Se habla de una educación y readaptación social, prevé la creación de instituciones dedicadas al tratamiento de los menores infractores así como el traslado de reos ya sea de los nacionales que se encuentren en el extranjero o de los extranjeros que se encuentren en el país.

Artículo 19.- Establece el plazo máximo en el que una persona pueda estar detenida ante la autoridad judicial, mismo en el que dicha autoridad puede y debe de dictar auto de formal prisión siendo éste de 72 horas. Ahora bien, establece que el procedimiento debe tener congruencia con lo señalado en el auto de formal prisión.

Al igual que el artículo dieciséis, el artículo 20, se estudiará en el próximo capítulo, por ser éste uno de los temas principales a desarrollar en el presente estudio.

Artículo 21.- Reconoce exclusiva facultad al poder judicial para la imposición de las penas derivadas de un delito, facultando al Ministerio Público para

la persecución de los delitos, poniendo a su disposición a la Policía Judicial, para quedar a la autoridad administrativa la atribución de castigar las infracciones cometidas a los reglamentos de policía y gobierno, consistiendo el castigo en una multa o arresto hasta por treinta y seis horas.

A partir del primero de enero de 1995, entra en vigencia la adición a este precepto de tres párrafos, siendo el primero de suma importancia, pues establece la posibilidad de recurrir las resoluciones emitidas por el Ministerio Público referentes al desistimiento y el no ejercicio de la acción penal, mediante vía jurisdiccional.

Con respecto a ello, se ha dicho que des esta manera se le quita el monopolio de la acción penal al Ministerio Público, en mi concepto no es así puesto que en primer término las resoluciones que el Ministerio Público emita deben tener sustento jurídico necesariamente como requisito de procedibilidad, y si para el individuo no bastare con esa fundamentación y motivación, entonces el Ministerio Público tendría la posibilidad de aportar los datos necesarios que le llevaron a resolver en esa forma, y en segundo término, no sería el juez quien en caso de considerar errónea la resolución del Ministerio Público ejercitara la acción penal sino la propia autoridad facultada y competente para ello, quedando así a arbitrio de éste la acción penal.

Las restantes dos fracciones adicionadas responden a mi juicio, a un reclamo social con vistas a la inseguridad pública que en nuestros días se vive, por ello se hace necesaria su inclusión dentro de lo que es una garantía individual, estableciendo las bases sobre las que se ha de desarrollar todo un plan de seguridad pública.

Artículo 23.- Da la seguridad al individuo de que en el caso de encontrarse sujeto a un proceso, éste tendrá únicamente tres instancias en las que

el individuo tenga la oportunidad primero de llevar a cabo todo un procedimiento, después si la sentencia dictada dentro del mismo no le es favorable podrá apelar y por último recurrir al amparo. De modo prohibitivo establece que el individuo podrá ser juzgado sólo una vez por delito, aseverando que la instancia se llevará hasta sus últimas consecuencias.

Habiendo analizado brevemente las garantías individuales, así como el Diario de los Debates en dos artículos específicos se concluye el presente capítulo, dando paso a lo que será el segundo.

CAPITULO II

ANALISIS DOGMATICO DE LOS ARTICULOS 16 Y 20 CONSTITUCIONALES.

1. ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

El presente artículo ha sido ya abordado en su estudio por lo que hace al espíritu y esencia impregnados en él por el constituyente de 1916-1917, según se ha observado en el capítulo anterior. Ahora es menester iniciar su estudio en cuanto a su contenido, puesto que es un precepto fundamentalmente utilizado en el quehacer jurídico cotidiano.

1.1. El Titular de las Garantías que Ampara.

Considerando que, el artículo 16 como tal, se encuentra ubicado en la parte dogmática de la Constitución abrazando en su haber una garantía de seguridad jurídica y no sólo ésta sino que además contiene complementariamente y de forma verdaderamente acertada la garantía de legalidad, las cuáles al igual que el resto de la parte dogmática de la Ley Fundamental van dirigidas a preservar la esfera jurídica del gobernado, se afirma que el titular de las garantías consignadas en el aludido precepto, lo es todo individuo o gobernado, esto es, todas y cada una de las personas que se encuentren en territorio mexicano, sean nacionales o extranjeros por su única condición humana.

1.2. El Acto de Autoridad y el Acto de Molestia.

Acto de Autoridad.

“Es aquél que realiza en cumplimiento de sus funciones y dentro de la esfera de sus atribuciones oficiales, un funcionario público revestido de autoridad.

Para los efectos del amparo, se considera autoridad responsable la que dicta u ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado. (art. 2 de la Ley de Amparo.)”²⁹

El Jurista Mexicano *Ignacio Burgoa* señala que el acto de autoridad “es todo acto que proviene de cualquier órgano del poder centralizado del Estado y que tiene como elementos característicos la unilateralidad, la imperatividad, y la coercitividad. A través de él se manifiesta el poder público estatal o poder de gobierno.”³⁰

Interpretando en propias palabras el acto de autoridad consiste en la manifestación de voluntad de una autoridad competente que necesariamente inferirá en el ámbito jurídico del gobernado. Así existen dentro de las garantías individuales dos tipos de actos de autoridad que son el Acto de Privación y el Acto de Molestia, que a continuación se definirán.

1) Acto de Privación.

“La privación es un concepto que equivale a despojo, desposesión, menoscabo o merma de algún bien o derecho del gobernado. Entraña la molestia más grave que puede inferir un acto de autoridad, la validez de todo acto de privación está sujeta al cumplimiento de las exigencias o condiciones que integran

²⁹ DE PINA, RAFAEL, Y RAFAEL DE PINA VARA. Diccionario de Derecho. 13ª. México. Porrúa. 1985.

³⁰ Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo. 3ª. México. Porrúa. 1992.

la garantía de audiencia instituida en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional.”³¹

La privación consiste en la pérdida detrimento o menoscabo, y en virtud de que ésta se trata dentro de las garantías individuales, por ende será de los derechos consubstanciales del gobernado. El acto de privación se encuentra previsto en el numeral 14 del ordenamiento en estudio párrafo segundo, mismo que marca las condiciones jurídicas (seguridades jurídicas) a cumplir, con el objeto de que la autoridad se encuentre en aptitud de emitir un acto de esta naturaleza.

2) Acto de Molestia.

El acto que a continuación será objeto de descripción es el que realmente interesa para efectos del estudio pretendido, toda vez que de aquí en adelante del mismo se partirá para enunciar a los actos de autoridad que encausan el ser del trabajo de tesis; el mismo se encuentra ubicado en el artículo 16 de la constitución en su párrafo primero, y refiere:

“Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.”

El término “molestia”, es de significado amplio, pues comprende todo incomodo, toda interrupción a la tranquilidad o al bienestar, físico y moral y por lo mismo no puede referirse sino a la contrariedad o al disgusto que se pudiesen causar con motivo de las medidas de coerción personal previstas en el artículo anteriormente transcrito.

³¹ BUROA, IGNACIO. Diccionario de Derecho Constitucional. Garantías y Amparo. 3ª. México. Porrúa. 1992.

"Molestia implica toda clase de perturbación o afectación. Por ende el acto de molestia es el acto de autoridad que cause cualquier agravio en la esfera del gobernado, afectándolo en alguno de sus derechos subjetivos o intereses jurídicos. La molestia equivale al agravio y éste admite grados de perturbación o afectación en detrimento del sujeto contra quien se dirija. Así el concepto de molestia en su sentido amplio engloba a la privación misma, y en su sentido restringido a cualquier afectación que no entraña privación alguna del bien o del derecho del gobernado. Los actos de molestia *lato sensu* están sujetos o sometidos a la garantía de audiencia y a la garantía de legalidad respectivamente consagradas en los artículos 14 y 16 de la constitución; en cambio los actos de molestia *estricto sensu*, que no denoten privación sólo deben subordinarse a la segunda de dichas garantías."³²

De lo anterior se desprende que constitucionalmente la molestia en un sentido amplio se traduce en cualquier intromisión que la autoridad efectúe en la esfera jurídica del gobernado ya sea que los efectos de dicha intromisión se traduzcan en privación, pérdida, detrimento, o menoscabo en los valores jurídicos del gobernado; y en un sentido estricto o restringido el acto de molestia puede tener su acepción en todos aquellos actos autoritarios que no constituyan una pérdida detrimento o menoscabo.

Redactado de la manera que se encuentra en su párrafo primero el precepto en análisis, consagra la garantía de legalidad y se proyecta poniendo a la persona a salvo de todo acto de mera afectación a su esfera de derecho que no solo sea arbitrario, es decir que no esté basado en norma legal alguna sino que sea contrario a cualquier precepto independientemente de la jerarquía u ordenamiento a que éste pertenezca.³³

Si bien es cierto que en un sentido estricto la molestia se limita a una afectación en el ámbito jurídico del gobernado que no constituya una pérdida,

³² *Ibid.*

³³ Cfr. **BURGOA, IGNACIO.** *Las Garantías...* Op. Cit. p. 589

detrimento o menoscabo en cuyo caso sólo se podrá para efectos del amparo fundamentar la molestia en el artículo 16 párrafo primero del Ordenamiento Supremo, también lo es que en un sentido amplio dentro del rubro de molestia podemos encuadrar actos de privación aludiendo al artículo 14 del mismo ordenamiento refiriendo una privación conjuntamente con el artículo en comento alegando una molestia.

En materia eminentemente penal el artículo en comento, en los diversos preceptos que enuncia, refiere los medios de coerción personal de que las autoridades tanto la investigadora como la judicial se han de valer a fin de lograr la aplicación plena de las leyes penales, o lo que es lo mismo a través de ellos buscan el descubrimiento de la verdad y consecuentemente la aplicación del derecho.³⁴

De esta manera en la práctica del derecho penal, la molestia es de significado amplísimo, pues comprende todo incomodo, toda interrupción a la tranquilidad o al bienestar físico y moral, y por lo mismo no puede referirse sino a la contrariedad o al disgusto que se puedan causar con motivo de las medidas de coerción personal de que el Ministerio Público y los jueces se puedan valer en la investigación y persecución de los delitos.

1.3. Requisitos de Procedibilidad del acto de molestia.

En el precepto en estudio, el constituyente estableció los requisitos que habrán de satisfacer los actos de autoridad a fin de que se muestren con validez constitucional, produciendo su contenido efectos lícitos. Dichos requisitos se encuentran dirigidos a todos los órganos del Estado, siendo los siguientes:

- a. Mandamiento Escrito
- b. Autoridad Competente

³⁴Cfr. **PEREZ PALMA, RAFAEL**. *Fundamentos Constitucionales del Derecho Penal*. Cárdenas Editor. México. 1974. p. 163.

- c. Fundado
- d. Motivado
- e. Explicación de la Causa Legal del Procedimiento.

Requisitos estos que en particular encierran reglas específicas como se vera a continuación, con el objeto de llegar a alcanzar el fin perseguido por el constituyente y por consiguiente la estricta aplicabilidad de la Constitución.

a. Mandamiento Escrito.

De acuerdo con lo expresado por *Luis Bazdresch*, el mandamiento escrito es una orden concreta dada por escrito, con la firma de quien la expide³⁵

No obstante lo anterior, en mi criterio este mandamiento escrito debe reunir ciertos subrequisitos que específicamente son tres, requisitos estos sin los que evidentemente dicho mandamiento u orden carecerá de toda legalidad:

1. La forma. “En términos constitucionales la voluntad de los órganos del Estado adquiere la calidad de acto de autoridad siempre y cuando se consagre por escrito”.³⁶ A contrario sensu, cualquier orden emitida por una autoridad que no sea consagrada por escrito, será cualquier otra cosa menos un acto de autoridad.

Ahora bien, para los efectos de este precepto, la orden o mandamiento consignado por escrito, deberá provenir del superior jerárquico hacia la autoridad que habrá de ejecutar la orden.

2. Firma Auténtica. Con la finalidad de que el mandamiento consignado por escrito tenga validez jurídica, deberá contener la firma auténtica del funcionario

³⁵ Cfr. Garantías Constitucionales. Curso introductorio actualizado. 3ª. México, Trillas. 1988. p. 88

³⁶ **MANCILLA OVANDO JORGE ALBERTO**. Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal. 4ª. México, Porrúa. 1992. p. 56

público que lo expide, pues la firma da autenticidad al acto. Esto lo reafirma Mancilla Ovando al decir que si el acto de autoridad consta por escrito, pero sin la firma de la autoridad que deberá signarlo carecerá de validez constitucional, no obligando su contenido a los particulares.³⁷

3. Comunicación al Particular del Mandamiento. Una vez emitida la manifestación de voluntad de la autoridad y firmado que sea por ésta, deberá darse a conocer o ser comunicada al particular que habrá de resentir la molestia en alguno de los bienes jurídicos tutelados por el precepto en estudio. Dicha comunicación puede darse con anterioridad al acto de molestia o simultáneamente con la ejecución del mismo. Y así se establece en jurisprudencia:

"El artículo 16 de la Carta Magna, es terminante al exigir, para la validez de todo acto autoritario de molestia, que el mismo esté fundado y motivado, debiendo entenderse por fundamentación de la cita el precepto que le sirva de apoyo, y por motivación la manifestación de los razonamientos que llevaron a la autoridad a la conclusión de que el acto concreto de que se trate encuadra en la hipótesis prevista en dicho precepto. No basta, por consiguiente, con que exista en el Derecho positivo un precepto que pueda sustentar el acto de la autoridad, ni un motivo para que ésta actúe en consecuencia, sino que ***es indispensable que se hagan saber al afectado los fundamentos y motivos del procedimiento respectivo, ya que sólo así estará en aptitud de defenderse como estime pertinente.***"³⁸

Es de aclararse que la razón principal por la que el constituyente condicionó el acto de autoridad o mandamiento escrito al conocimiento del

³⁷ Cfr. **MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO.** . Op. Cit. p. 58

³⁸ Citada Por. **BURGOA, IGNACIO.** *Las Garantías* p. 609

governado fue el que éste tuviera conocimiento de las causas y motivos que le ocasionan la afectación o molestia, o bien sea que se de cuenta exacta de lo que se le atribuye.

Siendo así las cosas, resulta el requisito en comento de primordial importancia ya que le imprime al acto de molestia la legalidad requerida, cumpliendo de esta manera con una de las formalidades establecidas en el propio precepto.

Hay que destacar que de cumplir un acto de autoridad con estos tres requisitos se está en presencia de un acto de autoridad mediante mandamiento escrito que cumple totalmente con todos los requisitos constitucionales, el que podrá sin ningún problema surtir todos sus efectos legales.

Efectos del Mandamiento Escrito.

El fin perseguido por el constituyente de 1916-1917, llega a realizarse en el momento justo en el que el acto consignado por escrito es dado a conocer al gobernado, dando certeza jurídica al particular, ya que le brinda un medio de prueba que le permitirá acreditar la existencia del acto de autoridad en los términos en que le fue presentado y a través del documento que le contenga.³⁹

b. Autoridad Competente.

Sobre este punto los diferentes autores al referirse a la competencia hacen distinción entre la competencia de origen que es alusiva a la legitimidad de la autoridad, y la competencia Constitucional siendo a la que propiamente se refiere el precepto de la Ley Fundamental.

Jorge Alberto Mancilla Ovando refiere que la Competencia es la facultad que la ley brinda al poder público para satisfacer las necesidades sociales para las que fue creada.⁴⁰

³⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 59

⁴⁰ Cfr. *Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal*, 4ª. México, Porrúa. 1992. p. 59.

Al referir a la competencia, se habla de el conjunto de lineamientos establecidos por la constitución dirigidos a los tres poderes constituidos, esto es al Ejecutivo, Legislativo y Judicial, los cuales señalan las actividades a realizar de unos y otros.

Es viable destacar que el constituyente de 1916-1917 a efecto de que no se cometieran injusticias, anticipó el que la autoridad que consignase un acto de molestia debería ser competente estableciendo en el propio ordenamiento fundamental la competencia a cada órgano de Estado en los preceptos correspondientes, como ejemplo se puede citar el artículo 21 que delimita perfectamente las atribuciones por una parte de la autoridad judicial y por otra las del Ministerio Público por lo que a materia penal corresponde.

En este sentido el mismo precepto obliga a la autoridad a fundamentar en el mandamiento escrito su competencia y tan es así que la propia Suprema Corte lo confirma:

“COMPETENCIA, FUNDAMENTACIÓN DE LA. El artículo”
 “16 constitucional establece, en su primera parte, lo siguiente: Nadie”
 “puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles, o”
 “posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad”
 “competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. El”
 “artículo 14 de la propia constitución perpetua, en su segundo”
 “párrafo que: Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad de”
 “sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio”
 “seguido ante los tribunales previamente establecidos, en que se”
 “cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme”
 “a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Ahora bien,”
 “haciendo una interpretación conjunta y armónica de las”

“garantías individuales de legalidad y seguridad jurídica que”
 “consagran los preceptos transcritos, en lo conducente, se advierte”
 “que los actos de molestia y privación requieren, para ser legales,”
 “entre otros requisitos, e imprescindiblemente, que sean emitidos”
 “por autoridad competente, y cumpliéndose las formalidades”
 “esenciales que les den eficacia jurídica, lo que significa que todo”
 “acto de autoridad necesariamente debe emitirse por quien para ello”
 “esté legitimado, expresándose, como parte de las formalidades”
 “esenciales, el carácter con que la autoridad respectiva lo suscribe y”
 “el dispositivo acuerdo o decreto que le otorgue tal legitimación,”
 “pues, de lo contrario, se dejaría al afectado en estado de”
 “indefensión, ya que al no conocer el apoyo que faculta a la”
 “autoridad para emitir el acto, ni el carácter con que lo emite, es”
 “evidente que no se le otorga la oportunidad de examinar si la”
 “actuación de ésta se encuentra o no dentro de el ámbito”
 “competencial respectivo, y si éste es o no conforme a la ley, para”
 “que, en su caso, esté en aptitud de alegar, además de la ilegalidad”
 “del acto, la del apoyo en que se funde la autoridad para emitirlo en”
 “el carácter con que lo haga, pues bien puede acontecer que su”
 “actuación no se adecue exactamente a la norma, acuerdo o decreto”
 “que invoque, o que estos se hallen en contradicción con la ley”
 “secundaria o con la ley fundamental.”⁴¹

C. Acto de Autoridad Fundado.

La fundamentación es un elemento esencial en todo acto de autoridad ya sea éste de privación o de molestia, amén de que aunque se cumplieron todos los

⁴¹ Amparo Directo. 3321/81. Bebidas Purificadas de Cupatitzio, S. A. 18 de febrero de 1982. Unanimidad de 4 votos.

requisitos conducentes a emitir dicho acto, no existiendo la fundamentación, el acto no sería válido y por consiguiente se vería afectado de inconstitucionalidad. Esto es, si el acto de autoridad existiera sin fundamentación daría lugar a que la autoridad estuviese en facultad de expedirlos a capricho sin dar lugar al gobernado para poder atacarlos.

Doctrinariamente la fundamentación del acto de autoridad se ha definido de las siguientes formas:

"La fundamentación consiste en que los actos que den origen a la molestia de que habla el artículo 16 deben basarse en una disposición normativa general, es decir, que ésta prevea una situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad, que exista una ley que lo autorice."⁴²

"Fundar es la exigencia constitucional que obliga al titular del órgano del Estado a señalar en su mandamiento el artículo de la legislación que establece su esfera de competencia y la facultad de consagrar derechos en favor de los particulares o de exigir el cumplimiento de las obligaciones que les correspondan."⁴³

De lo anterior se infiere que la fundamentación tiene como objeto el que la autoridad precise en el mandamiento escrito los preceptos legales que le dan pauta para realizar el acto de autoridad, así como las facultades expresas que le han sido concedidas para ello. Así la fundamentación se traduce en la justificación de *jure* que se realiza del acto de autoridad.

Un acto de autoridad, bien sea en el caso que se expone de molestia, beneficiado con la fundamentación necesariamente produce efectos de derecho, tales como la seguridad jurídica que brinda al gobernado la oportunidad de conocer la ley que contiene las facultades de la autoridad que emite tal acto de molestia, así

⁴² BURGOA, IGNACIO. *Las Garantías*.... p 604

⁴³ MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO. *Op. Cit.* p 66

como la necesidad de desentrañar la procedencia o validez del acto de acuerdo a los preceptos legales manifestados en el mandamiento.

Consecuentemente, la fundamentación expresa en su máximo alcance la garantía de legalidad consagrada en beneficio del gobernado por la constitución. En este sentido Ignacio Burgoa expresa que tratándose de leyes la fundamentación debe de considerarse de superlegalidad, esto es, de carácter constitucional, puesto que todo ordenamiento normativo secundario que prevea actos de molestia en perjuicio de los gobernados debe basarse en la constitución o no contrariarla.⁴⁴

Ahora bien, en relación a la fundamentación, de criterios jurisprudenciales se desprende que:

1.- Lo que exige el artículo 16 constitucional es que la autoridad cite la ley y los preceptos en que se apoyen, pues se pretende una justificación legal de sus proveídos de tal manera que dejen en claro que no son arbitrarios.

2.- La fundamentación no debe remitirse a la invocación global de un código o de un cuerpo de disposiciones legales, sino que deben citarse específicamente los artículos que sirvan de apoyo, o valga la redundancia, de fundamento al acto de molestia.

d. Acto de molestia motivado.

En una definición simple se puede decir que la motivación consiste en asentar todos aquellos hechos que originan el acto de autoridad, mismos que corresponden a la conducta realizada por el gobernado.

Jorge Alberto Mancilla Ovando, establece que "motivar consiste en el razonamiento contenido en el texto del acto de autoridad, donde se señala porqué los presupuestos normativos se adecuan al acto material donde se aplica la ley."⁴⁵

⁴⁴ Cfr. Diccionario de Derecho Constitucional y Garantías Individuales, Op. Cit.

⁴⁵ Op. Cit. p. 67

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la nación ha establecido su propio criterio en cuanto a la motivación:

“MOTIVACION, CONCEPTO DE LA. La motivación exigida”
 “por el artículo 16 constitucional consiste en el razonamiento,”
 “contenido en el texto mismo del acto autoritario de molestia, según”
 “el cual quien lo emitió llegó a la conclusión de que el acto concreto”
 “al cual se dirige se ajusta exactamente a las prevenciones de”
 “determinados preceptos legales. Es decir, motivar un acto, es”
 “externar las condiciones relativas a las circunstancias de hecho que”
 “se formuló la autoridad para establecer la adecuación del caso”
 “concreto a la hipótesis legal”⁴⁶

Interpretando las concepciones doctrinarias tanto del autor con antelación citado, así como de *Luis Bazdresch* e *Ignacio Burgoa* se tiene, que la motivación se manifiesta claramente cuando el caso respecto del cual se pretende realizar el acto de molestia corresponde en cuanto a hechos, circunstancias y modalidades a la hipótesis legal que ha servido de sustento para dicho acto.

Es de advertirse que la motivación como parte de la garantía de legalidad que es, constituye una obligación impuesta por la constitución a la autoridad, misma que cumplirá justificando el acto de autoridad en base a razonamientos lógico jurídicos, demostrando así la aplicación de la norma al caso en concreto.

La motivación, al igual que los requisitos estudiados con antelación, que deben concurrir para emitir el acto de autoridad, debe consignarse en el mandamiento escrito con visión a producir el efecto de seguridad jurídica pretendido

⁴⁶ Citado Por. *MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO*. Op. Cit. p. 67

en el espíritu que el constituyente imprimió, que se manifiesta en el momento que es dado a conocer dicho mandamiento al gobernado afectado en su esfera jurídica por la molestia que lleva aparejada, pues de esta manera le resultará factible producir su defensa.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se manifiesta en este mismo sentido de conformidad con lo señalado en la siguiente jurisprudencia de la que retomaremos solo una parte.

“AUTORIDADES, CAUSA LEGAL DE LOS ACTOS DE”

“LAS. De conformidad con el artículo 16 de la Constitución Federal,”
 “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio,”
 “papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la”
 “autoridad competente, que funde y motive la causa legal del”
 “procedimiento, por lo que es evidente, en atención a esta”
 “disposición constitucional, que las autoridades están obligadas a”
 “expresar en sus resoluciones, las razones y motivos que tengan”
 “para dictarla en determinado sentido, dándoselos a conocer al”
 “interesado, efecto de que esté en aptitud de hacer valer sus”
 “defensas, ya que, de lo contrario, se le infieren molestias”
 “infundadas e inmotivadas, y, consecuentemente, se viola, en su”
 “perjuicio, la garantía constitucional señalada.”⁴⁷

Con referencia a la motivación es pertinente señalar que la ley otorga a la autoridad cierta facultad discrecional, consistente en el poder de apreciación con respecto de un caso concreto a fin de adecuarla a la norma jurídica

⁴⁷ Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación. 5ª Época. Tomo XLI. p. 719. Torres Vda. de Jurado Guadalupe. 24 de mayo de 1934.

correspondiente; no obstante, esta facultad debe ser aplicada concretamente pues no prevé la posibilidad para alterar las circunstancias al intentar encuadrarla a la hipótesis normativa, ya que de hacerlo así, vulneraría necesariamente la garantía constitucional por lo que hace a la legalidad.⁴⁸

Más bien, se considera que esta facultad discrecional consiste en la opción o libertad que cada órgano tiene para interpretar el sentido y alcance del precepto, así como el significado de determinados vocablos usados en el texto del supuesto normativo.

De lo anterior establecido, en cuanto a fundamentación y motivación, se desprende que la obligación de fundar y motivar son concomitantes, pues la una es consecuencia de la otra, o sea, expresado en diferentes palabras, ambos requisitos se complementan, ya que la una sin la otra daría consecuencia a que el acto de autoridad fuese obscuro y por consiguiente inconstitucional por falta de dichos requisitos, violándose además la garantía de audiencia por no respetar las formalidades esenciales del procedimiento. Robustece este criterio la siguiente jurisprudencia:

“Las autoridades administrativas están obligadas conforme a los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal, a fundar y motivar sus actos, citando las disposiciones legales aplicables al caso y las razones de su aplicabilidad, a efecto de que los interesados puedan formular adecuadamente sus defensas,; pues no basta con que citen alguna razón, máxime si ésta es inexacta o inadecuada, y cuando no lo hacen así, infringen las garantías que otorgan dichos artículos.”⁴⁹

e. Causa Legal del Procedimiento.

La causa legal del procedimiento se satisface con la expresión de todos y cada uno de los requisitos del acto de autoridad debiendo estar consignados en el

⁴⁸ Cfr. BURGOA IGNACIO, Las Garantías... Op. Cit., p 605.

⁴⁹ Citado por *ibid.* p. 609.

mandamiento escrito los cuales se reducen a la motivación, fundamentación y uno más que se proyecta como una consecuencia indispensable de dicho mandamiento tal como la formalidad de darlo a conocer al afectado, pues es a partir de estos requisitos que se conocerá indubitablemente la procedencia de jure y de facto que dan origen a la molestia. Al respecto la Suprema Corte de Justicia Señala:

"El artículo 16 de la Constitución Federal, exige que en todo acto de autoridad se funde y motive la causa legal del procedimiento. Para cumplir con este mandamiento deben satisfacerse dos clases de requisitos, unos de forma y otros de fondo. El elemento formal queda surtido cuando en el acuerdo, orden o resolución se citan las disposiciones legales que se consideran aplicables al caso y se expresan los motivos que precedieron su emisión. Para integrar el segundo elemento, es necesario que los motivos invocados sean reales y ciertos y que, conforme a los preceptos invocados sean bastantes para provocar el acto de autoridad."⁵⁰

Concretizando, se debe decir que la causa legal del procedimiento refiere que las autoridades se atengan a la ley en sus actuaciones que de cualquier modo estén encaminadas a provocar una afectación en la persona o en sus derechos. Ensalzando así el principio procesal de congruencia puesto que debe haber indudablemente para la existencia de la causa legal del procedimiento una relación causal y lógica, o bien sea, una vinculación entre el hecho o hechos que motivan el actuar de la autoridad y lo que dice la norma jurídica, en la que pretende sustentarse el acto de molestia.

⁵⁰ BURGOA, IGNACIO. Las Garantías... Op. Citp. 611.

1.4. Los Bienes Jurídicos Tutelados por el artículo 16 de la Ley Fundamental.

Cuando se hace alusión al vocablo "elemento jurídicos tutelados por el artículo 16 de la Constitución", se está haciendo referencia a los bienes o valores que incuestionablemente son el objetivo principal de custodia o salvaguarda del precepto, mismos que han quedado enunciados literalmente en la esencia del propia artículo constitucional como la persona, la familia, el domicilio, los papeles y las posesiones. Por lo tanto constituyen el punto susceptible del gobernado sobre el cual ha de recaer la molestia como acto de autoridad, siendo necesario para efectos del estudio que me ocupa, observarlos en particular.

a. La Persona.

El Diccionario de Derecho señala que la persona es "el ser físico (hombre o mujer), o ente moral (pluralidad de personas legalmente articulado) capaz de derechos y obligaciones.

En el tecnicismo jurídico los sujetos de derecho reciben el nombre de personas. Las personas son los únicos posibles sujetos del derecho. Persona es el ser de existencia física o legal capaz de derechos y obligaciones

Existen dos clases de personas, la individual y la colectiva (llamada moral en el derecho mexicano). Persona individual es el ser físico (hombre o mujer); persona moral cualquier entidad que el ser humano constituya con sujeción al derecho, para realización de fines que excedan las posibilidades de acción individual o que alcanzan mejor cumplimiento mediante ella."⁵¹

Nuestro Código Civil vigente aplicable en materia de fuero común para el Distrito Federal y para toda la República en materia de fuero Federal, partiendo del

⁵¹ DE PINA, RAFAEL, Y RAFAEL DE PINA VARA. Diccionario de Derecho. 13ª. México. Porrúa. 1985.

artículo noveno de la Ley Fundamental, prevé tanto a personas físicas como a personas morales, así en su numeral 22 establece que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte, advirtiendo que desde el momento en el que el individuo es concebido entra bajo la protección de la ley. Por lo que hace a las personas morales, el numeral 23 del ordenamiento en comento señala cuáles han de ser consideradas como tales, misma que deberán tener una razón o denominación social la que se determinara conforme a la actividad que habrá de desarrollar, desempeñándose de acuerdo a las facultades jurídicas a las que se encuentren constreñidas.

Al respecto del vocablo persona, *Ignacio Burgoa* señala que desde el punto de vista jurídico dicho concepto se establece en atención a la capacidad imputable al individuo consistente en adquirir derechos y obligaciones, y continúa diciendo que al emitir un acto de molestia la autoridad restringirá a la persona física esa capacidad de adquirir derechos y obligaciones inherentes a su personalidad, y en cuanto a la persona moral impedirá o disminuirá sus facultades impidiendo el ejercicio de su actividad social.⁵²

No obstante lo anterior, y en concatenación con lo ya expuesto es oportuno decir que lo que el artículo constitucional en estudio protege es no sólo la persona dotada de capacidad de ejercicio * sino que, atendiendo a la definición de garantía individual como un conjunto de derechos inalienables e imprescriptibles que le pertenecen a la persona por su condición de ser humano sin tomar en cuenta su raza, sexo, nacionalidad, condición social o económica, color, edad, ideología política o religiosa; protege precisa e indudablemente al ser humano en cuanto a su condición biológica, física y social, siendo esto como ya se vio extendido a los atributos jurídicos que como persona de *jure* se le imputan.

⁵² Cfr. *Las Garantías* ... Op. Cit. p. 592.

* Para que la persona se encuentre dotada de capacidad de ejercicio; existen dos requisitos esenciales, uno en cuanto a la persona física que es el ser mayor de edad, esto es tener más de dieciocho años en adelante y, dos para la persona moral constituirse como tal jurídicamente.

b. La Familia.

"La familia es el grupo humano primario, natural e irreductible, que se forma por la unión de pareja hombre - mujer."⁵³

"Agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco. Conjunto de los parientes que viven en un solo lugar."⁵⁴

Jurídicamente la familia la constituyen las personas unidas por las de matrimonio, concubinato, o parentesco, de estas relaciones surgen derechos y obligaciones para las personas que la conforman, no obstante ello en algún momento pueden verse afectados en sus derechos familiares mismos que se encuentran tutelados constitucionalmente por el numeral 16 de la citada Ley Fundamental y que es objeto del presente estudio.

Al instituir el artículo 16 Constitucional a la familia como valor jurídico, protege de acuerdo a los autores los derechos familiares del individuo, o bien sea, a los derechos de familia otorgados individualmente a cada uno de sus integrantes, como lo puede ser su estado civil o condición dentro de la familia.

c. El Domicilio.

El domicilio constituye ser uno de los atributos de la persona, el diccionario de la Lengua de la Real Academia Española define al domicilio así:

"Morada fija y permanente. Lugar en el que legalmente se considera a una persona para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos. Casa en que uno habita o se hospeda."⁵⁵

"Von Thur, dice que el domicilio es el lugar en el que una persona constituye el centro de su vida. Es ordinariamente de libre elección (domicilium

⁵³ MONTERO DUHALT, SARA. Derecho de Familia. 3ª. México. Porrúa. 1987. p.2.

⁵⁴ DE PINA, RAFAEL Y RAFAEL DE PINA VARA. Op. Cit.

⁵⁵ Citado por. DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE ALFREDO. Derecho Civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez. 2ª. México. Porrúa. 1990. p. 236

voluntarium), se funda por la residencia permanente y se pierde al abandonar el lugar con propósito definitivo."⁵⁶

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, establece en sus artículos 29 y 33 el domicilio de las personas físicas y morales respectivamente:

"Artículo 29. El domicilio de las personas físicas, es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios, en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y; en su defecto, el lugar donde se encontraren."

Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses.

"Artículo 33.- Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración."

Ambos domicilios son necesariamente tomados en cuenta para efectos de tutela, o lo que es lo mismo son valores protegidos por el artículo 16 constitucional.

La palabra domicilio en nuestro sistema jurídico ha sido ampliada en forma genérica, pues en ella se ha pretendido ubicar al domicilio como residencia del individuo, al domicilio legal (para efectos de cumplimiento de las obligaciones), y al domicilio convencional; lo que ha dado motivo para que los tratadistas en materia civil realicen diferentes clasificaciones del mismo.

Para fines de la garantía individual se interpreta que la palabra domicilio indudablemente corresponde a al hogar, casa o habitación particular donde el individuo convive con su familia, siendo calificado éste por el derecho civil como el lugar de residencia o domicilio real; así puede ser objeto de afectación por medio de un acto de molestia, recayendo por ende esta molestia sobre bienes u objetos ubicados dentro del domicilio.

⁵⁶ Citado por .Ibid. p. 233

Se dice que exclusivamente para aquéllos casos en los que a la persona física no pueda reputársele como domicilio una casa en el extremo de que no la tenga, podrá tomársele como domicilio su oficina o despacho

En este orden de ideas si se llegara a afectar el lugar de trabajo de un individuo o persona por un acto de autoridad, dicha afectación constituiría evidentemente una molestia pero no bajo el valor tutelado como domicilio en virtud de que exclusivamente para los efectos de tutela de la garantía individual el domicilio se reconoce como el lugar de residencia de la persona, no así de trabajo; bien sea, que si el individuo sufre afectación alguna en el lugar de trabajo los objetos afectados serían aquéllos instrumentos con los cuales se desempeña, por consiguiente la molestia incurriría en el valor "posesiones".

Es dable hacer hincapié que del análisis del Diario de Los Debates en el correspondiente capítulo I, se desprende que el domicilio para el ser humano desde tiempos inmemorables ha sido protegido con miras a intocable, en virtud de que resulta ser el lugar o espacio en el cual el individuo o persona se desarrolla psicofísicamente constituyéndose en un campo de acción libre y privado, caso por el que no es permitida injerencia alguna proveniente de agentes externos a él. Es por ello por lo que el constituyente de 1916-1917, no adoptó el precepto hasta no haber consagrado literalmente la inviolabilidad del domicilio.

d. Los Papeles.

En el ámbito jurídico se puede decir que papel es todo documento en el que se plasma un hecho o acto jurídico, o bien sea el conocimiento humano.

"Bajo la denominación de papeles a que se refiere el artículo 16 constitucional se comprenden todos los documentos de una persona, es decir, todas las constancias escritas de algún hecho o acto jurídico, o bien sea del conocimiento humano."⁵⁷

⁵⁷ BURGOA, IGNACIO. *Las Garantías*.... Op. Cit. p. 595

El precepto en cuestión busca salvaguardar tanto el medio entendido como papel que sirve para expresar todo tipo de ideas así como las mismas ideas, pues, en su conjunto el papel y la idea plasmada en él resultan ser de suma importancia para su dueño o persona que las posee y es de suponerse que si los conserva bajo su custodia y cuidado es por que espera no le sean arrebatados por persona o autoridad alguna. Por estas mismas razones la constitución ha establecido los casos y las condiciones en las que se deben efectuar los cateos a efecto de que no se lleven a cabo con fines malsanos como podría ser el comprometer a la persona penalmente.

e. Las Posesiones.

Al hablar de las "posesiones" es necesario remitirse a la propiedad de la que indudablemente deriva la posesión. El artículo 830 del Código Civil vigente para el Distrito Federal señala que "El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes".

Como se puede ver el anterior concepto no nos aporta un concepto de lo que es la propiedad, no obstante ello teóricamente se dice que la propiedad es "el poder jurídico (derecho real) que su titular ejerce directa e inmediatamente sobre una cosa y con exclusión de terceros que le permite su aprovechamiento total en sentido jurídico porque puede usarla, disfrutar y disponer de ella sin más limitaciones y modalidades que las establecidas por la ley."⁵⁸

Por lo tanto el uso, goce y disposición de una cosa constituyen los elementos integrantes de la propiedad siendo dichos elementos los que conforme al Código Civil, los que conforman la propiedad originaria. Ahora bien, la propiedad como se ha conceptualizado puede ser desmembrada para constituir lo que se llama

⁵⁸ DOMINGUEZ MATINEZ, JORGE ALFREDO. Op. Cit. p. 348

propiedad derivada o "posesión", así el artículo 790 del Código Civil vigente para el Distrito Federal refiere que "Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un poder de hecho el que goza de él."

Artículo 791.- Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario a otro una cosa, entendiéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. El que la posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro una posesión derivada."

Así se dice que es poseedor en principio quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa o goza de un derecho, no tiene ese carácter quien detenta la cosa porque otra persona se lo haya encargado u ordenado; no obstante esto último, el propietario que sin tener físicamente la cosa, la haya entregado a otro en comodato, arrendamiento, usufructo u otra situación análoga, es también poseedor con una posesión originaria; quien lo tiene físicamente también es poseedor solo que a título derivado.

En extracto de lo anteriormente citado tenemos que:

- 1.- La propiedad equivale a un poder de derecho que comprende el uso goce y disposición del bien o cosa, aún y cuando no se tenga su uso o goce.
- 2.- La posesión es un poder de hecho sobre la cosa que supone únicamente el uso y disfrute de la misma.

Ahora, trasladando los conceptos vertidos al ámbito de las garantías

individuales, la posesión resulta ser un bien jurídico a salvaguardar de cualquier acto de autoridad ya sea que se haya obtenido ésta de manera originaria o derivada, pues como quiera que sea forma parte del patrimonio de una persona, y para el caso de que la autoridad quisiera afectar a la esfera jurídica del gobernado en cuanto a sus posesiones deberá necesaria e indispensablemente observar los requisitos establecidos para ello ya sea en el artículo 14 o 16 ambos de la Ley mexicana Fundamental.

1.5. La Figura Jurídica del Cateo.

Por lo general los autores han coincidido en señalar que el cateo es un registro o inspección de lugares que no se encuentran abiertos al público. La figura jurídica del cateo se desprende de la garantía de inviolabilidad del domicilio que al parecer tiene su origen en los pueblos antiguos.

Ya en Grecia, en donde se observaba la práctica de que si alguna persona era objeto de persecución por parte de las autoridades y lograba refugiarse en su propio domicilio no debía ser sacado de él por la fuerza, porque se consideraba que en esas condiciones se encontraba protegido por los dioses.⁵⁹

En Inglaterra a partir de la promulgación de la Carta Magna, se entendió que la casa de cualquier hombre era su castillo por más humilde que fuera, esto es, estando los siervos sometidos a los terratenientes, éstos tendrían sus casas tan cerradas como un castillo, sin que en ella pudiesen penetrar en ellas algún extraño, así fuere el propio rey.⁶⁰

⁵⁹ Cfr. GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. El Procedimiento Penal Mexicano. México. Porrúa. 1975. p. 190

⁶⁰ Cfr. GONZALEZ BLANCO, ALBERTO.. Op. Cit. p. 190

En México desde la Constitución de 1857 se manifiesta el espíritu protector para con el domicilio, estableciendo desde esa fecha en el artículo 16 su impenetrabilidad; idea ésta que se ha dejado intacta tal cual en la Ley Fundamental actual.

Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio,

....”

La razón de tal protección al domicilio parece aún mayormente explicable en la doctrina de *Escriche*:

“La casa es el asilo inviolable del ciudadano y de su familia, es el velo que cubre aquellos actos que fuera de ella no deben salir ni publicarse, es el muro que segrega a las familias de otras familias y de la ciudad, y está con respecto a ellas en la misma relación que una población con respecto a otras poblaciones y una nación con respecto a las demás naciones. Nadie tiene derecho para quebrantar ese muro, para penetrar a ese recinto sagrado; para descorrer ese velo que la ley misma debe respetar.”⁶¹

“El cateo es una forma de coerción, que más que afectar a la persona, afecta al domicilio, pues consiste en la busca que se haga en la casa habitación del inculcado, o en otro lugar cerrado, de personas o de cosas relacionadas con la comisión de algún delito.”⁶²

Actualmente y a nivel Internacional, existe con referencia a la inviolabilidad del domicilio las siguientes disposiciones:

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 12.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a

⁶¹ Citado Por. **ACERO, JULIO.** *Procedimiento Penal.* 7ª. Puebla, Puebla, México, Edit. Cajica. 1976. p. 105

⁶² **GARCIA RAMIREZ, SERGIO.** *Proceso Penal y Derechos Humanos.* México. UNAM - Porrúa. 1992. p 93

su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre:

“**Artículo 9.-** Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio.”

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

“**Artículo 17.-** Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o su reputación.

“Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”⁶³

Ahora bien, el cateo en si, consiste en una limitante impuesta por la constitución a la inviolabilidad del domicilio, con el propósito de que los delitos no puedan quedar impunes.

Concepto. “Cateo es el registro o inspección de lugares con el objeto de descubrir ciertos objetos para evidenciar determinadas circunstancias, de aprehender a algún sujeto o de tomar posesión de un bien.”⁶⁴

“Se entiende por cateo el reconocimiento ministerial o judicial que se hace en un domicilio particular o en otro inmueble que no tenga acceso al público para aprehender a una persona o buscar objetos.”⁶⁵

De el anterior concepto vertido se desprende que los cateos pueden ser realizados ya sea por la autoridad ministerial o por la autoridad judicial.

⁶³ NAVARRETE . M. TARCISIO. Et. Al. Los Derechos Humanos. 2°. México. Edit. Diana. 1992. p. 123

⁶⁴ BURGOA, IGNACIO. Las Garantías. . . . Op. Cit. p.626

⁶⁵ OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO. Ensayos Penales. 2°. México. Porrúa. 1993. p. 132

"Cateo Ministerial. Reconocimiento realizado por el Ministerio Público de un domicilio que no esté abierto al público, previa orden expedida por la autoridad judicial correspondiente.

Cateo Judicial. Se lleva a cabo por el órgano jurisdiccional ya sea una vez dentro de la Averiguación Previa o dentro del Proceso."⁶⁶

Casualmente en la práctica rara vez se lleva a cabo un cateo por la autoridad judicial pues realmente el cateo hasta nuestros días ha sido una institución jurídica explotada por el Ministerio Público. Cabe destacar que el cateo debe llevarse a cabo constituyéndose físicamente la autoridad en el domicilio autorizado.

1.6. Autoridad Competente para expedir la orden de cateo, requisitos y objeto.

El artículo 16 objeto del presente estudio, en párrafo octavo ha instituido la figura jurídica del cateo, mismo que para efectuarse requiere necesariamente de la existencia de una orden.

"Artículo 16.- Párrafo Octavo: En toda orden de cateo que solo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluir la un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia."

⁶⁶ Cfr. OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO. Op. Cit. p. 132.

El vocablo orden, es conceptuado por el diccionario de derecho como "el mandato intimado del superior al inferior para que ejecute la comisión."⁶⁷

Siguiendo el criterio de la Ley Fundamental, tenemos que la autoridad judicial es la facultada para expedir la orden de cateo, que en el ámbito federal será el Juez de Distrito y conforme a lo establecido por el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, podrá expedirla el juez de lo común si por las circunstancias del lugar no existiere el Federal.

Ahora bien. la mencionada orden de cateo debe, al igual que todo acto de molestia reunir ciertos requisitos para poder ser válidamente expedida, éstos se encuentran enunciados por el encabezado del precepto en análisis, y otros más establecidos por el propio párrafo octavo del mismo.

1. Orden de cateo por escrito de autoridad competente, firmada, fundando y motivando la causa legal del procedimiento.
2. Expresión del lugar que ha de inspeccionarse.
3. Señalamiento de objetos o personas buscadas.
4. Levantar acta circunstanciada en presencia de dos testigos al término de la diligencia.

Así mismo, el cateo persigue un objetivo, siendo en atención a lo señalado por el artículo 61 y 69 del Código Federal de Procedimientos Penales, el descubrir los bienes u objetos relacionados con el ilícito materia de investigación, los que habrán de asegurarse, así también se pretende la localización de personas y en su caso la aprehensión de las mismas.

⁶⁷ DE PINA, RAFAEL. Y RAFAEL DE PINA VARA. Op. Cit.

1.7. Autoridades que pueden practicar un cateo.

Retomando lo expresado en el punto referente al concepto de cateo e interpretando el artículo 62 del Código Federal de Procedimientos Penales, cabe la posibilidad de que el mismo sea realizado por la autoridad judicial, caso que de ninguna manera resulta ser obstáculo para que el mismo sea ejecutado por el Ministerio Público, como se ha venido realizando en la práctica.

Sobre el particular, *César Augusto Osorio y Nieto*, coincide en lo anterior, pues señala que la propia Constitución demarca la participación de las autoridades en el cateo, pues otorga facultad expresa para ordenar un cateo a la autoridad judicial y en la parte referente a la firma de los testigos señala que éstos deberán ser propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa *por la autoridad que practique la diligencia*, lo que hace suponer que si bien es cierto que el juez ordena la practica de la diligencia de cateo, dicha orden va dirigida a autoridad distinta de él, cosa que se reafirma en el concepto que se ha dado ya del vocablo orden.

De acuerdo a lo anterior es pertinente mencionar que a tendiendo a una perspectiva personal, constitucionalmente existe la concurrencia de dos autoridades en todo diferentes en la figura jurídica del cateo, luego entonces y a fin de determinar la participación de dichas autoridades se deben distinguir a mi juicio tres momentos:

1.- La petición realizada por el Ministerio Público al órgano jurisdiccional de la orden de cateo.

2.- Obsequio de la orden de cateo por el juez.

3.- Práctica de la diligencia de cateo.

Momentos estos que a continuación he de abordar:

1.- La petición realizada por el Ministerio Público Federal al Órgano Jurisdiccional de la Orden de Cateo.

Al Ministerio Público, con base al artículo 21 de la Constitución, le compete la investigación y persecución de los delitos, luego entonces; es la autoridad que en un principio tiene conocimiento de la comisión de un delito, ya que es el representante social al que cualquiera persona puede acudir para ponerle en conocimiento la probable comisión de un ilícito. En tales circunstancias y de acuerdo a lo establecido por el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 113, deberá tal autoridad dar inicio a una investigación o Averiguación Previa y dentro de ella realizar todas las diligencias conducentes a la investigación y comprobación del delito; y cuando de dicha investigación se haga necesaria la practica de un cateo para la comprobación del hecho o los hechos que se investigan, deberá acudir ante el órgano jurisdiccional a efecto de que éste la expida y autorice. Esto es, de conformidad con el artículo 61 del ordenamiento arriba citado, el Ministerio Público acudirá ante el juez solicitando orden de cateo, en dicha petición el Ministerio Público señalará los indicios que le hagan suponer la probable comisión de un delito y en ocasiones señalará el sujeto probable responsable del mismo con miras a que la orden de cateo lleve aparejada orden de aprehensión. A fin de cumplimentar el mandato constitucional vertido en el artículo 16 en párrafo octavo, el Ministerio Público deberá en su petición indicar exactamente que lugar pretende inspeccionar, y la persona o personas que tratará de aprehender.

Cabe destacar que, al referirse al punto que se está tratando, algunos autores como *César Augusto Osorio y Nieto*, *Sergio García Ramírez*, entre otros, consideran necesario ejercitar acción penal por parte del Ministerio Público con el objeto de realizar el pedimento de la orden de cateo; no obstante ello otros autores no lo refieren así, tal es el caso de *Marco Antonio Díaz de León*, que al interpretar el artículo 61 de la Ley Procedimental Penal, señala que "Como se ve de la redacción

no se requiere del ejercicio de la acción Penal para que el Ministerio Público solicite el cateo, pues basta que lo solicite fundadamente al órgano jurisdiccional.⁶⁸

El criterio que se pretende plasmar en el presente estudio, coincide en mucho con el que se ha citado con antelación, pues hay que destacar que lo que se persigue en la Averiguación Previa con la realización de un cateo es llegar a reunir los elementos necesarios que conduzcan a la comprobación del delito y una vez obtenidos que sean ejercitar la acción penal, por ende, no se considera viable el ejercitar la acción penal para la obtención del mandamiento de cateo, puesto que apenas se encuentra el Ministerio Público en la etapa de investigación en la que se considera al cateo como una de las diligencias necesarias en ciertos casos, para reunir todos los elementos necesarios a fin de poder ejercitar la acción penal; esto es, en esta etapa tal vez ni siquiera han concurrido todos los elementos necesarios a ejercitar satisfactoriamente la acción penal, por lo que resultaría ocioso y por demás en vano el intentar ejercitarla.

2.- Expedición de la Orden de Cateo.

Una vez valorados que han sido por el juez los datos aportados por el Ministerio Público, se otorgará la orden de cateo con fundamento en el artículo 16 de la Ley Fundamental mexicana, los artículos 61 al 70 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como todos aquellos preceptos que sirvan para asentar la competencia de la autoridad que expide la orden; adecuando el razonamiento que resultó del estudio de los datos que le fueron aportados al juez a los preceptos tanto legales como constitucionales arriba anotados.

En dicha orden se deberá expresar la dirección exacta del lugar objeto del cateo que podrá ser desde el domicilio que sirva de casa habitación al gobernado hasta las oficinas de los poderes federales estatales, los objetos que se buscan, y

⁶⁸ Código Federal de Procedimientos Penales. 2ª. México. Porrúa. 1989. p. 60.

dado el caso el nombre o nombres de las personas que hayan de ser aprehendidas. Así mismo, el mandamiento deberá señalar que autoridad realizará la diligencia del cateo, la cual como ya se ha dicho generalmente es realizada por el Ministerio Público, en compañía de la Policía judicial que estará a su mando y en ocasiones del actuario del juzgado que expidió el mandamiento, otro elemento necesario que ya ha sido abordado en el presente capítulo lo es la firma autógrafa de la autoridad judicial quién expide la orden de cateo, la que indispensablemente debe aparecer en el mandamiento escrito a fin de que el mismo tenga plena validez.

Es preciso decir que para la práctica de un cateo en la residencia o despacho de cualquiera de los Federales o de los Estados, el tribunal deberá recabar la autorización correspondiente.

Con todo lo anterior se da cumplimiento a las exigencias del artículo 16 de la Constitución, pues no hay que olvidar que se trata de una garantía individual tutelada por la constitución.

3.- Práctica del Cateo.

Una vez obsequiada la orden de cateo y autorizado que ha sido el Ministerio Público para su práctica, junto con la policía judicial a su mando deberá constituirse real y físicamente en el lugar que ha sido autorizado para inspeccionarse en las horas autorizadas para ello, que de acuerdo con el artículo 64 de la Ley Federal Procedimental, han de ser de las seis de la mañana a las seis de la tarde y, poner en conocimiento del dueño del lugar la orden que trae consigo así como su objeto, toda vez que es de suponerse que el dueño dentro de la casa, lugar u oficina es la autoridad suprema sin cuyo conocimiento nada debe de practicarse en ella por otra autoridad que ha de mostrarle su legitimidad para penetrar en su recinto.⁶⁹

⁶⁹ Cfr. ACERO, JULIO. Op. Cit. p. 106.

Parece ser que la aspiración del Constituyen de 1916-1917, en cuanto a que una orden escrita de autoridad competente debidamente fundada y motivada expresando la causa legítima del procedimiento, el gobernado se encontraría a salvo de arbitrariedades; no se ha cristalizado totalmente, pues aún en nuestros días se sigue recomendando que el gobernado dueño de la casa o lugar a catear se cerciore de que las personas que vayan a catear entren a cuerpo descubierto con la finalidad de evitar que puedan llevar ocultos los objetos que se buscan y luego hacerlos aparecer como encontrados en alguna parte de la casa.

En el caso de que el dueño de la casa o las personas que la habiten se encuentren dentro de ella y no respondiesen después de haber llamado a su puerta por tres o más veces con los intervalos correspondientes se podrán franquear las puertas para proceder a la diligencia, por otro lado si en la casa a catear no se encuentra nadie se estará la autoridad alerta para detener a cualquiera que se presentase a abrirla, no obstante ello si transcurriese mucho tiempo podrán franquear y abrir las puertas en la presencia de dos testigos vecinos del lugar que autoricen con su firma dicha diligencia.⁷⁰

En la diligencia del cateo deberán recogerse los instrumentos y objetos del delito haciendo inventario de los mismos, y si el inculpado se encuentra presente se le invitará a que los firme y estampe en ellos sus huellas digitales, si los objetos no son susceptibles de ello por su constitución podrá pegársele una tira de papel sellada en la juntura de los dos extremos para que el acusado proceda a firmarlos o a estampar sus huellas digitales, esto en materia penal se llama aseguramiento de bienes u objetos y tiene su regulación interna en cada dependencia del Ministerio Público.

De todo lo anterior actuado, en concordancia con la Constitución y el Código Federal de Procedimientos Penales, debe el Ministerio Público levantar acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar

⁷⁰ *Ibid.* p. 107

cateado ó en su ausencia o negativa por la autoridad que practique la diligencia, en este caso por el Ministerio Público.

La intención principal del constituyente al establecer lo anterior, fue el que los testigos propuestos por el ocupante del lugar objeto del cateo generalmente serían amigos del mismo, y en consecuencia si la autoridad llegara a cometer injusticias a actuare mal, los testigos no firmarían, asegurando de tal forma el que la autoridad procediere con rectitud.

En la actualidad se ve que éste propósito se ha desvirtuado, y hasta podrá atreverme a decir que en este sentido el constituyente o tuvo demasiada buena voluntad y fe, o actuó de manera ingenua pues el levantar el acta circunstanciada en presencia de los testigos más que como una obligación impuesta por la constitución se ha tomado como un truco, ya que la autoridad sabe que desde la perspectiva del gobernado afectado y principalmente de sus testigos, no creerán nunca que lo que se ha efectuado por parte de la autoridad es lo correcto sino que lo toman como una arbitrariedad aún y cuando se muestre la orden, por consiguiente se niegan a firmar el acta, ya que son conscientes de que si lo hacen perjudicarían a su amigo o conocido, de esta manera se da necesariamente el supuesto de "en su ausencia o negativa (del dueño del lugar objeto del cateo, para proponer sus testigos) por la autoridad que practique la diligencia" norma ésta que se prevé tanto en la Constitución como en la Legislación Procedimental Penal, caso en el que la autoridad ejecutora del cateo (Ministerio Público) propondrá los testigos cosa que resulta un truco peligroso en beneficio de la autoridad, y nugatorio a la realidad, pues los testigos propuestos son escogidos por lo general de la gente que acompaña a la autoridad ejecutora de la misma a la diligencia, perdiendo la misma entonces, la seguridad que pretendió el legislador.

En resumen se puede decir que en el cateo se presentan en tiempos distintos la intervención de dos autoridades diferentes, que a saber son; en un principio la autoridad ordenadora u órgano jurisdiccional otorgando mandamiento escrito que autoriza el cateo y posteriormente la autoridad ejecutora que como el mismo nombre lo expresa es la que realizará el cateo, siendo por lo general el Ministerio Público.

Hay que enfatizar que el Ministerio Público o la autoridad que practique el cateo por mandato Constitucional debe concretarse a la búsqueda del objeto motivo del mismo o a la aprehensión de la persona o personas ordenadas por el juez, sin que en ningún caso pueda extenderse la diligencia a otra clase de actos distintos no mandados en la orden respectiva. Así también a estas autoridades les está prohibido causar los habitantes de los lugares en los que se practique la diligencia molestias innecesarias debiendo respetar los derechos de posesión sobre los objetos que no sean materia del cateo.⁷¹ Se dice tanto por la ley como por los autores que en los casos en los que se llegaren a encontrar indicios relacionados con algún ilícito distinto del que está investigando y que causó el cateo, deberá abrirse otra investigación a parte.

So pena de cometer un delito previsto por el Código Penal en su numeral 285, así como violar la Ley Máxima de nuestra nación, la autoridad ejecutora debe observar en su conjunto las formalidades establecidas sean éstas legales o constitucionales.

1.8. El Valor Jurídico del Cateo.

Actualmente los Derechos Humanos han censurado los llamados cateos irregulares que son violaciones de la privacidad de los hogares y otros sitios de carácter privado y rara vez se persigue este delito y se castiga a los culpables del

⁷¹ Cfr. **PALLARES, EDUARDO**, Prontuario de Procedimientos Penales, 6ª. México. Porrúa. 1979. p. 58.

abuso. Es obvio que lo obtenido en un cateo se utilizará como prueba, ya al ejercitar la acción penal o dentro del procedimiento penal, no obstante ello y como respuesta a la condena, de los derechos humanos cuando no se cumplan todos los requisitos constitucionales y legales la diligencia carecerá de todo valor probatorio sin que sirva de excusa el consentimiento de los ocupantes del lugar.⁷²

2. EL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL EN SU FRACCION II.

Los valores del ser humano como tal, se han proyectado a lo largo de su existencia como altamente vulnerables, aún más así los que se han referido a su persona y a su libertad con tintes penales; cuando éste se hallaba privado o menoscabado en alguno de estos valores o en ambos por la acción de alguna autoridad, llevaba en cualquier ámbito las de perder, debido al poder inquisitorio que el derecho plasmaba, es por ello que surge la necesidad de establecer medios suficientes que salvaguardasen los derechos del individuo frente a las autoridades con lo que nacen esencialmente las garantías individuales que no son más que un reconocimiento de los derechos del hombre en un ordenamiento jurídico. Luego entonces, con ellas se trata de establecer un equilibrio entre la autoridad y el individuo cuando éste se halle privado o menoscabado en su vida o libertad.

Anteriormente se pensó que dichos derechos solamente deberían ser observados al inculpado una vez estando éste en juicio o proceso, olvidando de esta forma la etapa indagatoria previa al juicio, actualmente ya con las reformas de 1993, el panorama ha cambiado, no obstante no deja de quedar un punto suelto y de interpretación a mi parecer, insatisfactoria, mismo que a fin de concretar la aplicación de las garantías establecidas por el ordenamiento supremo habrá de deslindarse.

⁷²Cfr. GARCIA RAMIREZ, SERGIO. Proceso Penal y Derechos Humanos. México. UNAM - Porrúa. 1992. p. 99.

2.1. El Procedimiento Penal y las garantías dentro del proceso penal.

El artículo 20 Constitucional establece:

“En todo proceso de orden penal tendrá el inculcado las siguientes garantías:

Si bien es cierto que el citado precepto literalmente alude a garantías que deberán observarse en el proceso penal, siendo éste un periodo dentro del procedimiento penal, también lo es que, la misma literalidad menciona que esas garantías serán aplicadas al inculcado, acepción que más adelante se verá a quién y en qué momento se le denomina así; en tal virtud surge la interrogante de lo que arriba se ha señalado como interpretación insatisfactoria, y que consiste en saber si dichas garantías son sólo exclusivas del proceso penal o lo que se quiso decir fue procedimiento penal, abarcando en él a la Averiguación Previa, por tal motivo a continuación se conceptuarán tanto al Procedimiento Penal, Proceso Penal, como a la Averiguación Previa.

El maestro *Guillermo Colín Sánchez*, establece “el Derecho de Procedimientos Penales es el conjunto de normas que regulan los actos, las formas y formalidades que deben de observarse durante el procedimiento para hacer factible la aplicación del Derecho Penal Sustantivo.”⁷³

Manuel Rivera Silva, define al Procedimiento Penal como “el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tienen por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delito, para en su caso, aplicar la sanción correspondiente.”⁷⁴

“*Juan José González Bustamante*, manifiesta que el Procedimiento Penal es el conjunto de actividades y normas regidas por el Derecho Procesal Penal, que se inician desde que la autoridad pública interviene al tener conocimiento de que se

⁷³ Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 16°. México. Porrúa. 1997. p. 5.

⁷⁴ El Procedimiento Penal. 22°. México. Porrúa. 1993. p. 5.

ha cometido un delito y lo investiga, y se prolonga hasta el pronunciamiento de la sentencia."⁷⁵

Los anteriores autores con antelación citados coinciden en referir al Procedimiento Penal como un conjunto de actividades que persiguen un fin, son realizadas en diferentes momentos por distintas personas y por ende reconocen la existencia de etapas en el mismo.

El fin perseguido por el procedimiento penal es llegar a la exacta aplicación de las leyes penales en su conjunto; esto es, tanto de la ley sustantiva como de la ley adjetiva. Ahora bien, del Procedimiento Penal participan tanto el Ministerio Público como la autoridad jurisdiccional, la primera como autoridad investigadora y la segunda como la autoridad que tiene la facultad de decir el derecho. A todo esto existe una particular circunstancia, pues se observa que constitucionalmente la palabra procedimiento es utilizada para efectos de el acto de privación y el acto de molestia, en sus correspondientes apartados; lo que conlleva a la conclusión de que el constituyente se refirió al Procedimiento como un todo dirigido a diferentes materias abarcando diferentes actividades como por ejemplo las señaladas en materia penal por el artículo 21 de la Constitución Federal para el órgano jurisdiccional y el Ministerio Público, esta aseveración que se ha hecho, viene a confirmar el pensamiento de los doctrinarios al describir al procedimiento como un cúmulo de actividades.

La anterior idea se proyecta ya plenamente en el Código Federal de Procedimientos Penales al establecer en su artículo primero: "El presente Código comprende los siguientes procedimientos:" De esta manera la legislación procesal acepta estar conformada por un conjunto de actividades divididas por etapas.

Siguiendo el criterio establecido en el Código Federal de Procedimientos Penales, procede determinar las diferentes etapas que caracterizan al Procedimiento.

⁷⁵ Citado Por. *RIVERA SILVA, MANUEL. El Procedimiento Penal en México. 22ª. México, Porrúa. 1993. p. 14.*

I.- Etapa de Averiguación Previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal;

II.- El de preinstrucción en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar;

III.- El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad de éste;

IV.- El de primera instancia durante el cual el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el Tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva;

V.- El de segunda instancia ante el tribunal de apelación, en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos;

VI.- El de ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas;

VII.- Los relativos a imputables, a menores y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

Si en cualquiera de esos procedimientos algún menor o incapaz se ve relacionado con los hechos objeto de ellos, sea como tutor o partícipe, testigo, víctima u ofendido, o con cualquier otro carácter, el Ministerio Público o el tribunal respectivo suplirán la ausencia o deficiencia de razonamientos y fundamentos que conduzcan a proteger los derechos que legítimamente puedan corresponderles.

Ahora bien, las actividades o etapas establecidas por el Código Federal de Procedimientos Penales, son doctrinariamente clasificadas de la siguiente manera:

1.- Periodo de Preparación de la Acción Penal.- En esta etapa ubicamos a las actividades doctrinariamente denominadas parajurisdiccionales, en atención a que no son realizadas por ni ante el órgano jurisdiccional. Tiene inicio con la denuncia o querrela las cuáles persiguen hacer saber al órgano investigador la existencia de un delito para que éste se aboque a su indagación y termina al poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la probable responsabilidad de un individuo a través de la consignación. Ello abarca las fracciones I y II del artículo primero del Código Federal de Procedimientos Penales.

2.- Segundo Periodo. Preparación del Proceso. Principia la intervención del órgano jurisdiccional en el procedimiento penal, pues dicho periodo parte del auto de radicación del juez en el que da a conocer que es competente y en consecuencia tiene capacidad para decir el derecho; continúa tomando la declaración preparatoria del individuo y para el caso de reunir los elementos del tipo y comprobar su probable responsabilidad en el auto de plazo constitucional resolverá la situación jurídica del individuo que necesariamente a efecto de continuar el procedimiento y dar paso al proceso deberá ser mediante un auto de formal prisión o de sujeción a proceso con lo que finalizará éste periodo. Hay que destacar que este periodo del procedimiento penal es elemental pues constituye ser la base o columna vertebral del proceso por sustentarse el mismo en esta actividad. Refiere esta etapa a la fracción tercera del artículo primero de la ley Procedimental Penal.

3.- Tercer Periodo. Proceso.- De manera general se puede decir que comprende tres fases; la Instrucción en la que se aportan al juez los elementos que conducirán a la sentencia; la Discusión en la que las partes dan su punto de vista sobre el hechos que se trata de juzgar tratando de influir en el ánimo del juzgador; y por último el fallo o sentencia, que es el momento en el que el juez dicta el derecho en base al desarrollo del proceso, coincide esta etapa con lo enunciado por la fracción IV del Código Federal de Procedimientos Penales.⁷⁶

La mayoría de los autores coinciden en señalar que la ejecución de la sentencia queda fuera del procedimiento penal, por lo que me uno a dicha opinión no abarcando esta fase en la presente explicación.

De lo anterior anotado se puede observar que el procedimiento constituye un todo y en cambio el proceso solamente una parte de ese todo.

Luego entonces se desprende que la palabra proceso penal utilizada por el numeral 20 de la Constitución ha sido mal planteada por el legislador dado que es solo una etapa del procedimiento, y siendo este un artículo que garantiza el mínimo de derechos que corresponden al inculcado, por lógica deben operar en todo momento y no reducirse a una etapa. Por lo anterior, deberá establecerse el significado y alcance ahora de la palabra inculcado, igualmente utilizada por el precepto mencionado.

Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, en su obra *Diccionario Jurídico*, señalan que la palabra inculcado corresponde a la persona sobre la que pesa una inculpación.

Ahora bien, en nuestro país en diferentes etapas del Procedimiento Penal al individuo protagonista del mismo, a quien se le trata de imputar un determinado hecho suele denominársele de distintas formas, tan es así que durante la Averiguación Previa como en el periodo de Preparación del Proceso suele

⁷⁶ Cfr. *RIVERA SILVA, MANUEL*. Op. Cit. pp. 26 y 27.

llamársele indiciado (esto por que se dice que se le señala con el dedo índice), probable o presunto responsable así como inculpado.

A partir el auto de plazo constitucional, en el que se determina la sujeción a proceso o formal prisión, hasta antes de las conclusiones en la etapa de la discusión, se le denomina procesado, probable o presunto responsable e inculpado. En el momento en el que se presentan las conclusiones acusatorias por parte del Ministerio Público, se le denomina acusado, procesado o inculpado, y finalmente, en el momento en el que se dicta sentencia se le denomina acusado, sentenciado, procesado, e inculpado. Cabe señalar que en la ejecución de sentencia que ya no forma parte del procedimiento penal se le denomina reo o delincuente.

Así se puede observar que invariablemente en todo momento del procedimiento penal en el cuál se deben observar ciertos derechos al individuo, se le denomina "inculpado". Esto conduce a la conclusión de que el término proceso se encuentra mal utilizado en el artículo 20, pues las garantías otorgadas en dicho precepto al "inculpado", en atención a este último término deben ser observadas en todo momento del procedimiento penal.

Por todo lo anterior es de manifestarse que resulta falso suponer que las diez garantías establecidas por el artículo 20 de la Constitución de las que todo inculpado debe gozar durante todo el procedimiento penal han de operar exclusivamente ante el órgano jurisdiccional, siendo que el procedimiento penal es una unidad constante de tres etapas, para las que necesariamente deben operar las mencionadas garantías.

Ahora bien, es del conocimiento general que en 1993 se efectuó una reforma penal a la constitución, con la que cambió en sí la redacción del artículo 20 en su encabezado y en general se amplía la aplicación de las garantías en él consagradas a la Averiguación Previa en favor del inculpado prevención ésta contenida en la parte final del artículo y que viene a confirmar las anteriores consideraciones.

Así mismo y para el tema que ahora ocupa en concreto al presente trabajo, cambia también la fracción II del precepto en su redacción.

Anteriormente a la citada reforma el precepto en su encabezado determinaba:

“Artículo 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:”

Actualmente fue cambiado por la siguiente redacción:

“Artículo 20.- En todo proceso del orden penal tendrá el inculpado las siguientes garantías:”

Se observa que cambian las frases juicio de orden criminal por proceso del orden penal y se sustituye la palabra acusado por la de inculpado que, como ya se vio se encuentra dotada de mayor amplitud a lo largo del procedimiento, así *Sergio García Ramírez* señala que el cambio no resulta ser relevante.⁷⁷

Es de señalarse que en un criterio personal, esta reforma aunque incompleta es importante, pues da opción a interpretar desde un principio con el vocablo “inculpado”, que dichas garantías son susceptibles de aplicación a todo el procedimiento, ahora bien, se dice que dicha reforma se considera incompleta amén de que sería mejor técnica y jurídicamente el que apareciera en lugar de la palabra proceso la de procedimiento y con ello se habría evitado el subsane hecho al final del artículo ampliando la aplicación de las garantías a la etapa indagatoria.

Como ya se indicó, con la reforma se da nacimiento a dos últimos párrafos haciendo patente en el penúltimo la extensión de las garantías a la Averiguación Previa, quedando así:

“Artículo 20.- ...

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX, también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y

⁷⁷ Cfr. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano. 2ª. México. Porrúa. 1995. p. 54.

límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.”

“Ahora bien, la naturaleza de cada una de dichas garantías determinará quién o quienes son los obligados a respetarlas.”⁷⁸ Ello es muy acertado y así se señala en la propia Constitución luego entonces, tanto en la averiguación previa como ante el órgano jurisdiccional podrá solicitarse y otorgarse la libertad bajo caución, presentar testigos y ofrecer pruebas, dársele todos los datos al inculpado para su defensa y se le darán a conocer todos los derechos de que goza. Por lo que hace a la fracción II, señala que ésta no se encuentra sujeta a condición alguna, por lo que así escrito se debe entenderse que se observará en todo el procedimiento penal sin restricción alguna.

2.2. El Derecho Procesal del Individuo de no ser Obligado a Declarar.

Una vez que se ha establecido la aplicabilidad de las garantías contenidas por el artículo 20 de la Ley Suprema, es menester desarrollar el caso específico, esto es, la fracción segunda del precepto en comento, la cuál según lo antes explicado, ya se sabe tendrá aplicabilidad en todo el procedimiento penal.

Ya se dijo que al igual que el encabezado de ése precepto, la presente fracción fue objeto de variación y se puede decir que si ya de por sí anteriormente era fuertemente prohibitiva, actualmente resulta serlo más.

Artículo 20.- En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

⁷⁸ PEREZ PALMA, RAFAEL. Op. Cit. p.254.

II.- No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.”

a. La primera parte señala que “No podrá ser obligado a declarar.

“**Obligar.**- (Lat. ,obligare, * ob. y latín ligare, ligar.) Tr. Mover e impulsar o hacer cumplir una cosa; compeler, ligar.- Hacer fuerza en una cosa para conseguir un efecto.-.”⁷⁹

“**Declaración.**- Manifestación de saber, o no saber, hecha por cualquier persona hábil, interrogada por autoridad competente con ocasión de un proceso o de un expediente administrativo.”⁸⁰

De las dos anteriores definiciones se entiende que el inculpado puede abstenerse de realizar manifestación alguna con relación a los hechos que se le imputan, reportando ello una obligación para la autoridad que se encuentre frente a él, o aunque no lo esté, en un aspecto negativo pues no podrá ejercer fuerza alguna para obtener la declaración del sujeto.

En la exposición de motivos de esta reforma se dijo que “con ello se reafirma la obligación de las diversas autoridades de respetar los derechos humanos de aquéllas personas sujetas al procedimiento penal.”⁸¹

Al respecto *Sergio García Ramírez*, afirma que con dicha reforma “se reconoce y tutela el derecho al silencio” siendo este reconocimiento la razón fundamental de la norma.⁸²

⁷⁹ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO QUILLET. T.IV. 10ª. México. Edit. Cumbre. S.A. 1979.

⁸⁰ DE PINA, RAFAEL. Y RAFAEL DE PINA VARA. Op. Cit.

⁸¹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. El Nuevo Procedimiento . . . , p. 78.

⁸² Cfr. *ibid.* p. 79.

Por otra parte se ha dicho que al suprimir la frase de "en su contra" que anteriormente refería que el sujeto no podía declarar en su contra, y dejando únicamente ésta que dice que el inculpado no podrá ser obligado a declarar, el legislador ilimita el derecho del inculpado a guardar silencio y busca evitar la tonta excusa de que únicamente después de que el inculpado rindiere su declaración se podría saber si ésta era autoincriminatoria, obligándolo realmente con ello a declarar.⁸³

Esta reforma Constitucional como ya se ha expresado hace patentes las garantías de la Averiguación Previa, y tan es así que ello mismo ha sido establecido por el Código Federal de Procedimientos Penales:

Artículo 128.- Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente al Ministerio Público Federal se procederá de inmediato de la siguiente forma:

III.- Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, particularmente en la Averiguación Previa de los siguientes:

a) No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor."

Quando se dice en la definición de obligar que es hacer cumplir una cosa, atendiendo al precepto en comento en su parte primera se afirma que el querer hacer cumplir una cosa, o acción cualquiera tendiente a obtener la declaración del inculpado, está prohibido, siendo ello si se hace contra la constitución o lo que resulta ser lo mismo inconstitucional. En congruencia con esto se dice que "lo que la

⁸³ Cfr. **ZAMORA PIERCE, JESUS**. Garantías y Proceso Penal. 7ª. México. Porrúa. 1994. p. 188.

constitución prohíbe es obligar al inculpado”, es decir, compelerlo, forzarlo, imponerle cierta conducta por medios violentos o insidiosos, lo que sería en propias palabras se prohíbe por los medios mencionados arrancarle declaración alguna.⁸⁴

b. En su parte segunda la fracción II del artículo en comento señala: “Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura.”

En este sentido la palabra prohibición se manifiesta en un aspecto negativo del verbo hacer, esto es, implica un no hacer. en este caso y a contrario sensu si se hace se castigara ese hecho por la ley.

La **incomunicación** es la “situación de una persona privada de la libertad a la que se prohíbe toda relación con cualquiera otra, salvo que se trate de funcionario que por razón de su cargo deba comunicarse con ella.”⁸⁵

En el artículo 289 de la ley Penal Procesal para el Distrito Federal, queda incuestionablemente prohibida la incomunicación. Así mismo en el numeral 134, se establece que en los casos de detención de una persona se exceda de los plazos establecidos en el artículo 16 de la Constitución Federal , para ponerlo a disposición del juez, se presumirá que éste estuvo incomunicado, siendo por consiguiente nulas las declaraciones emitidas por el inculpado en ese tiempo. Así mismo el artículo 134 bis. estipula que el Ministerio Público evitará que el probable responsable sea incomunicado Por su parte la legislación de Procedimientos Penales Federal incluye la misma presunción de incomunicación que prevé el Código de Distrito en correlativo artículo 134.

“ La **incomunicación** es naturalmente la privación de comunicaciones o medios de relación entre el inculpado y otras personas”⁸⁶

⁸⁴ Cfr. GARCIA RAMIREZ, SERGIO. *El Nuevo Procedimiento* . . . Op. Cit. p. 80

⁸⁵ DE PINA, RAFAEL, Y RAFAEL DE PINA VARA. Op Cit.

⁸⁶ GARCIA RAMIREZ, SERGIO. *El Nuevo Procedimiento* . . . Op. Cit. p. 81

Al respecto, el autor mexicano *Sergio García Ramírez* afirma que con esta garantía se trata de evitar que el sujeto, con el pretexto de estar sometido a la averiguación previa o al proceso, se encuentre aislado de la sociedad.⁸⁷ Luego entonces se puede afirmar que, si en la Ley Suprema de la nación se prohíbe la incomunicación de un individuo en el procedimiento penal, y ésta se lleva a cabo, consistirá en una violación al mismo procedimiento; la inferencia anterior se confirma con lo expresado por la ley de amparo en el siguiente artículo.

Artículo 160.- En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso;

I. Cuando no se le haga saber el motivo del procedimiento o la causa de la acusación y el nombre de su acusador particular si lo hubiere;

XIV. Cuando la Sentencia se funde en la confesión del reo, si estuvo incomunicado antes de otorgarla, o si se obtuvo su declaración por medio de amenazas o de cualquiera otra coacción;"

Intimidación.- "Temor producido en una persona por medio de la amenaza de un daño moral o material más o menos grave que afecte a la misma, a sus familiares o a quienes no siéndolo se encuentren ligados a ella por cualquier vínculo efectivo."(sic)⁸⁸

Se ha interpretado por los doctrinarios que la intimidación es un fin de la tortura. Este concepto es nuevo en nuestra constitución toda vez de que anteriormente refería que quedaba prohibida toda incomunicación, así como cualquier medio tendiente a compeler al inculcado a declarar, así presentado el precepto era abundante, hoy es más específico, lo que tiene su razón de ser en que

⁸⁷ Cfr. *Ibid.* p. 81

⁸⁸ DE PINA, RAFAEL, Y RAFAEL DE PINA VARA. Op. Cit.

actualmente se han puesto en boga la protección de los Derechos Humanos en México.

“Torturas.- Métodos inhumanos utilizados por la policía u otros órganos de represión para obtener informaciones o la confesión del detenido. Los tormentos y torturas se utilizaron legalmente en la Edad Media y parte de la Edad Moderna. Hoy son ilegales y se les considera un delito vergonzoso del Estado por medio de sus agentes.”⁸⁹

La imperiosa necesidad en la persecución del delito, para descubrir a los responsables y a sus cómplices y de averiguar las circunstancias y motivos de la ejecución que no podían ser obtenidas sino a través del dicho de quienes tuvieran conocimiento de los hechos y particularmente de los sospechosos, llevó a la humanidad a la época del suplicio y de los suplicios, para obligar a confesar o a delatar. Antiguamente el tormento era una forma legal de escudriñar la verdad de los órganos de la justicia, así poco a poco y con el paso del tiempo se van perfeccionando los métodos de tormento para arrancar la verdad, hasta el grado de que en ciertos momentos el inculpado prefería confesar a seguir padeciendo el tormento, entonces se declara a la confesión como la reina de las pruebas. Ya para nuestra época las cosas cambian y la prueba de ello lo es el mandato constitucional que se estudia, pues consiste en la reacción de oposición del constituyente a los sistemas injustos y crueles para hacer confesar a un inculpado.

Actualmente la tortura se encuentra expresamente prohibida por ley de fecha 27 de diciembre de 1991, Ley Federal para prevenir y sancionar la Tortura.

“Artículo 1º.- La presente ley tiene por objeto la prevención y sanción de la tortura y se aplicará en todo el territorio nacional en Materia de Fuero Federal y en el Distrito Federal en Materia de Fuero Común. “

⁸⁹ GARRONE, JOSE ALBERTO. Diccionario Jurídico. Edit. Abeledo Perrot. T III. Buenos Aires, Argentina. 1987.

Artículo 3°.- Comete el delito de tortura el servidor público que con motivo de sus atribuciones inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

No se considerará como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, que sean inherentes o incidentales a éstas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad."

Artículo 8.- Ninguna confesión o información que haya sido obtenida mediante tortura podrá invocarse como prueba."

Las conductas que se han examinado además de ser prohibidas por la Constitución se encuentran tipificadas como delito en el Código Penal, en el artículo 225:

"Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:

I.- . . .

XII.- Obligar al inculpado a declarar, usando la incomunicación, intimidación o tortura."

c. La última parte de la fracción II del artículo 20 dice: La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.

La fracción en estudio, habla inicialmente de una declaración y finalmente

se culmina hablando de la confesión, esto tiene un porqué, ya se ha dicho que declarar es manifestar algo en relación al hecho que se le imputa al inculpaado negándolo o admitiéndolo, por su parte la confesión es el reconocimiento de la realidad, de la participación o no en un hecho o acto de consecuencias jurídicas desfavorables para el que la hace, además se debe añadir que la confesión invariablemente estará a cargo de la persona a quién se le imputa el hecho, en este caso el inculpaado.

Así se dice que la confesión tiene diferentes matices, como la judicial, extrajudicial, la simple que se obtiene de una declaración, etc., esto induce a pensar que lo primero es la declaración que sería un género de confesión, misma que, cuando se realiza la declaración por parte del inculpaado aceptando determinados hechos que se le imputan o la participación en ellos, la declaración deja de serlo para convertirse en confesión, lo que a su vez se manifiesta jurídicamente como un medio de prueba

Actualmente la confesión en materia penal ha dejado de ser la reina de las probanzas, ello se debe a las prácticas inquisidoras que hasta hace poco y me atrevería a decir que hasta los actuales tiempos se ha llevado a cabo con el objeto de obtener la confesión de un individuo, razón ésta por la que de manera jurídica se han establecido preceptos como el que se encuentra en estos momentos en análisis en el presente trabajo, aunado a la Ley Federal contra la Tortura.

Ahora bien, la confesión como medio de prueba se proyecta en forma estricta en la legislación Federal De Procedimientos Penales:

"Artículo 207.- La confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa sobre hechos

propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitirá con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: se admitirá en cualquier estado del procedimiento hasta antes de dictar sentencia irrevocable.”

La ley procesal rechaza siempre las pruebas contrarias al derecho o a la moral, y es obvio que lo es una declaración violenta contra las estipulaciones jurídicas de libertad, conciencia y espontaneidad del declarante. En este sentido es inadmisibles la confesión obtenida por la fuerza.⁹⁰

Esta última parte contiene otra innovación, ésta consiste en que hoy día, ya no es admisible cualquier confesión que no sea rendida exclusivamente ante el Ministerio Público u órgano jurisdiccional si el inculcado la rindió sin la asistencia de su defensor. Esto obedece a decir del dictamen de la cámara de Diputados “al querer establecer condiciones legales que garanticen los requisitos de libertad y conciencia del inculcado al rendir esta prueba.” La palabra asistir se puede entender como presencia, compañía o como asesoramiento jurídico.

Ahora bien, *Sergio García Ramírez* en su obra *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano*, sostiene que al establecer la fracción II del artículo 20 Constitucional la necesidad de que la confesión se rinda con la asistencia del defensor, no se busca que el inculcado sea asesorado legalmente, sino por el contrario, se quiere la seguridad de que la confesión se rinda sin presión, coacción o violencia, sino en forma libre y espontánea, pues al reunirse las tres primeras características el defensor podrá oponerse.⁹¹ Luego entonces, el término asistir se debe interpretar en un significado de acompañar o presenciar.

⁹⁰ Cfr. *GARCÍA RAMÍREZ SERGIO. El Nuevo Procedimiento...*. Opus. Cit. p. 107

⁹¹ Cfr. *ibid.* p. 108.

La Ley Federal contra la Tortura en su numeral 9 resalta y deja patente la prohibición y consecuencia de arrancar la confesión por los medios prohibidos:

“Artículo 9.- No tendrá valor probatorio alguno la confesión rendida ante una autoridad policiaca; ni la rendida ante el Ministerio Público o autoridad judicial, sin la presencia del defensor o persona de confianza del inculcado y, en su caso, del traductor.”

Protegida como es la confesión por las razones expuestas aquí y en la misma Ley Fundamental no debe pasarse por alto ni dicha razones y mucho menos aún por encima de nuestra Máxima Ley tratando de hacer legal la confesión del inculcado.

Para culminar es viable destacar que, con el objeto de que la confesión del inculcado tenga validez jurídica, deberá ser obtenida en concordancia con los lineamientos que se encuentran perfectamente delimitados en el artículo 20 de la Carta Magna, tales como el que el inculcado realice sus manifestaciones de manera voluntaria, es decir, sin intimidación, incomunicación o tortura.

CAPITULO III.

LA INTERVENCION TELEFONICA EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO.

1. La Intervención Telefónica en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos antes de la adición del 3 de julio de 1996.

De la Intervención a las comunicaciones telefónicas se escuchó hablar recientemente, por lo que relativamente se trata de un nuevo tema jurídico de estudio dado que actualmente ha sido contemplado por el sistema jurídico mexicano. El tema en sí en una perspectiva personal tiene sus raíces en la libertad que se da por la constitución desde 1917 a la circulación de la correspondencia, motivo por el que ha de abarcarse este tema a continuación.

1.1. La libertad de Circulación de Correspondencia como Garantía Individual.

Esta garantía actualmente se encuentra plasmada en el artículo 16 párrafo doce, anteriormente párrafo décimo, no obstante ello su contenido no ha variado y sigue como a continuación se establece:

"Artículo 16 .- . . .

La correspondencia que bajo cubierta circule por la estafetas estará libre de todo registro y su violación será penada por la ley".

Luis Bazdresch, señala que lo que tutela esta garantía es la libre comunicación de las ideas escritas mediante el uso del servicio postal.⁹²

“De conformidad con ésta garantía individual toda autoridad tiene la obligación negativa de no registrar, esto es, de no inspeccionar la correspondencia de cualquier individuo y por mayoría de razón, de no censurarla o prohibir su circulación”.⁹³

Desmembrando las palabras a las que alude el párrafo constitucional en cuestión se tiene lo siguiente:

El Diccionario Enciclopédico Quillet en su tomo III, define a la correspondencia como el conjunto de cartas que se reciben o se expiden.

Correspondencia. “Son las cartas o comunicaciones manuscritas o mecanografiadas por cualquier medio, en cualquier idioma y aún en clave que una persona envía a otra, dentro de la misma población o a otra distinta, dentro o fuera de la República sea cual sea el asunto de que se trate.”

Ahora bien, de acuerdo al anteriormente citado diccionario enciclopédico en mismo tomo la *cubierta* es el sobre de cartas y papeles. Y según el criterio del ya multicitado autor *Luis Bazdresch* la cubierta es la envoltura de cualquiera clase que envuelve la correspondencia y que es necesario abrir, despegar o romper, para extraer su contenido y poder leerlo.

La *Estafeta*, es la casa u oficina de correos donde se entregan las cartas que se envían y se recogen las que vienen de otros pueblos o países, o en otras palabras es el servicio de correos, las oficinas y los medios de conducción de la correspondencia.

⁹² *BAZDRESCH, LUIS.* Op. Cit. p. 137.

⁹³ *BURGOA, IGNACIO. Las Garantías.* ... Op. Cit. p. 410.

En una definición personal y atendiendo a los elementos ya definidos, se puede decir que la correspondencia es el intercambio a través del servicio postal, de comunicaciones escritas y protegidas con sobre cerrado. De esta manera se advierte que lo que se pretende al establecer este presupuesto normativo en el presente párrafo es tutelar la privacidad o exclusividad de las comunicaciones que pro correspondencia se efectúen a un destinatario en particular poniendo a salvaguarda de cualquiera intromisión las mismas y aún más hasta antes de julio de 1996 no habiendo disposición alguna que tutelase la inviolabilidad de los demás tipos de comunicaciones, ésta disposición en una interpretación extensiva podría salvaguardarlas en un sentido negativo para la autoridad, esto es, en un no hacer, un no interferir.

Se ha dicho por los doctrinarios que el presupuesto normativo contenido en la constitución bajo el rubro de inviolabilidad de correspondencia ha sido desaprovechado pues faltaría otorgar constitucionalmente el derecho a órganos jurisdiccionales de abrir la correspondencia dirigida a los inculcados y restarle valor probatorio a ello cuando no se hiciere en su presencia puesto que se le estaría privando del derecho a emitir su defensa.

Sobre el particular, me adhiero a este criterio, no obstante ello, se trató de subsanar esta omisión en el Código Federal de Procedimientos Penales en su título sexto capítulo VIII, referente a las pruebas, permitiendo abrir la correspondencia del inculcado cuando ello sirviere como prueba.

“Artículo 273.- Cuando el Ministerio Público estime que pueden encontrarse pruebas del delito que motiva la instrucción en la correspondencia que se dirija al inculcado, pedirá al tribunal y éste ordenará que dicha correspondencia se recoja.”

Artículo 274.- La correspondencia recogida se abrirá por el juez en presencia de su secretario, del Ministerio Público y del inculpado si estuviere en el lugar.

“En seguida el juez leerá para sí la correspondencia, si no tuviere relación con el hecho que se averigua, la devolverá al inculpado o a una persona de su familia si aquél no estuviere presente; si tuviere relación le comunicará su contenido y le mandará agregar al expediente.”

No obstante lo anterior no se deja patente la obligación de abrir la correspondencia en presencia del inculpado, sino que se prevé que puede estar presente pero no que debe estarlo y por lo tanto se le priva de tener amplia defensa y por si fuera poco se le otorga valor probatorio a esta práctica tan arriesgada para el inculpado, toda vez que se está violando la privacidad psicofísica del individuo. Así las cosas me arriesgo a pensar que dicho supuesto normativo es inconstitucional ya que nada de ello se dice en la constitución dejando a la deriva el derecho que tiene el individuo a la privacidad, dando aún mayor lugar a confirmar lo expresado.

Ahora bien, el párrafo del precepto constitucional al que se está haciendo alusión, refiere que la violación del mismo será penado por la ley, luego entonces, se refiere a una ley especial que castigará la intromisión en dichas comunicaciones escritas, como lo es la Ley de Vías Generales de Comunicación, de la que a continuación se hará mención de los preceptos punitivos.

Artículo 576.- Se aplicará de un mes a un año de prisión o multa de cincuenta a , mil pesos al que indebidamente abra, destruya o substraiga alguna pieza de correspondencia cerrada confiada al correo.”

Artículo 577.- Si el delito al que se refiere el artículo anterior fuere cometido por algún funcionario o empleado del correo, la pena será de dos meses a dos años de prisión y multa de cien a mil pesos, quedando, además destituido de su cargo.”

Como se puede observar de lo anterior, las sanciones establecidas se refieren únicamente al momento en el que la correspondencia es abierta estando bajo la custodia del servicio postal como lo establece la propia Constitución.

2. La Intervención de las Comunicaciones Escritas como delito en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero común, y para toda la República en materia de Fuero Federal.

En el Código Penal encontramos disposiciones relativas al tipo penal de violación de correspondencia, que sale fuera del contexto tutelador de la Garantía Individual, a diferencia de ésta, el delito contenido en el ordenamiento señalado ocurre fuera de las oficinas de correos, y está, más bien, dirigido a los particulares. Es así que en el artículo 173 del ordenamiento en comento se dispone:

Artículo 173.- Se aplicarán de tres a ciento ochenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad:

I.- Al que abra indebidamente una comunicación escrita que no esté dirigida a él, y

II.- Al que indebidamente intercepte una comunicación escrita que no esté dirigida a él, aunque la conserve cerrada y no se imponga de su contenido.”

Ahora bien, "por correspondencia se debe entender para los efectos penales, toda comunicación escrita de naturaleza privada, enviada por un particular a aun particular, por un particular a una dependencia oficial, por una dependencia oficial a un particular o por una dependencia oficial a otra de la misma índole tenga o no carácter confidencial; por tanto, no todo escrito o impreso debe ser considerado como correspondencia para los efectos meramente penales, ya que los libros, folletos, periódicos, revistas, etcétera, no pueden ser objeto material de ese delito."⁹⁴

Por lo que hace a la fracción I del citado artículo se está hablando de una conducta dolosa intencional, pues al abrir una persona un documento que no va dirigido a ella, lo hace "a sabiendas" de que eses acto es indebido y además con el ánimo (intención, dolo) de conocer o enterarse de su contenido ya sea por sí o por otra persona.

Es pues la palabra indebidamente el elemento normativo del tipo penal que describe el carácter antijurídico de la conducta.

Por lo que hace a la segunda fracción, también existe el elemento normativo del tipo que es precisamente la palabra indebidamente aunada a la de interceptar, se dice que para integrar el delito basta con la acción de interceptar la correspondencia. En éste caso la palabra interceptar es de entenderse en el sentido de impedir que algo llegue a su destino, o que llegue fuera de tiempo debido a la acción humana.

Este acto al igual que el descrito en la fracción primera del artículo en análisis es eminentemente de carácter doloso, pues en él concurre el que cualquiera persona que lleve a cabo ésta conducta sabe del carácter indebido de la misma y la cuestión está en que aún sabiéndolo la realiza presentándose de esta manera el calificativo de dolo en la conducta del individuo.⁹⁵ Por último es de

⁹⁴ PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Y GILBERTO VARGAS LOPEZ. Derecho Penal Mexicano. México, Porrúa, 1981, p.142.

⁹⁵ Cfr. *Ibid.* Op. Cit. pp. 142-144.

asentar que en general la inviolabilidad de correspondencia implica el reconocimiento de una personal intimidad de los hombres en la que nadie tiene derecho a penetrar, sino es con el expreso consentimiento de quien lo manifiesta y protege tanto al que la envía como al que lo recibe.

2.1. El artículo 167 del Código Penal fracción IX, en relación con la Intervención Telefónica.

En México con el paso del tiempo se han establecido en las leyes penales federales disposiciones normativas sancionadoras tendientes a proteger el desarrollo de toda clase de vías generales de comunicación. En el Código Penal específicamente en el Título Quinto, se prevén los delitos en materia de Vías de Comunicación y Correspondencia, y en su capítulo I regula los ataques a la Vías de Comunicación y Violación de Correspondencia.

Así específicamente y hasta antes de 1996, se estableció en el artículo 167 fracción IX, del citado ordenamiento en mención, el delito de violación a las vías telefónicas de la siguiente manera:

“Artículo 167.- Se impondrá de uno a cinco años de prisión y multa de quinientos a cincuenta mil pesos:

IX.- Al que dolosa e indebidamente intervenga la comunicación telefónica de terceras personas.”

De lo anterior tenemos que en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal

establece en su artículo 8º "que las acciones u omisiones delictivas sólo pueden realizarse dolosa o culposamente".

En el numeral 9º, el mismo ordenamiento establece que "Obra culposamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley". Por otra parte la palabra indebidamente tiene la acepción en un ámbito cultural de "Sin deberse hacer", "indebido", lo que conducirá jurídicamente y en el derecho penal a la comisión de un ilícito.

Ahora bien, el tipo penal en análisis es de los tipos comúnmente denominados como anormales dado que en él concurren los tres elementos del tipo como lo son el subjetivo, el normativo y el objetivo. Luego entonces, descrito así éste tipo penal desemboca en un delito eminentemente doloso dada la intensión del sujeto, siendo precisamente la intensión de éste que es calificada como dolosa la que llega a conformar el elemento subjetivo del tipo penal; el elemento normativo se advierte con la palabra indebidamente que ya se vio que cultural y jurídicamente corresponde a lo que no se debe hacer o habiéndolo hecho es ilícito., por último el elemento objetivo del tipo penal se encuentra establecido por la acción constitutiva del delito, que es precisamente el intervenir las comunicaciones telefónicas de terceras personas.

La palabra **intervención** jurídica y culturalmente equivale a interceptar que significa "(der. Culto de *interceptus*, e.f. **inter* y *capere*, *intercipere*; sustraer). Tr. Apoderarse de una cosa antes de que llegue al lugar o a la persona que se destinó.- Interrumpir, destruir una vía de comunicación."⁹⁶

⁹⁶ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO QUILLET. T.IV. 10ª. México. Edit. Cumbre. S.A. 1979.

Luego entonces el delito de comunicaciones telefónicas se traduce en el ánimo doloso del sujeto que conociendo el resultado del mismo lo aceptó y quiso, con la finalidad de que llevando a cabo la acción constitutiva del delito materializada en la intervención, pudiese apoderarse del contenido de la misma, o bien sea, tomar conocimiento de ésta; concurriendo con ello al carácter indebido que representa la acción.

Es así que éste delito constituye verdaderamente un ataque a las Vías de Comunicación, pues impide el desarrollo normal de un servicio de comunicación, lesionando dos bienes jurídicos, por una parte "el interés social" en cuanto a la seguridad que puedan y deban tener la Vías de Comunicación, en el caso específico la vía telefónica; y por la otra el "proteger la integridad de las comunicaciones de cada persona".

3. La Intervención Telefónica en la Ley de Vías Generales de Comunicación antes del 3 de julio de 1996.

Ya se ha visto en anteriores páginas que, al hablar de ésta ley se está haciendo alusión a una Ley Especial como lo es la Ley de Vías Generales de Comunicación, misma que en su artículo primero y con relación al tema que aquí ocupa, establece lo siguiente:

“ Artículo 1.- Son Vías Generales de Comunicación:

“IX.- Las líneas telefónicas instaladas y que se instalen dentro de la zona fronteriza de cien kilómetros o de la faja de cincuenta kilómetros a lo largo de las costas, así como las que estén situadas dentro de los límites de un Estado, siempre que conecten con la redes de otro Estado o con las líneas generales de concesión

federal o de países extranjeros, o bien cuando sean auxiliares de otras vías generales de comunicación, o de explotación industriales, agrícolas, mineras, comerciales, etc., que operen con permiso, contrato o concesión de la federación;"

Así mismo en su artículo 394, establece que:

"Artículo 394.- El servicio telefónico solamente podrá hacerse en forma de conferencias o conversaciones directas. Queda prohibido por consiguiente, usarlo para el servicio de telefonemas, despachos, escritos, . . ."

Luego entonces el teléfono es un medio de comunicación directa en la que solamente intervienen dos personas y típicamente esta comunicación tiene un contenido privado. Ahora bien, ésta ley sanciona las conductas que atenten contra las comunicaciones por ella establecidas.

"Artículo 571.- Se castigará con la pena que señala el Código Penal para el delito de revelación de secretos al que indebidamente y en perjuicio de otro, intercepte, divulgue, revele o aproveche los mensajes noticias o información que escuche y que no estén destinados a él o al público en general."

Al parecer, mediante esta disposición se tutela todo tipo de comunicaciones, toda vez que tiene alcances más amplios, así en el tipo de comunicación y en la forma de intromisión o en la violación a las mismas. No obstante ello, en lo particular creo que el párrafo transcrito se refiere a las comunicaciones de tipo telefónico, pues aunque no son las únicas que pueden ser interceptadas sí son las únicas que son susceptibles de escucharse sin estar dirigidas al público en general, claro (sin perjuicio de las que se efectúan de forma oral entre personas, lo cuál sería difícil que se diera pues éstas se cuidarían de ser escuchadas).

Tanto el Código Penal como la Ley de Vías Generales de Comunicación presentan un marco jurídico prohibitivo en cuanto a la intervención de las comunicaciones telefónicas, reconociendo de tal forma la privacidad de la que gozan, tanto a particulares como a las autoridades en el entendido de que de llevarse a cabo esta conducta, se calificará como dolosa e indebida; sin encontrar en nuestro sistema jurídico hasta ese momento disposición alguna que las permitiera.

De esta manera, y en colaboración con lo establecido por el artículo 16 constitucional, los citados ordenamientos tratan de evitar cualquier molestia en la esfera jurídica del gobernado, ensalzando así la esencia de respeto a la vida privada que llevan implícitos dichos ordenamientos.

4. Adición del 3 de julio de 1996 al artículo 16 Constitucional.

Anteriormente a la adición efectuada en el artículo 16 de la Ley Suprema Estatal, se emite una tesis jurisprudencial que asimila el cateo con una intervención telefónica y que consiste en lo siguiente:

“Es verdad que si de autos aparece que la Policía Judicial”
“grabó unas conversaciones telefónicas relacionadas con los”
“acusados, pero no aparece antes que se haya recabado una orden”
“judicial para ello, ni que pericialmente se haya determinado que las”
“voces eran de las personas a que se atribuyen esas cintas carecen”
“de valor probatorio en juicio, el artículo 16 constitucional”

“señala que sólo la autoridad judicial podrá expedir órdenes de
“cateo, en las que se indicará el lugar que ha de inspeccionarse y los”
“objetos que se buscan, a lo que ha de limitarse la diligencia, es de”
“notarse que ese precepto fue aprobado en el año de 1917,”
“cuando no eran previsibles para el constituyente los avances”
“técnicos de la electrónica, que permiten realizar, en perjuicio”
“de los particulares, actos tan nocivos como los que previeron”
“en 1917, y de naturaleza substancialmente semejante. Por lo”
“demás, las garantías individuales protegen, o garantizan”
“ciertos derechos de los individuos, que se consideran de la”
“más alta importancia para que se pueda decir que se vive en”
“libertad, con dignidad y no en un Estado policiaco. Sería una”
“interpretación mezquina de la constitución la que ignorase los”
“avances de la técnica para permitir la violación de esos”
“derechos, en rigor, el espíritu de la garantía protege a”
“personas, a sus propiedades y privacidad, y no sólo lugares y”
“objetos tangibles, en un sentido material y estrecho. La”
“garantía de los cateos no sólo rige los objetos materiales y”
“tangibles, sino que alcanza a la toma, mediante grabación o”
“escucha, de aseveraciones verbales que un individuo hace con la”

"confianza de que está actuando con derecho a su privacidad, y el
"acatamiento y respeto de esa garantía exige que la policía no ha
"de inferir con esa privacidad, sin mandamiento de autoridad"
"judicial, para apoderarse del contenido de conversaciones"
"telefónicas. Las actividades del gobierno al escuchar y grabar"
"conversaciones telefónicas constituyen en rigor, dada la tecnología"
"actual, un cateo en el significado sustancial del artículo 16. Hay que"
"determinar cual es el valor protegido por la garantía, y seguirlo"
"protegiendo contra los avances de la tecnología, para evitar que"
"ésta vaya convirtiendo en letra muerta a la garantía, así, pues, debe"
"mediar juicio imparcial de un funcionario judicial entre los"
"ciudadanos y la intromisión policiaca en sus derechos y en su"
"privacidad. Y para el efecto, lo mismo da que el teléfono utilizado"
"estuviese en un hogar, en una oficina, etcétera, pues el mismo"
"valor de privacidad de la persona y de sus pertenencias, se viola"
"en ambos casos. Por lo demás es substancialmente lo mismo"
"efectuar un cateo para apoderarse de una aseveración escrita que"
"intervenir un teléfono para apoderarse del contenido de una"
"aseveración oral. Por tanto, si la intervención telefónica no estuvo"
"precedida de una orden judicial, se trata de un acto"
"inconstitucional, y por ende, nulo de pleno derecho en si mismo y"

"en sus frutos."⁹⁷

La tesis jurisprudencial citada con antelación, reconoce como valor jurídico tutelado la privacidad y pone de manifiesto el ánimo de seguir salvaguardándolo, es así que la anterior tesis marca la pauta para contemplar la posibilidad de introducir en el marco dogmático constitucional el presupuesto normativo que prevea la intervención a las comunicaciones privadas.

Es entonces que por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de julio de 1996, se incluyen al artículo 16 constitucional algunos presupuestos normativos de los que cabe destacar los que se ubican el párrafo noveno y décimo del citado precepto constitucional.

"Artículo 16.- . . . ,

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial, 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 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 caso de las de las comunicaciones del detenido con su defensor.

⁹⁷ CARRILLO PRIETO, IGNACIO, HAYDEE MARQUEZ HARO. La Intervención Telefónica Ilegal. 2ª. México. Procuraduría General de la República. 1996. p. 74.

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

En sana lógica, todo presupuesto normativo tiene una razón de existir, sea válida o no, pero lo cierto es que nace a la vida jurídica; en este orden de ideas es de suma importancia conocer el ánimo legislativo que jurídicamente da vida a esto, que más que un presupuesto normativo constitucional representa en sí la base sobre la que descansa una ley que será objeto de mención en sendas páginas.

5 Exposición de motivos de la iniciativa de adición al artículo 16 de la Constitución, y puntos relevantes del Diario de los Debates.

La consecuencia de la tesis jurisprudencial citada con antelación, se traduce en que a finales de 1996 se empezó a discutir con altas autoridades de la Procuraduría General de la República el borrador de una ley que hoy en día conocemos como la Ley Contra la Delincuencia Organizada dentro de la que se contempló la regulación de las intervenciones telefónicas; en ese afán de dar nacimiento a la ley, se descubrió que para que la misma pudiese existir se requería de una cuidadosa reforma constitucional, pues tal y como se presentaba para ese entonces el panorama dogmático jurídico de la constitución de crear la ley sin la reforma constitucional se conculcarían garantías individuales.

Es entonces que se elabora y envía una iniciativa una iniciativa de reformas que se discutió en el senado, con ello surge el texto que ya para finales de 1996 adicionó el artículo 16 constitucional en el párrafo noveno. No obstante ello,

hay que advertir que la creación de dicho presupuesto normativo no debe entenderse en ningún momento como el que dota de Constitucionalidad a la llamada Ley Contra la Delincuencia Organizada, sino que, por el contrario, es en sí misma y a pesar de ubicarse en la Constitución contraria a los principios imbibitos en ella; razón esta que presenta la imperiosa necesidad de entrar en un estudio amplio de lo expresado en la discusión correspondiente a la adición del artículo 16 en su noveno párrafo en el Diario de los Debates.

Ahora bien, entrando en estudio, en la exposición de motivos se justifica la iniciativa en comento, aludiendo a que existe una necesidad imperante de revisar el orden jurídico de manera profunda, a fin de instaurar y adecuar disposiciones legales incluyendo a las constitucionales. De tal manera que se presenta una iniciativa de adición en párrafos noveno y décimo del artículo 16 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en los siguientes términos:

“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 el titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, Civil, laboral o administrativo no en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

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

En tales circunstancias, del análisis del diario de los debates, desde un punto de vista personal, se infieren como objetivos principales que condujeron a crear tal hipótesis normativa, los siguientes:

1.- Dotar al poder público de los instrumentos legales necesarios y suficientes que le permitan combatir la delincuencia organizada.

2.- Poner a disposición de las autoridades un medio extraordinario de allegarse de pruebas suficientes.

3.- Diseñar nuevas estrategias antidelictivas perfeccionando instituciones, leyes, reglamentos y prácticas para que el sistema de procuración y administración de justicia sea más firme, apoyo de la legalidad y de la persecución de los delitos.

4.- Se pretende establecer en nuestro país un estado de derecho que permita mayores y mejores niveles de seguridad y que garantice una convivencia social más práctica y ordenada.

5.- Establecer las bases constitucionales que den origen a la creación de una legislación especializada que enfrente eficazmente a la delincuencia organizada.

A continuación se analizarán los objetivos anteriormente citados conforme a lo establecido en el Diario de los Debates, exponiendo un punto de vista muy personal.

1.- Dotar al poder público de los instrumentos legales necesarios y suficientes que le permitan combatir a la delincuencia organizada.

Este objetivo pretendió como es ya actualmente del conocimiento general implantar la posibilidad de intervenir las comunicaciones telefónicas que ampliando el presupuesto normativo concluyó en la intervención de comunicaciones privadas en general.

Hay que destacar que para estos momentos la Ley contra la Delincuencia Organizada ya existía como proyecto, toda vez que aun no se encontraban establecidas las bases suficientes que le dieran sustento, por lo que en el momento en el que en la exposición de motivos se manifiesta la intención de instaurar y adecuar disposiciones legales y aún más constitucionales indica el objeto de la adición, el cual evidentemente consistía en crear las bases flexibles que abrieran las puertas constitucionales a la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

Desde el momento en el que se da lectura a la minuta que contiene la iniciativa de adición al artículo 16 de la Constitución se califica a la misma como inconstitucional con las siguientes palabras: "esta minuta atenta contra las garantías individuales de los mexicanos y principalmente contra los principios que decimos defender".

"En México existe un régimen de libertades tutelado jurídicamente por el Estado, que no ha sido gratuita concesión del legislador, sino una progresiva conquista realizada por el pueblo de México. Por lo tanto este dictamen es violatorio a las garantías individuales de los mexicanos, el mandato constituyente es el de preservar, garantizar y ensanchar, las libertades de los ciudadanos frente al poder público."⁹⁸

Lo anterior transcrito es muy cierto, pues no en vano se ha dicho por diversos autores que las garantías son derechos mínimos que pueden ser ampliados. Expresándolo así: nuestra Constitución ha sido una constitución rígida en materia de garantías procesales penales, y la misma se refiere a éste tema en su

⁹⁸ CAMARA DE DIPUTADOS. *Diario de los Debates*. México. 1996. pp. 2072 y 2073.

artículo primero en el cuál afirma enfáticamente que las garantías que otorga esta Constitución [. . .] no podrán restringirse”, en consecuencia, no prohíbe y por el contrario permite el otorgamiento de derechos más amplios a los gobernados en la misma.⁹⁹

Lo anterior es susceptible de confirmarse en el Diario de los Debates pues se dice que las garantías individuales son el mínimo de derechos que tiene todo gobernado ante la autoridad, misma que no puede vulnerar dichas garantías sino en los casos en los que la misma constitución lo establece, e infieren que no se puede reformar la Constitución violándola.

Luego entonces se interpreta que el sentir del legislador específicamente en este punto corresponde a que el ánimo establecido en la constitución desde 1917, deberá prevalecer en sus principios y esencia hasta nuestros días, y si dado el caso de surgir la necesidad de una reforma constitucional. La misma se deberá hacer siguiendo la esencia y espíritu contemplado por la misma so pena de violarla.

Indudablemente se quiso con este objetivo, como ya se ha mencionado crear bases jurídicas sobre las que descansara la Ley Contra la Delincuencia Organizada, y aquí cabe la pregunta siguiente, ¿cómo el gobierno pretende combatir la delincuencia organizada si el mismo está plagado de personas que forman parte de la misma?. Tal vez la respuesta por parte del gobierno a mi pregunta sería la lógica, esto es, que precisamente al haberse dado cuenta de ello decidieron implantar un mecanismo jurídico que les permitiera combatir hasta sus propios servidores públicos; cosa con la que de ningún modo me encuentro de acuerdo, pues creo que realmente para la desgracia de el pueblo los delincuentes organizados que se encuentran operando en las filas del Estado lo hacen no a mínimas latitudes sino en las más altas y por consiguiente se encuentran protegidos

⁹⁹ ZAMORA PIERCE, JESUS Las Garantías Individuales son Derechos Mínimos que Pueden ser Ampliados, “El Derecho Mexicano hacia la Modernidad”. México. UNAM / Instituto de Investigaciones Jurídicas. Porrúa. 1991. p. 174.

o son gentes con un poder tanto político como económico fuerte, causa por la que seguramente muchos estarán exentos del alcance y aplicación de la ley.

Consecuentemente por lo anterior considero inaudito el que se pretenda combatir a la delincuencia organizada restringiendo garantías, pues estas son en el caso de esta adición restringidas a la generalidad, y por desgracia en ocasiones alcanzan a quienes menos injerencia tienen en la delincuencia organizada, esto es al pueblo, porque hay que reconocer que si de delincuencia "organizada" se habla, se alude a una organización delictiva especial, la que no la vamos a encontrar en el común y corriente de los ciudadanos a quienes va dirigida la norma, sino que por el contrario la vamos a encontrar en las altas esferas de la política y el gobierno dotadas de un poder inmenso, a quienes por supuesto no está dirigida la norma constitucional en forma real sino virtual, pues aunque la constitución regula a todos los individuos que nos encontramos en el territorio nacional incluyendo a los potentados políticos corruptos, estos últimos debido a su poder y organización política delictiva, encuentran la forma de evitar ser alcanzados por la norma constitucional.

Por todo lo anterior se debe enfatizar lo que se prevé en el Diario de los Debates en cuanto a que "La constitución no está para darle poder al poder público, está para defender a los derechos del hombre".¹⁰⁰

Ahora bien, en el debate se dice que si se pretende causar cualquier acto de molestia a los particulares, debe este acto respetar a los lineamientos establecidos en el precepto objeto de la adición, es decir, con los requisitos y condiciones expresamente establecidas por el artículo 16 de la Constitución Federal.

Como se desprende de lo anterior establecido, en el momento en el que se crea la iniciativa que fuera a adicionar el artículo 16 de la Constitución General de

¹⁰⁰ CAMARA DE DIPUTADOS. Diario de los Debates. México 1996. p. 2073.

la República, se pretende implantar las bases que permitieran la intervención de las comunicaciones privadas, cosa que no debió ser en ningún momento y de ninguna manera, puesto que lo que la costumbre jurídica a lo largo de la historia en México indica es que cuando se pretendan crear normas jurídicas nuevas, estas descansaran sobre las bases establecidas previamente en la misma Constitución y no lo contrario; esto es, que al pretender implantar normas jurídicas que no encuentren sustento en la Ley Fundamental deberá esta reajustarse y crear las bases que se requieran, pues con ese fin no fue creada, sino con el de que el ordenamiento jurídico mexicano se creara conforme al espíritu, esencia y condiciones demarcados en la ley fundamental.

En concatenación con la anterior idea, una buena parte de los señores legisladores se pronuncian en contra de la adición al artículo 16, aduciendo a que se trata de combatir el delito violando las garantías individuales y esgrimen la siguiente pregunta, ¿necesitamos que se cumpla la constitución o necesitamos reformar la constitución para darle sustento jurídico a la violación de garantías?

2.- Poner a disposición de las autoridades un medio extraordinario de allegarse de pruebas suficientes.

Se pretende establecer por aquéllos legisladores que apoyan el dictamen el que la intervención de los medios de comunicación privados es un medio extraordinario efectivo a disposición del Estado que le permite allegarse de elementos necesarios a fin de cumplir sus funciones ya que se dice que los sistemas más avanzados de comunicación que nos mantienen permanentemente informados de lo que sucede en el mundo también son utilizados sofisticadamente por las cadenas internacionales de criminalidad.

Justificando así las cosas, se pone de manifiesta la intensión del Estado de inventar nuevos elementos que tengan valor probatorio pleno y valerse a como

de lugar de ellos, y tan es así que de la minuta se entiende que el resultado obtenido de la intervención de las comunicaciones no tan solo telefónicas, sino de todas aquellas que queden comprendidas dentro de la hipótesis de privadas tendrá valor probatorio pleno. Por supuesto, la consecuencia jurídica de todo lo anterior es lo que actualmente se está analizando, esto es, la contravención que se efectuó con todo ello a nuestra Ley Suprema.

Así las cosas, es de considerarse que no es razón suficiente para provocar una severa modificación en el ámbito de las garantías individuales como se pretende hacer creer, el considerar que las cadenas de criminalidad utilizan los sistemas más avanzados de comunicación; pues se ha visto que siempre invariablemente se ha encontrado una justificación que oculte la falta de eficiencia en los órganos gubernamentales en la impartición de seguridad pública. Existe para combatir a la criminalidad un camino mucho más eficaz y seguro a mi parecer, este es combatir pero verdaderamente a la corrupción a los niveles estatales, pues una vez que haya sido eliminada se podrá tener confiabilidad en la impartición de justicia y por ende habrá seguridad, tal vez no plenamente como se quisiera, pero por lo menos el gobernado podrá tener la seguridad de que los malestares que aquejan a la sociedad serán realmente atendidos.

En tanto no se libere el país de la corrupción los delincuentes organizados seguirán teniendo vigencia y resguardo, y por ende seguirán realizando sus actividades a placer, lo que es un grave error; pues no basta una ley conculcadora de garantías individuales y aún más la justificación de que el bienestar social está por encima de el bien colectivo para considerar que con ella se terminará la delincuencia organizada.

Concuera con la afirmación que antecede la pregunta que el legislador que se encuentra en oposición a la propuesta se hace, ¿cómo es posible que

vayamos a darle un instrumento adicional a quienes cotidianamente lesionan los derechos de los ciudadanos?.¹⁰¹

Se vislumbra entonces el temor de que la autoridad, aunado al poder político que poseen tenga a su disposición normas que le permitan proceder en contra de quienes consideren sin control alguno.

3.- Diseñar nuevas estrategias antidelictivas perfeccionando instituciones, leyes, reglamentos y prácticas para que el sistema de procuración y administración de justicia sea más firme, apoyo de la legalidad y de la persecución de los delitos.

Principalmente con este objetivo se pretende establecer el combate a la delincuencia organizada como una necesidad que al decir de aquellos que se pronuncian en su favor, no servirá de pretexto para limitar o afectar las garantías fundamentales. Exponen que la principal pretensión con esta adición al artículo 16 constitucional, es allegar de recursos de defensa a la sociedad y al Estado Mexicano, así como recursos para prevenir hechos, a efecto de preservar las libertades, la sociedad, el Estado de Derecho y la vigencia de las instituciones. En tales circunstancias, la nueva estrategia adoptada por el Estado es la intervención de la comunicaciones privadas y la vigilancia electrónica con la autorización de la autoridad Judicial Federal.

Es un hecho que atendiendo a lo anterior se pide preservar las libertades fundamentales, cosa que por supuesto no se llega a realizar con la adición efectuada al artículo en comento y aún menos con la Ley Contra la Delincuencia Organizada. Así mismo se manifestó que se pretenden mantener vigentes a las

¹⁰¹ *idem.* 1996. p. 2079.

Instituciones en decadencia, esto es, aquéllas que no han funcionado para el fin para el cual fueron creados por causa de los malos funcionarios que en ellas laboran, los que resultan ser la mayoría con sus excepciones. Luego entonces es utópico pensar que simplemente con la adición a una garantía individual en un párrafo que lo más que viene a hacer es conculcarla y que con la creación de una Ley se va a terminar con la Delincuencia Organizada o a perfeccionar las instituciones; pues desde mi personal punto de vista para lograr ello, es indispensable sí una depuración en el sistema de procuración de justicia, no así en el ámbito dogmático Constitucional., sino en la infraestructura humana; me refiero a una limpia de todos aquellos servidores públicos que tienen nexos con los delincuentes y que por lo tanto forman parte de la delincuencia organizada.

4.- Se pretende establecer en el país un Estado de Derecho que permita mayores y mejores niveles de seguridad y que garantice una convivencia social más práctica y organizada.

Es cierto que es buena la intención de perseguir e intentar terminar con la Delincuencia Organizada, pero también lo es que la misma intención se desvirtúa en el momento en el que dicha persecución no es apegada a la Ley Fundamental de la nación, sino que por el contrario se pretende reajustar la misma para sustentar las bases que culminen en la creación de una ley, desequilibrando gravemente y hasta rompiendo con el Estado de Derecho tan proclamadamente protegido.

Estoy de acuerdo con la situación de que se pretende establecer un Estado de derecho y que la ley es la norma que rige la conducta de todos los que se encuentran bajo el territorio nacional, y que la misma debe adecuarse a las formas cambiantes que la sociedad demande; pero también tengo la convicción de que ello se debe hacer en concordancia con los lineamientos y disposiciones ya establecidos

por la Ley Suprema, toda vez que haciéndolo de otra manera se vulneraría el sentido de la misma.

Ahora bien, en su intento de dar sustento a la iniciativa de adición se dice que ésta obedece a una necesidad imperante de regular la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, lo que en parte es cierto, y digo en parte porque esta necesidad de la que tanto se ha hablado ya hace tiempo que surgió, y así se señaló oportunamente por los estudiosos del derecho, tal es el caso del maestro Juventino V. Castro, quien ya para 1983 señalaba el mal aprovechamiento del presupuesto constitucional establecido en el artículo 16 referente a la inviolabilidad de correspondencia y la necesidad de ampliarla tutelando a otro tipo de comunicaciones del tipo privado. Es entonces que a la aseveración realizada por los señores legisladores en favor de la adición valdría la pena preguntarse ¿si la misma obedece a una necesidad imperante, entonces porqué la Adición no se efectuó antes, dejando esta necesidad gravitando en el tiempo?.

Yo creo que no es esta la razón fundamental de la adición sino el actuar a conveniencia de unos cuantos radicados en el poder, el pretender hacer parecer brillante la participación en el gobierno de un individuo proveniente de un partido distinto del que se encuentra en el poder, a fin de lograr la cohesión entre dos partidos en la Cámara y lograr así la mayoría para aprobar el dictamen.

Se sostiene que el Estado moderno debe contar con los instrumentos jurídicos necesarios para combatir la delincuencia organizada sin que ello sea motivo para violar el estado de derecho y cuidando además no deformar el espíritu que encierra la iniciativa.

De lo expresado anteriormente me pronuncio en desacuerdo debido a que jurídicamente resultan ser más importantes los principios y espíritu establecidos en la Constitución a los de una iniciativa, toda vez que como ya se ha dicho la iniciativa debe guardar completo apego al régimen de derechos y libertades esenciales, lo

que se confirma con la aseveración que se expresa en el Diario de los Debates en página 2081 refiriéndose a la Constitución "alterando cualquiera de sus partes haría peor el remedio que el mismo mal".

5.- Establecer las bases constitucionales que den origen a la creación de una legislación especializada que enfrente eficazmente a la delincuencia organizada.

Este objetivo tiene una amplia relación con el primero de los cinco, pues de que otra forma podría legislarse una ley para combatir a la delincuencia organizada sino es teniendo con anticipación las bases constitucionales suficientes. No obstante ello se opina por aquello que se muestran en contra del dictamen que sentar las bases en la forma en la que se pretende aquí, es invertir los términos de la jerarquía normativa, esto es, "cambiar la Constitución para dar estructura jurídica no existente a una ley secundaria y no el que la misma encuentre sustento en la Constitución".

No se debe proponer el restringir las libertades, sino que éstas se garanticen y que sólo aquellos que incurran en conductas de delincuencia organizada les sean aplicadas las restricciones que se mencionan, sino que se debe de dar un pleno respeto a nuestro régimen de libertades.

Cuando el dictamen habla de adecuar las disposiciones legales incluyendo las constitucionales, la oposición interpreta oportunamente que si una supuesta estrategia efectiva para combatir la delincuencia organizada se topa con problemas constitucionales y legales, entonces se toma la equivocada decisión de modificar este marco para supuestamente respetar el estado de derecho.

Ahora bien, el cometido de respetar el estado de derecho no se cumple, pues insisto que al modificar la esencia plasmada por el constituyente establecida

desde 1917 y que había permanecido intacta hasta 1996, por ende se rompe con el estado de derecho.

Indudablemente lo anterior revela la pretensión de reformar la Constitución a capricho y conveniencia del gobierno para dar efectividad a la norma jurídica.

Es de destacarse que no es válido aludir a una necesidad para contrariar a la Constitución, lo correcto sería que con las bases establecidas en la misma se llenara esa necesidad.

En general del estudio realizado se puede establecer la intención de combatir a la delincuencia organizada dado que esta últimamente se ha visto acrecentada; pero hay que reconocer que si la misma ha adquirido tal fuerza y niveles de organización, se debe en muchos casos a la complicidad, encubrimiento e incluso a la protección que obtienen de las altas esferas del poder político y hasta por parte de las instituciones encargadas de prevenir y combatir esta.

Se piensa por quienes propusieron a consideración la adición en comento, que con ella se podrá enfrentar al crimen organizado reconociendo de esta manera que éste se ha infiltrado ya en todas las esferas políticas, sociales, económicas y jurídicas. Mucho se ha dicho que el crimen organizado desestabiliza la economía de los países pero lo cierto es que no lo han logrado solos sino que se ven aventajados con la facilidad de corruptibilidad de los servidores públicos.

Así mismo se establece que el crimen organizado principalmente refiriéndose al narcotráfico ha invadido ya a los connacionales quienes empujados por la pobreza y el desempleo son presas de las tentaciones del dinero fácil, lo anterior es parcialmente cierto toda vez que lo expresan como razón pero en sí realmente consiste ser una justificación.

Pero la verdad es que realmente qué pretende el gobierno que hagan los campesinos principalmente y demás gente pobre, cuando los gobierno timadores y corruptos han dejado al país en quiebra conllevando con ello al encarecimiento de la vida.

Consecuencia de lo anterior es que en ocasiones se refieren a México como un país altamente productor y consumidor, y a su juventud como contaminada; por ello cabe aclarar que esta información carece de veracidad, pues realmente en principio, la sociedad mexicana desde hace ya más de 10 años ha dejado de ser una supuesta sociedad consumista, ya que de acuerdo a estudios de la Secretaría de Salud, aproximadamente el 25 % de la población mexicana es adicta a algún tipo de droga, cosa que deja entrever que el grado de adicción es bajo en comparación con el 40 o 45 % de la población también de la Unión Americana realmente adicta a algún tipo de droga. Por otro lado, el término que se atribuye a la juventud como "contaminada" obedece a términos simplistas de degradación de otros, puesto que si el problema no existiera más allá de nuestro país, en ningún momento se hablaría de una juventud adicta a las drogas residente en los Estados Unidos; el problema no sólo es de México, y por lo mismo los otros países del mundo no pueden ser ajenos a tal situación. Las anteriores imputaciones son dadas a consecuencia de que el país vecino bajo ninguna circunstancia acepta ante la comunidad internacional ser el origen de todo tipo de conducta contraria a la ley, considerando que es el país con el mayor índice de consumo en todo el mundo de alguna droga circunstancia esta que lo hace ser el mercado más grande y fructífero económicamente para cualquier Cártel del narcotráfico.

En virtud de lo anterior el país vecino presiona de diversas maneras al gobierno mexicano a efecto de que implante mecanismos más efectivos para la lucha frontal en contra del narcotráfico, derivándose con ello la creación de la Ley contra la Delincuencia Organizada. Lo anterior se confirma en el Diario de los Debates, pues varios legisladores coincidieron en señalar como origen de la tan citada ley las presiones de Estados Unidos y el deseo del gobierno mexicano por obtener la famosa certificación.

Ahora bien actualmente se tienen experiencias sobre este mismo tipo de legislación en otros países, por cierto no muy afortunadas, tal es el caso de El Salvador en el cual, el ombudsman establece "tal parece que los gobiernos piensan que si no vuelven a un Estado autoritario, no se va a lograr el orden", y sigue diciendo "no caigamos en la trampa de decir que como la gente quiere seguridad hay que darle seguridad aún a costa de sus libertades". Cabe señalar que el sistema jurídico salvadoreño contempla la intervención de las comunicaciones telefónicas, por lo que la experiencia le da derecho a enseñar al mundo el resultado de ello.

Hay un dato curioso con el que me he topado en el estudio del Diario de los Debates y este es el que aquellos legisladores que tuvieron la encomienda de defender la iniciativa de adición al artículo 16 de la Constitución Federal, a fin de hacer ver que la adición no era tan mala caen en la práctica de asimilar la historia de Italia en cuanto a la evolución de las normas jurídicas a la de México, lo cual a mi parecer es erróneo desde el momento en que no tenemos la misma cultura, el mismo desarrollo social, político, económico y mucho menos la misma evolución histórica; luego entonces, en México las normas dogmático-constitucionales tendrían que permanecer imbibidas en virtud del espíritu y fin con el que fueron creadas.

En tales circunstancias hay que aducir que si lo que se quiere es posibilitar una intervención conforme a derecho por parte de la autoridad a efecto de combatir la delincuencia organizada el camino correcto no es intervención de todo tipo de comunicaciones privadas, pues estoy cierta de que se pueden crear mecanismos que no caigan en ello impidiendo así un ambiente inquisitorio en el gobierno, sin necesidad de copiar el derecho extranjero, esto es, algo que se adecue a nuestra realidad nacional.

Es bien sabido que la delincuencia organizada actúa no de forma unilateral sino en coadyuvancia y con la venia de algunos de los altos funcionarios mexicanos y aún más con la protección de ellos como lo es un claro ejemplo el narcotráfico y de funcionarios de menor importancia por lo que hace a otro tipo de delincuencia organizada, luego entonces me atrevo a decir que hoy por hoy la casa de la delincuencia está en las instituciones de procuración de justicia mexicanas.

Por lo anterior expresado creo al igual que algunos legisladores que la norma dogmático-constitucional creada es contraria a la ley suprema pero aún más y apartando esta razón, es ociosa ya que existen razones suficientes que se expondrán en el capítulo IV , por las que su aplicación será casi nula. Aunado a ello que en sana lógica esta es una norma que alerta a la delincuencia organizada pues en estos tiempos a que mafia totalmente organizada se le ocurrirá o se atreverá a organizar sus delitos por las vías de comunicación privadas.

En forma de conclusión creo que a pesar de haberse aprobado la iniciativa de adición al artículo 16 referente a la posibilidad de intervenir todo tipo de comunicaciones privadas se debe exigir sean cumplidos los extremos manifestados en el artículo 16 ya que contiene una garantía de igualdad, de libertad, de propiedad, de legalidad y aún más de seguridad jurídica, así como una garantía de debido procedimiento. Creo que se pretende imponer en el dictamen la razón de estado para justificar la adición y su consecuente legalidad, lo que resulta ser verdaderamente una total traición a la concepción de estado de derecho.

Ahora bien, hay que destacar que se ha quedado gravitando en el haber del Diario de los Debates una pregunta fundamental para el presente tema de estudio, pues nunca se contestó; la misma consiste en que, siguiendo la lógica de los requisitos establecidos por el artículo 16 de la Constitución Federal, en cuanto a

actos de autoridad se refiere, "cuando vaya a haber intervención a la comunicación privada se va a poner esto en conocimiento del intervenido, par que este pueda hacer uso de la garantía de la debida fundamentación y motivación del propio artículo 16 de la Constitución". Esto será retomado en sendo capítulo.

6. La Intervención Telefónica en la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

Con el objeto de llegar a un buen y exacto entendimiento del tema, a continuación y como se ha venido haciendo a lo largo de este trabajo, convierte desglosar la terminología utilizada con su correspondiente significado.

En el encabezado de este punto se utilizó el término de Intervención Telefónica; es bien sabido que el teléfono es un medio de comunicación cotidianamente utilizado por todo el mundo y es obvio que cualquiera percibe a través de sus sentidos y conocimientos el significado del mismo. El otro término utilizado es Intervención, que al igual que el anterior y por los acontecimientos que se han venido dando en los últimos años la gente en nuestro país sabe de qué se trata, no obstante, es dable definir a la intervención, pues el diccionario no registra esta palabra con el significado que actualmente le damos, toda vez que ha venido tomando un significado jurídico coloquial acorde a las circunstancias.

En el diccionario aparecen las palabras:

Interceptación.- "Acción y efecto de interceptar. Interceptación de comunicaciones enemigas es una gran fuente de informaciones"¹⁰²

¹⁰² *DICCIONARIO ENCICLOPEDICO QUILLET*. T. V. 10ª. México. Edit. Cumbre S.A. 1979.

Interceptar.- "Apoderarse de una cosa antes que llegue al lugar o a la persona que se destina. Detener una cosa en el camino. Interrumpir y obstruir una vía de comunicación.¹⁰³

Las anteriores acepciones son las que gramaticalmente corresponden a lo que se ha querido decir con el término de intervención telefónica.

Luego entonces, tenemos que la intervención telefónica equivale a intervenir en las comunicaciones de terceros sin que estos se den cuenta, mediante aparatos sofisticados, tomando para sí el contenido de dichas conversaciones, o lo que es lo mismo apoderarse de ellas.

Lo anterior puede tener fines mal sanos e incluso agredir a la constitución, pues hasta hace poco estas prácticas no eran permitidas. Actualmente con la ley a la que se está haciendo alusión se permiten, cosa que no indica que dejen de tener fines malsanos y mucho menos que no contrarie a la Ley Fundamental del país.

Cabe recordar que en un principio se habló de la intervención a las comunicaciones telefónicas y que por extensión se concluyó en una intervención general, esto es, en una intervención a todo tipo de comunicaciones privadas. En tales circunstancias se engloba dentro de estas intervenciones a la intervención telefónica como una especie de ellas, estas prácticas hoy día legalizadas, se encuentran dirigidas supuestamente a la delincuencia organizada, por lo que hay que establecer en que consiste ésta.

Anteriormente en el artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, el legislador definió a la delincuencia organizada como:

Delincuencia Organizada.- "Es aquélla en la que tres o más personas se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento

¹⁰³ *DICCIONARIO ENCICLOPEDICO QUILLET*, T. V, 10ª. México. Edit. Cumbre S.A. 1979.

y reiterado o con fines predominantemente lucrativos alguno de los delitos previstos en el Código Penal”.

Este concepto ha sido actualmente suplantado por el artículo 2º de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y el mismo establece que la misma se da :

“Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por si o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o alguno de los delitos siguientes, . . .”

Ahora bien, la Ley Contra la Delincuencia Organizada fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de noviembre de 1996, a partir del cual entra en vigencia. Dicha ley, regula el procedimiento a efectuarse en la intervención de las comunicaciones privadas, es así que se establece en su artículo 2 los delitos que son considerados como cometidos por la delincuencia organizada mismos para los que tendrá aplicación el presupuesto normativo de intervención a las comunicaciones privadas, siendo estos:

Terrorismo, Delitos Contra la Salud, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, asalto previsto en los artículos 286 y 287 del Código Penal en materia de Fuero Común para el Distrito Federal y para toda la república n materia de Fuero Federal, secuestro, tráfico de menores y robo de vehículos.

De esta situación, la ley en su numeral 8º en sus dos primeros párrafos, establece que la Procuraduría General de la República deberá contar con una

unidad especializada en la investigación y persecución de los delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada, integrada por agentes del Ministerio Público de la Federación, auxiliados por agentes de la Policía Judicial Federal y por peritos.

La unidad especializada contará con un cuerpo técnico de control, que en las intervenciones de comunicaciones privadas verificará la autenticidad de sus resultados; establecerá lineamientos sobre las características de los aparatos, equipos y sistema a autorizar, así como sobre la guarda, conservación, mantenimiento y uso de los mismos.

CAPITULO IV.

LA PROBLEMÁTICA JURIDICA DE LA INTERVENCION TELEFONICA.

1. El Derecho a la Privacidad como Bien Jurídico Tutelado.

Hablando como tema central de la intervención a las comunicaciones telefónicas, es necesario establecer el campo jurídico protector de estas ya que lógicamente si se habla de una intervención telefónica se alude a una parte que a simple conocimiento debe estar regulado y reservado a la vida privada de la persona y, por ende, se habla de una intromisión en la esfera privada del individuo.

La vida privada para el derecho ha sido tema de estudio y consecuentemente de conceptualización, es así que se ha definido a esta como sigue:

"La **Vida Privada** está constituida por aquéllos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que quedan normal y generalmente sustraída al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por parte de estos puede turbarla moralmente para afectar su pudor o su recato, a menos que esta misma persona asienta en ese conocimiento y los excluya con ello de su esfera privada."¹⁰⁴

"**Vida Privada.**- Vida Humana en cuanto se desenvuelve en el ámbito familiar, en la esfera de las actividades profesionales que no constituyen funciones

¹⁰⁴ *NOVOA MONREAL, EDUARDO. La Interceptación Telefónica a la Luz del Derecho. Revista Mexicana de Ciencias Penales. Año III. No 3. México. Pomúa. Juño de 1979 a junio de 1980. p 268.*

públicas y en el círculo de intimidad que representa la comunicación amistosa con un núcleo más o menos amplio de personas."¹⁰⁵

La vida privada es un concepto que actualmente es objeto de exploración por los doctrinarios del derecho como consecuencia de la manifiesta absorción que la sociedad ha ejercido sobre la persona, así para algunos este concepto se denomina derecho a la intimidad. Cabe señalar que no sólo es la sociedad la que ha ejercido el factor absorbente hacia la persona sino que hoy por hoy también lo han hecho las instituciones gubernamentales en su afán de tener un mayor control del Estado y su población misma. De esta situación, con el paso en la existencia del hombre se ha presentado un alto grado de sensibilidad por parte de los individuos tendiente a preservar infranqueable el muro de su vida privada, causa que da pie al estudio necesario de esta como una rama más del derecho. Es así que se ha establecido por la generalidad de autores que el derecho a la privacidad surge como rama jurídica en Estados Unidos en 1890 con el estudio que realizaron *Warren y Brandeis* sobre la materia.

En México, considero que aunque no proclamado literalmente con el nombre de derecho a la vida privada, este existe ya desde la constitución de 1857, con la fórmula del acto de molestia misma que pasa intacta a la actual constitución de 1917 y sigue aún vigente, toda vez que en párrafo primero del artículo 16 expresa:

“Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.”

¹⁰⁵ DE PINA, RAFAEL, Y RAFAEL DE PINA VARA. Op. Cit.

Así las cosas el precepto tutela ampliamente al incluir prohibición expresa de molestar a la persona, su domicilio de la misma, papeles o posesiones, la vida íntima o privada de cualquier sujeto. Partiendo del supuesto de que las garantías individuales son el mínimo de derechos que le son inherentes al individuo debido a su condición de ser humano, así pues, estos derechos son tan amplios como el propio ser humano. Actualmente con el auge de los derechos humanos, el derecho a la privacidad ha sido reconocido como una rama teórica jurídica, de tal manera que internacionalmente se han establecido normas que tutelan la vida privada tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, misma que en su artículo 12 establece:

“Artículo 12.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia ni de ataques a su honra y reputación, toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques.”¹⁰⁶

El citado artículo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos viene a confirmar la fórmula del acto de molestia establecida en el artículo 16 de la Ley Suprema y aún más logra ser específico, toda vez que señala se deje fuera de toda arbitrariedad o injerencia a la vida privada del individuo.

Es pertinente recordar que esta privacidad de la que se habla se desarrolla en aquellos lugares en los que la sociedad y mucho menos la autoridad tienen cabida, esto es, en el domicilio.

¹⁰⁶ **NOVOA MONREAL, EDUARDO.** *La Vida Privada Como Bien Jurídicamente Protegido.* Nuevo Pensamiento Penal, Revista de Ciencias Penales. Año III. Buenos Aires, Argentina. Depalma. 1974. p. 156.

Aún más a esta protección es de mencionarse la también otorgada por la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos Fundamentales, misma que fue aprobada en 1950 y que al tenor de su artículo 8 señala:

"Artículo 8.- Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. La autoridad pública no puede tener injerencia en el ejercicio de tales derechos, sino en cuanto esa injerencia esté prevista por la ley y en cuanto constituya una medida que sea necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, el orden público, el bienestar económico del país, la prevención de los delitos, la protección de la salud o de la moral o la protección del derecho o de la libertad de otro."¹⁰⁷

Ahora bien, el anterior precepto no es preciso en prever específicamente la protección a la vida privada por cuanto hace a las injerencias de la autoridad dentro de la línea telefónica, no obstante ello, en un criterio personal pienso que a falta de esta prevención específica se deja un panorama amplísimo en la propia norma al aludir esta a el derecho que tiene toda persona de obtener el respeto de su vida privada, y siendo parte de esta las posesiones de la persona, partiendo del supuesto que, la línea telefónica queda encuadrada dentro del rubro de posesiones para efectos de las garantías individuales sobre las que mundialmente se establece el mínimo de derechos de los individuos, y por si fuera poco se podría aplicar por analogía la parte que protege a la correspondencia por ser esta un medio de comunicación de los del tipo de privadas. Cabe señalar que la misma situación opera para efectos del artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ya citado.

¹⁰⁷ *NOVOA MONREAL, EDUARDO. La Vida Privada*.... Op. Cit. p. 156.

El artículo antes enunciado de la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos Fundamentales, señala la posibilidad de que las autoridades puedan sobrepasar la barrera de la vida privada claro, bajo la condición de que esa injerencia este prevista en la ley, no obstante a esta condición debemos aunarle la de que esta posibilidad de interferir en la vida privada del individuo este contemplada principalmente en la ley fundamental de cada Estado o nación y no solo esto sino que debe ajustarse a la esencia que impera en dicho ordenamiento jurídico.

Para América Latina también existe declaración tendiente a proteger la vida privada; misma que fue suscrita por las naciones americanas en 1948 en Bogotá y señala:

"Artículo V.- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley en contra de los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar."¹⁰⁸

Las anteriores normas enunciadas, resultan en mi opinión vagas en la protección a las intromisiones de las autoridades en la esfera jurídica del gobernado, esto es en sus derechos tales como el enviar y recibir correspondencia, hacer y recibir llamadas telefónicas para el caso que nos ocupa entre otros. Razón por la que surge la cuestionante de si dichas normas tal cual se encuentran plasmadas protegen la privacidad de las comunicaciones telefónicas, misma que no se resuelve por sí sola en norma establecida por dichos convenios si no que es necesario acudir a la doctrina, la que establece que dichas declaraciones al referir a la correspondencia, debe entenderse que también incluye a las demás formas de

¹⁰⁸ *Ibid.* p. 156.

comunicación; opinión que deja claro y aún más robustece el criterio que he establecido ya en comentarios anteriores.

Ya para 1968 en respuesta a la carencia de protección de la vida privada frente a la ciencia y tecnología, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta la siguiente resolución del 19 de diciembre:

“Resolución 2450 (XXIII), refiere precisamente la necesidad de proteger los derechos humanos y entre ellos la vida privada , ante las amenazas planteadas por los adelantos de la ciencia y la tecnología.”¹⁰⁹

En la actualidad es del conocimiento general que existe para cada individuo un ámbito personal que exclusivamente concierne y corresponde a él. Este ámbito se deduce de la individualidad, autonomía y de la libertad que se admiten como valores propios del ser humano, es así que de los mismos surge el derecho de todo hombre de mantener en secreto y como inviolables ciertas manifestaciones de su vida , de tal forma que se afirma que dentro de ese recinto privado nadie puede penetrar sin su consentimiento.

Aún y cuando la generalidad reconoce la existencia de la vida privada, este concepto resulta ser esencialmente subjetivo ya que varía de persona a persona, de un grupo social a otro, así como también varía en función de diferentes edades, culturas y tradiciones. No obstante ello, por variable y relativo que sea el concepto, no puede negarse que para todo hombre existe una esfera que debe ser mantenida fuera del conocimiento de otros.

¹⁰⁹ *Idem.*

1.1. Circunstancias consideradas como constitutivas de la Intimidad Personal.

En las diversas estipulaciones citadas se señala como campos de protección en la vida privada a la familia, el domicilio y hasta su reputación, situaciones estas que al ser tan amplias de ninguna manera son precisas pues se sujetan al criterio interpretativo de cada quien. Para delimitar las circunstancias que son consideradas como parte de la intimidad de la persona se mencionarán a continuación a dos autores:

Lyon-Caen, señala por una parte que constituyen la intimidad personal aquellas circunstancias de la vida familiar como el nacimiento, esponsales, matrimonio, divorcio, embarazo de la mujer, enfermedades y fallecimientos, la vida amorosa, la vida profesional y sus reveses, así también las distracciones como el lugar de vacaciones, las ocupaciones y las amistades de vacaciones, agrega que hay que incluir también los rasgos del rostro y el comportamiento en la vida cotidiana.

Por otra parte *Mantovani* considera como parte de la vida privada el aspecto físico corporal, que incluye imagen, constitución y defectos físicos; el perfil psíquico que incluye el carácter y anomalías; el afectivo, esto es sentimientos y afectos; situaciones materiales como condiciones económicas y nivel de vida; el comportamiento y las relaciones amorosas, familiares, económicas y profesionales.¹¹⁰

De acuerdo a lo anterior ambos autores coinciden en señalar los mismos aspectos, claro que en forma un poco diferente pero al fin resultan ser equivalentes. Así las cosas existe un aspecto que en particular para los efectos de este trabajo importa, siendo este el señalado como el comportamiento por ambos autores. Ahora

¹¹⁰ Citados por. *NOVOA MONREAL, EDUARDO. La Vida Privada.....* Op Cit. p. 162.

bien el término es amplio, pero en un criterio personal se puede decir que el comportamiento refiere la forma que tiene una persona de portarse o conducirse en la vida.

Actualmente se ha suscitado un hecho que ha desembocado en que se acentúe la preocupación de la vida privada como lo es la injerencia cada vez mayor que asume el Estado dentro de la vida de los ciudadanos, producto este del afán manifiesto de dirigir todos los esfuerzos individuales hacia el bienestar general. Pero aún y con tal intención no deja dicha estrategia de vulnerar el tal vez único espacio que a estas alturas le queda al individuo como propio.

Es por lo anterior que se ha buscado una alternativa que proteja el derecho a mantener fuera de injerencias autoritarias la forma en que cualquier individuo proceda, siendo un de estas alternativas lo establecido por el congreso de Estocolmo al referir que el derecho a la privacidad es el derecho del individuo a vivir su existencia hallándose protegido contra:

- a. Toda injerencia en su vida privada, familiar o doméstica;
- b. Todo atentado a su integridad física o mental o su libertad moral o intelectual;
- c. Todo atentado a su honor o reputación,
- d. Toda interpretación perjudicial a sus palabras o a sus actos;
- e. La divulgación inmotivada de hechos molestos en relación con su vida privada;
- f. La utilización de su nombre, su identidad o de su imagen;
- g. Toda actividad tendiente a espiarlo, atisbarlo, vigilarlo u hostigarlo;
- h. La interceptación de su correspondencia;
- i. La utilización malévola de sus comunicaciones privadas escritas u orales;
- j. La divulgación de informaciones comunicadas o recibidas bajo el sigilo del secreto profesional.

Lo anterior también fue reconocido por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa en 1970 en la que se habló acerca de los medios de comunicación de masas y de los derechos humanos.¹¹¹ Aún más el Congreso de Estocolmo amplía las posibilidades de proteger la vida privada elaborando una lista de todos aquellos actos que son considerados como violatorios de éste derecho a la privacidad, mismos que son los que siguen:

- 1) "Investigación de la Persona;
- 2) Entrada o registro de locales y otras propiedades;
- 3) Exámenes médicos y test físicos y psicológicos;
- 4) Declaraciones falsas, inmotivadas o embarazosas acerca de la persona;
- 5) Intercepción de Correspondencia;
- 6) Intercepción de comunicaciones Telefónicas;
- 7) Uso de vigilancia electrónica o otros aparatos de elección,
- 8) Grabaciones, fotografías y filmes;
- 9) Importunidades de la prensa o de agentes de medios de comunicación masivas;
- 10) Revelación pública de hechos privados;
- 11) Revelación de información dada o recibida por profesionales o autoridades públicas bajo secreto.
- 12) El hostigamiento de persona (por ejemplo acechar u observar y acosar con llamadas telefónicas molestas)."¹¹²

De esta manera se observa que indudablemente el acosar al individuo para observar el desarrollo de su conducta o comportamiento cotidiano resulta ser

¹¹¹ Cfr. *NOVOA MONREAL, EDUARDO. La Vida Privada...* Opus. Cit. pp. 162 y 163.

¹¹² *Ibid.* p. 163.

un atentado contra la esfera privada del individuo, entendido este como ente o ser humano.

En tal situación nuestro sistema jurídico mexicano hasta antes de 1997, había dado protección tanto constitucional como penal a la vida privada, claro que no bajo tal título, pero como ya se ha establecido esto se desprende de un estudio previo al artículo 16 de la Constitución en su parte referente a la inviolabilidad tanto del domicilio y de la correspondencia, garantías estas que ya han sido abordadas en el capítulo que antecede y que oportunamente fueron señaladas como un antecedente protector y prohibitivo en sí mismo de la intervención telefónica. Así pues el domicilio resguardado como bien jurídico por las garantías individuales, se convierte en un objeto principal de vulneración de la vida privada.

Lo establecido con anterioridad se confirma con la siguiente aseveración de *Francisco Carrara* quien sostiene “que el respeto de domicilio se conecta directamente con el respeto a la libertad humana y la libertad individual.”¹¹³

A lo anterior conviene puntualizar que el atentado en contra de la reserva de la vida privada no exige por sí mismo que el sujeto activo exprese un juicio o calificativo desfavorable sobre el ofendido sino que basta con que tome conocimiento indebido de algo que toca a la intimidad de este, tal y como se confirma dentro de la Convención de Estocolmo anteriormente citada toda vez que enumera las situaciones en las que se infiere en la vida privada del individuo.

De esta situación y debido a una interpretación precaria, el panorama jurídico mexicano actual no reconoce aún y cuando está implícito en él, el derecho a la vida privada o a la intimidad como tal, siendo como se ha demostrado un derecho fundamental del ser humano, no plasmado explícitamente como se debiera en nuestro ordenamiento jurídico pero al fin y aunque rebuscadamente contenido en

¹¹³ *NOVOA MONREAL, EDUARDO. La Vida Privada...* Op. Cit. p 163.

este, el problema estriba en que ni los legisladores ni los encargados de la procuración de justicia se han querido dar cuenta de que ahí esta.

En resumen y retomando los puntos esenciales para nuestro tema de estudio, la esfera de la vida privada debe ser protegida entre otras injerencias de:

1. Violaciones a su correspondencia;
2. Abusos de sus medios de comunicación, escritos u orales o bien sea la intervención de instalaciones telefónicas o telegráficas;
3. Uso de vigilancia electrónica u otros dispositivos de espionaje.
4. Interpretación perjudicial a las palabras o a los actos.

No obstante lo anterior, los autores señalan que existen límites del derecho a la vida privada, límites que otorgan facultades a las autoridades, facultades estas que deben ser controladas estrictamente y no deben excederse en su uso. En concordancia con lo anterior la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos señala que estas facultades serán otorgadas:

“Para defender los intereses de la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico de la nación; para impedir el desorden o el crimen; para proteger la salud o la moral pública, para proteger los derechos y las libertades de los demás.”¹¹⁴

En tales circunstancias, desde una perspectiva personal la estipulación en la ley de estas limitaciones siempre deben atender al orden jurídico al que pertenecen siguiendo el principio de congruencia; y tan es así que en el caso específico si se pretende intervenir la comunicación telefónica siendo este un acto

¹¹⁴ COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS DE GINEBRA. Derecho a la Intimidad e Imperio del Derecho. Revista Imperio del Derecho y Derechos Humanos, principios y definiciones. 1967. p 65.

de molestia en contra del gobernado por parte del gobernante lo menos que se puede y se debe hacer es en concordancia con el principio antes enunciado para efectos de nuestro sistema jurídico, es cumplir con todos y cada uno de los requisitos establecidos en la ley fundamental para tal acto de molestia, pues si le faltare alguno de esos requisitos por mínimo que fuera, tal acto carecería de congruencia jurídica constitucional y por ende no será válido.

Ahora bien, los derechos humanos permiten la intervención de las comunicaciones telefónicas en los siguientes casos:

- 1.- Como una medida en materia del derecho penal;
- 2.- Para la investigación de los delitos y la ubicación de los culpables;
- 3.- Para impedir que se cometa un delito o se suscite un desorden cuando hay fundadas razones para presumir que se producirán.

Lo anterior aún y cuando se vea como excepción puede llegar a violar el derecho de privacidad de la persona cuando estas disposiciones no sean concordantes con las normas jurídicas del lugar en el que sean aplicadas, pues tratándose del ámbito jurídico la congruencia es un requisito indispensable para tener certeza jurídica sobre la aplicabilidad de dichas disposiciones a efecto de dejar sin lugar a dudas su aplicación, lo que únicamente se obtendrá cuando el ordenamiento jurídico por sí mismo en su esencia permita la aplicabilidad de estas normas, o bien no se le contrarie con la aplicación de estas normas.

Para más abundamiento sobre el tema en comentario, cabe advertir que la teoría de los derechos humanos establece que para realizar una intromisión de tal magnitud debe haber suficientes razones y aún más fundadas que indiquen el que la persona a investigar y vulnerar su esfera jurídica, sea culpable del crimen que se

le imputa o esté a punto de cometerlo. A lo anterior únicamente se puede llegar con la indagación, esto es, el que el órgano persecutor de los delitos reúna los elementos y pruebas necesarias, a mi criterio no bastando con los meros indicios, es decir se requiere que se presenten las pruebas suficientes a acreditar que se cometió un delito o bien que se está a punto de cometerlo, a lo que muy difícilmente se podrá llegar a no ser que alguien delate a la presunta persona que va a cometer el delito, no obstante ello la cuestión estriba en comprobar que realmente se dará.

En consecuencia, si estas circunstancias no se acreditan, los derechos humanos en forma indubitable consideran como una injerencia total a la esfera privada de una persona, el realizar la audición intencional de conversaciones telefónicas privadas entre las personas sin su consentimiento, así como al uso de equipo electrónico u otros dispositivos tales como micrófonos disimulados para oír conversaciones telefónicas.

En diversas ocasiones se ha citado como perteneciente a la vida privada del individuo el comportamiento de este o su forma de conducirse, caso en el que son consideradas sus actividades cotidianas tanto públicas como privadas o personales, es pues, que en este marco de actividades cotidianas se encuadran las actividades de hacer y recibir llamadas telefónicas, es por esta razón que tengo la certeza que la practica de intervenir las comunicaciones telefónicas constituyen un atentado contra la esfera privada de cualquiera persona, aún y cuando esta medida sea utilizada actualmente como mera excepción en determinados casos. A esta situación de violación, se le puede añadir el que si está práctica no es efectuada cumpliendo los requisitos tanto constitucionales como legales no sólo consistirá en una injerencia arbitraria por parte de la autoridad, sino que aún más correrá el riesgo de ser inconstitucional.

1.2. Métodos de Intervención Telefónica.

Hablando como tema central de la intervención a las comunicaciones telefónicas, es necesario establecer a groso modo, los diferentes métodos que se han utilizado con el paso del tiempo a efecto de llevar a cabo esa practica.

Poco han servido las disposiciones establecidas que mundialmente condenan las intervenciones telefónicas ya que a lo largo de la existencia del hombre moderno esta práctica de intervención a las comunicaciones telefónicas ha sido muy utilizada, partiendo con métodos que han ido de menos a más en una constante evolución; obviamente como consecuencia de los adelantos técnicos que se ha venido sucediendo en el campo de las telecomunicaciones.

En un principio a efecto de intervenir las comunicaciones telefónicas se realizaba una intervención directa a los cables de teléfono, esto es, se conectaban articulaciones directas a los hilos del teléfono lo que permitía escuchar las comunicaciones que a través de este se emitían, prácticamente esto era como colgarse de la línea o lo que cotidianamente se hace sacar una extensión. El anterior no representó ser un mecanismo adecuado pues además de ruidoso, era fácil de descubrir si se inspeccionaba detenidamente el cable telefónico.

Posteriormente se utilizaron los llamados exploradores que eran aparatos electrónicos especiales, los que descubren en redes telefónicas complicadas los cables que corresponden al número telefónico que se desea interceptar.

Antes de la Segunda Guerra Mundial, se utilizó para imponerse de las comunicaciones telefónicas una bobina de inducción, misma que ubicada en las proximidades de la línea que se desea vigilar registra la variaciones del campo electrónico producido por la comunicación, lo que permite enterarse de la misma. Este sistema de bobina permite, además de dejar fijo un aparato que intercepte comunicaciones telefónicas, grabarlas, o en su caso transmitir las por medio de un radial miniatura, así mismo este radial miniatura puede portarse en el

bolsillo e imponerse de las comunicaciones que tienen verificativo en las líneas telefónicas cercanas a donde se transita, una característica de este radial es que es difícil de descubrir.

Existe un aparato muy eficaz para intervenir las comunicaciones telefónicas llamadas "insecto de la armónica", el que se debe instalar dentro del aparato telefónico que se desea interceptar; para poder intervenir la línea telefónica que se desea previa colocación de este aparato, sólo se requiere marcar el número telefónico en el que fue colocado ya sea desde la misma ciudad, cualquier otro punto del país o incluso de cualquier parte del mundo, con la condición de producir en el momento de marcar una nota musical emitida desde una armónica con lo que la campana del teléfono no sonará pero sí quedará en ese momento intervenida la línea y conectada a la línea del lugar de donde se llamó, de ahí el nombre de este aparato y sistema de intervención. Así podrá la persona que realizó la intervención imponerse de las comunicaciones que por esa línea se lleven a cabo sin que exista la posibilidad de que el intervenido se de cuenta de ello.¹¹⁵

Este mismo insecto de la armónica ha sido perfeccionado a tal grado de que se puede utilizar ya sin necesidad de producir la nota de la armónica, amén de que no se necesita hacer sonar la campana del teléfono ni levantar el auricular.

Hablando genéricamente de las comunicaciones privadas existen métodos muy eficaces para imponerse de las conversaciones orales tales como los emisores de radio a pilas miniaturizadas del tamaño de una caja de fósforos los que se pueden colocar en cualquier local sin ser advertidos, disimulados entre objetos de adorno, flores, alfombras e incluso colocarse en los muebles. Así también nos podemos enterar de las comunicaciones orales a través de un método de proyección en una ventana de ondas infrarrojas a través de los cristales lo que permite conocer las conversaciones que se suceden dentro del lugar al que

¹¹⁵ Cfr. *NOVOA MONREAL, EDUARDO. La Interceptación Telefónica*... Op. Cit. pp 261 y 162.

corresponde la ventana. Para lugares públicos existen pequeños micrófonos direccionales que tienen un alcance de más de cien metros, mismos que cumplen con el objetivo de imponerse de las comunicaciones. Para mayor sorpresa hay que decir que cualquiera puede enterarse de las conversaciones que se den dentro de una casa en plena reunión a través de micrófonos especiales adheridos en los muros exteriores de la casa.

Es así que en la evolución del mundo moderno la intervención telefónica ha servido como un método para obtener información de variada índole de entre los cuáles se puede destacar el imponerse de opiniones, ideas y estrategias políticas, opiniones de amigos y enemigos, ya sea en corporaciones policiacas y de procuración de justicia, y aún más esta práctica ha sido muy socorrida por los servicios de inteligencia de aquellos países considerados como potencias mundiales para espionarse unos a otros razón esta que hace comprender el que estos países regulen a la intervención telefónica en sus ordenamientos jurídicos; todo ello casi siempre alejado de los fines que conllevan al bien social y más bien que pugnan por intereses conformados por una minoría.

Ahora bien, en un panorama internacional la práctica de la intervención telefónica ha sido adoptada ya hace algún tiempo por países con un desarrollo político, sociocultural y económico diferente al de México, países estos como arriba se mencionó, considerados ya desarrollados tales como España, Francia, Italia, y Estados Unidos por mencionar a los más conocidos, de estos países tres son europeos y uno americano, los que cuentan con un poderío económico fuerte, circunstancias estas que facilitan situaciones caóticas principales tales como el terrorismo y la adquisición y consumo de estupefacientes drogas y psicotrópicos, principalmente debido al poderío económico que facilita la circulación y obtención del dinero situaciones estas hacia las que va dirigida la norma permisible de las

intervenciones telefónicas y que sirvieron de base para crear en México una regulación similar.

No hay que perder de vista a otros países latinoamericanos que han adoptado ya esta medida tales como Argentina, Colombia, Chile, Cuba, Ecuador, Paraguay, Puerto Rico, países sobre los que sin duda pesa una fuerte influencia de estas grandes naciones desarrolladas, influencia que se hace consistir en económica y política; así se puede citar que en Argentina concurrió la influencia Italiana, así como en el resto de los países la tinos fue factor igualmente influyente la doctrina y el gobierno estadounidense además de que al igual se ayudaron de la doctrina española. Pero no hay que quedarse solamente con la idea de las influencias, sino que hay que ir más allá de ellas y reconocer que aunada a estas se dieron las circunstancias de regímenes inquisitivos, autoritarios y represivos, alejados de todo estado de derecho y dictatoriales, en los países latinos en los que actualmente se encuentran totalmente aceptadas estas prácticas de intervención telefónica, tal y como actualmente sucede en Cuba y como ya se vivió en Chile.

Especificando en cuanto a México, este no se queda atrás en la realización de intervenciones telefónicas aún antes a la norma permisiva de esta práctica, pues bien sabido es que desde la época de los setentas sino es que más atrás se han venido llevando a cabo.

Reforzando la hipótesis de la influencia de otras legislaciones extranjeras en la creación de las normas permisivas de la intervención a las comunicaciones privadas en los países latinos a continuación se citarán varios artículos publicados por la revista proceso:

"Guadalajara Jal. .- El Consulado General de Estados Unidos en esta ciudad cuenta con un complejo centro de rastreo y espionaje de todos los sistemas electrónicos de comunicación, que van desde las señales que emiten los

aviones en vuelo hasta las emisiones por microrondas y radio, incluidos los fax, la telefonía móvil y celular. Pueden rastrear todo, grabar y descifrar.

Cualquier comunicación que se emita desde Guadalajara, es captada por cuatro antenas de "alta ganancia" instaladas en el techo del consulado (entre calles de López Cotilla progreso y Libertad, Sector Juárez), solo cincuenta metros de la torre principal de microrondas y edificio central de Teléfonos de México. Las antenas tienen forma de cubetas invertidas y son visibles por cualquiera persona, son del mismo tipo y marca (Andrew) que las utilizadas por el gobierno estadounidense. Tienen la característica de ser de muy alta velocidad de capacitación o interceptan todo tipo de conversaciones telefónicas o radiales que se hagan en la zona metropolitana, aunque claro, tienen decodificados los números telefónicos y frecuencias radiales que les interesan más.

Poseen un avanzadísimo sistema "scanner" o de rastreo de frecuencias previamente programadas. Una vez captada la señal, la envían a un centro que está en el sótano para ser analizada y convertir (sic) la voz en pulsos digitales mediante un complejo sistema de computadoras. De tales sistemas de espionaje, captan todo tipo de llamadas por teléfono y radio, lo mismo que descifran las pulsaciones que emiten los mensajes que transmiten por fax, en particular toda comunicación que tiene que ver con oficinas de gobierno, de políticos, policías y del propio ejército.

Al respecto se tuvo conocimiento de que en 1990, fue desmontado de una casa ubicada frente al Campo Marte en la Ciudad de México, un sistema parecido de comunicación al que anteriormente se hablaba, que era operado por personal de la embajada estadounidense, los aparatos no pudieron ser decomisados por pertenecer a un país extranjero.

No quedan fuera de este rastreo las llamadas que hacen los bancos sobre sus movimientos y sus clientes, así como el número y monto de sus cuentas en ciertos casos, ni otras muchas instituciones o personas que, como los

narcotraficantes, son sujetos de especial vigilancia de las autoridades norteamericanas.

Cada una de las antenas instaladas en el consulado puede tener una potencia hasta de 40 gigahertz, o sea 40, 000 millones de hertz. Y para dar idea de tal capacidad hay que mencionar que un radio portátil por potente que sea, tiene al rededor de 150 megahertz, esto es, 150 millones de hertz".¹¹⁶

"Washington, Dc. - Los números Telefónicos, las direcciones, la frecuencia de las llamadas, los nombres de personas y razones sociales; la población, el estado y el país con el que opera la banda del principal introductor mexicano de cocaína en los Estados Unidos, Juan García Abrego son materia de un permanente rastreo por parte de la agencia de combate al narcotráfico: Drug Enforcement Administration _la DEA-, y forman parte de su caso TD - 87-0007.

Cada vez que los jefes, los lugartenientes o los cuadros medios del llamado cártel del Golfo hacen una llamada, entra en funcionamiento el equipo técnico y humano registra puntualmente lo que pasa por hilo.

A los primeros timbrazos que empiezan a correr las cintas de grabación y un telescuha pirata se entera de una reservación de vuelo, un apartado de mesa, una conversación amistosa, un saludo familiar, una negociación común o una transacción ilegal; de las llamadas equivocadas y diálogos en clave que pueden conducir a empresas e instituciones donde se lava dinero, a pistas de aterrizaje de dudosa operación, a pistas falsas y hasta enredos pasionales sin destino judicial.

Lo mismo sucede cuando alguien, desde cualquier parte del mundo se comunica a los números que la DEA tiene "alambreados". Espionaje telefónico Internacional, rastreo de telefonemas de reales o presuntos narcotraficantes. El Distrito Federal y los estados de Nuevo León y Tamaulipas constituyen el triángulo en que la DEA husmea los pasos de García Abrego.

¹¹⁶ COBIAN, FELUPE. Lo Experimentado en el Pérsico, en acción. Espionaje Telefónico desde el consulado estadounidense en Guadalajara. Proceso. No. 0751-15. México. Mensual. 25 de marzo de 1991.

Aerolíneas, oficinas de gobierno, sucursales bancarias, casas de bolsa, casas de cambio, casas de particulares y hoteles, oficinas policíacas y hasta una oficina presidencial, refaccionarias y distribuidoras automotrices, fraccionadoras y ranchos, todo en lo que se mueva la banda es materia de acucioso seguimiento en los oídos clandestinos de la DEA.

Cada vez que graba una conversación "el pájaro en el alambre" anota el número del caso TD-87-0007, el número intervenido, y la dirección de donde o a dónde se llama, y llena una tarjeta de computadora en la que se registra y procesa el nombre de la banda *gang name* y del miembro que hace o contesta la llamada.

También deben consignarse hasta cinco nombres de sospechosos con quienes mantiene relación el o la narcotraficante que habla, la causa de hasta tres arrestos, los datos de los vehículos (hasta dos) en que se transporta y lo más valioso la información que se destile.

Los números que la DEA tiene asegurados apenas suman catorce, suficientes, sin embargo, para que ya esté enterada de unas 2,000 llamadas en un sentido o en otro.

Las intervenciones telefónicas han permitido a la DEA, en los últimos doce meses, la captura de centenares de otros distintos números, direcciones, instituciones y personajes, muchos sin relación delictiva con el Cártel del Golfo, pero algunos centenares de interés para sus indagaciones acerca del narcotráfico entre México y Estados Unidos.

Al paso del tiempo, los analistas de la agencia antidrogas hacen un estudio de la frecuencia de las llamadas, las ocupaciones formales de los interlocutores, el verdadero giro de las empresas extrañas, las poblaciones y ciudades en que se mueve la organización de Juan García Abrego, todo lo cual sirve para encausar sus pesquisas.

En los registros de la DEA letra pequeña, listados de 51 líneas se salta de un dato a otro y van apareciendo, salpicados, los protagonistas del

narcotráfico en el Noreste de México y sus eventuales enlaces en ciudades de su área Reynosa, Matamoros, Nuevo Laredo, Ciudad Victoria, algunas distantes como Guadalajara y otras tan lejanas como en Colombia; pero desde luego las de consumo y tránsito de la droga en Texas, Houston, Brownsville, El Paso, Laredo, McAllen y hasta en otras California, Louisiana, Georgia, Illinois, Florida o Nueva York.

Como en ocasiones bajo el rubro de *Adress*, aparezca o no la dirección del número al que se llama o desde donde se marca, los espías de la DEA ponen uno, dos o tres asteriscos. En otras se identifica si el número es celular o tiene fax, y en otras más, junto a los nombres de personas físicas o morales, viene un paréntesis con referencia varias.

Uno de los tres teléfonos de la Presidencia de la República a los que presuntos narcotraficantes han hecho llamadas, según Eduardo Valle Espinosa _el ex asesor de Carpizo en la Procuraduría General de la República que afirma que Luis Donald Colosio fue víctima de un complot "narcopolítico" fue detectado por el espionaje de la DEA. El número está consignado en una de varias relaciones de hasta 37 cuartillas, formateada a cuatro columnas, en las que no hay espacio suficiente para escribir completos todos los nombres y todas las direcciones."¹¹⁷

Lo anterior ha sido por cuenta como ya se habrá comprendido, de la DEA, menoscabando en todo momento la soberanía de nuestra nación y siendo de esta manera influencia indudable por no decir inquisición de el país vecino del norte, a continuación sigue lo propio del país.

Monterrey Nuevo León. .- En México existen 120 centros de espionaje telefónico, instalados en la principales ciudades del país, a cargo de la Procuraduría

¹¹⁷ MARIN, CARLOS. Opera en México una amplia red de interceptación telefónica, en seguimiento de García Abrego, la DEA "alambrea" aerolíneas, sucursales bancarias, casas particulares y hasta oficinas de gobierno. Proceso. No. 0930-15. México. Mensual. 29 de agosto de 1994.

General de la República (PGR), en complicidad con Teléfonos de México y Telégrafos Nacionales. Lo mismo en las zonas fronterizas que en el centro del país, decenas de operadores "gamas", así llamados entre ellos, y "tecolotes" o "gaviotas" en el argot policiaco; se encargan de estar al tanto de la voces que van y vienen por las líneas telefónicas. Según una investigación realizada por reporteros, entre otras ciudades escogidas para instalar centros de espionaje telefónico se encuentran: Tijuana, Mexicali, La Paz, Culiacán, Matamoros, Miguel Alemán, Reynosa, Ciudad Victoria, Guadalajara, Nogales, Hermosillo, Ciudad Obregón, Piedras Negras, Ciudad Juárez, Chihuahua, Torreón, Saltillo, Durango, Guanajuato, San Luis Potosí, Uruapan, Querétaro, Veracruz, Acapulco, Oaxaca, Villa Hermosa, Mérida, Cancún, Campeche, San Cristobal de las Casas, Tuxtla Gutiérrez y el Distrito Federal.

Esta practica era realizada hasta fines de los años setenta, por la Dirección Federal de Seguridad, la Dirección de Investigaciones Políticas y Sociales, ambas de la Secretaría de Gobernación, y el Servicio de Inteligencia Militar, de la Secretaría de la Defensa Nacional, así como la CIA; en la actualidad la llevan a cabo, además de la PGR, los Servicios de Inteligencia de Gobernación y de la Sedena, e incluso la DEA.

El centro de espionaje ubicado en esta ciudad "alambrea" unos 290 teléfonos, incluidos los del Palacio de Gobierno del estado, alcaldías, partidos de oposición, periódicos, organizaciones estudiantiles, sindicatos, empresas, defensorías de derechos humanos , aeropuertos, líneas de aviación, cuerpos policiacos y domicilios particulares. La extensa red de espionaje llega también a los aparatos telefónicos de algunos agentes y comandantes de la policía judicial federal que, a juicio de sus jefes son considerados como "chivatones".

Al frente de la llamada "operación tecolote", a nivel nacional está el ingeniero Pedro Peregrino de la Fuente, Director de Telecomunicaciones de la PGR, con oficina central en el hangar de esa dependencia en el Aeropuerto

Internacional de la Ciudad de México. Desde ahí, Peregrino supervisa, controla, sugiere, explica, manda y recibe órdenes. Controla el arrendamiento de las oficinas que convierte en centro de espionaje. Selecciona al personal de Telégrafos de México que luego comisiona como tecolotes en todo el país. Concerta con los jefes de seguridad de Teléfonos, en las distintas plazas, para que, con absoluta discreción, instalen las redes de "alambreo". Adquiere el equipo de monitoreo y grabado, que incluye sistemas receptores que Ultra Alta Frecuencia (UHF, por sus siglas en inglés), para interceptar llamadas de telefonía celular. Y es el enlace principal entre PGR y los altos mandos del Gobierno. No hay motivo para que el espionaje se interrumpa, los operadores están atentos día y noche, todos los días del año, pues nunca se sabe el día y la hora en que dirá lo que al tecolote le interesa.

Dos fueron los motivos fundamentales por los que en la ciudad de Monterrey se monto uno de los centros de mayor cobertura en el país: las operaciones del cártel del Golfo, que encabezaba Juan García Abrego, y el crecimiento del PAN, que ahora gobierna las Ciudades más grandes del estado.

La revista a la que se está haciendo referencia señala que tiene documentos en su poder que revelan, que desde 1988, fue instalada la cueva de Monterrey, diseñada para espiar cualquier aparato telefónico, casi en pleno centro de la ciudad, en el edificio Manchester ubicado en la Av. Dr. Ignacio Morones Prieto, poniente número 2110, (Desde 1988 a la fecha, han sido Procuradores Generales de la República, Sergio García Ramírez, Enrique Álvarez del Castillo, Ignacio Morales Lechuga, Jorge Carpizo, Diego Valdés, Humberto Benítez Treviño y Fernando Antonio Lozano Gracia, actualmente Jorge Madrazo Cuellar).

Los troncales de teléfonos de México llegan directamente al despacho 301, con discreción, como si fuera una caja más en uno de los registros de telefonía, en la parte posterior del edificio, por la calle 16 de Septiembre, está la red conectada al sistema central de interceptación. En la azotea hay antenas que reciben o mandan las señales de alta frecuencia. **El 20 de abril de 1991, el entonces Procurador General de la República, Enrique Alvarez del Castillo negó en esta ciudad de Monterrey "que en México haya intervención telefónica".** Alvarez del Castillo había asistido al simposio "Nuevos Horizontes Jurídicos", organizado por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Al término de su intervención fue cuestionado a raíz de la denuncia que hicieron, primero Jorge Madrazo Cuellar, entonces Visitador de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, actual Procurador General de la República, y luego el doctor Jorge Carpizo entonces presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, pues en su oficina fue encontrado un sistema de espionaje telefónico. En respuesta a Carpizo, Alvarez del Castillo declaró que se investigaría la denuncia de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y frente a la demanda del Partido de la Revolución Democrática, en el sentido de que compareciera en la Cámara de Senadores, dijo que no tenía por qué hacerlo, dado que "dicha Cámara no me ha invitado y tampoco me lo ha ordenado mi jefe". Un día antes del 19 de abril Carpizo estuvo en la Procuraduría General de la República, para reiterar su petición sobre el esclarecimiento de los hechos y el ejercicio de la acción penal en contra de quienes resultaran responsables. Sin embargo, una vez elevado al rango de Procurador General de la República, Jorge Carpizo no sólo hizo caso omiso de sus propias denuncias, sino que incluso cobijó el espionaje telefónico; cosa que actualmente está haciendo Jorge Madrazo al frente del mismo cargo, únicamente con la diferencia de que ahora las apariencias indican que la intervención telefónica se ha legalizado.

El espionaje telefónico es una práctica que fue denunciada en múltiples ocasiones, involucrando al gobierno mexicano y teléfonos de México, cuando esta empresa era estatal. Hoy continúa, con la diferencia de que Telmex es ya una empresa privada.

Con motivo del movimiento estudiantil de 1968, en el Gobierno de Gustavo Díaz Ordaz, fue creado el Servicio de Inteligencia Militar como una de las formas más agresivas de espionaje telefónico con tintes políticos. A mediados de 1977 Heberto Castillo relató que "un día, ya como Procurador de la República me llamó Pedro Ojeda Paullada, me dijo: necesito platicarle algo, pero necesito hacerlo personalmente . . . porque su teléfono, ingeniero, está intervenido".

Aunque eran ya muchas las denuncias de políticos, grupos empresariales y sindicatos, en contra del espionaje telefónico fue hasta noviembre de 1979 cuando la Cámara de Diputados creó una Comisión Investigadora para este caso. Sin embargo, tras de cuatro meses de investigación, los diputados comisionados llegaron a la conclusión de la que partieron; no sabían nada, porque desconocían en dónde y cómo se operaba. Dos años después, el líder de los trabajadores telefonistas, Francisco Hernández Juárez, denunció la creación de un grupo denominado "Servicios Especiales" en Teléfonos de México, dedicado a desempeñar trabajos de espionaje, vigilancia constante y agitación dentro del sindicato, entre otras actividades.

Si anteriormente uno de los organismos encargados del espionaje telefónico con fines políticos era la CIA, con otros nacionales, ahora lo es también la DEA, así como el Centro de Planeación Contra las Drogas (CENDRO), de la Procuraduría General de la República, para el caso del narcotráfico. Un ejemplo de este rastreo, es el caso TD-87-0007 de la DEA, en el que aparecen las fichas de varios miembros del Cártel del Golfo. Uno de los últimos casos de intervención telefónica que tuvo repercusiones a nivel nacional, fue el llamada "Moreliagate", ocurrido a mediados de 1991. En esta ocasión cuando sesionaba a

dirigencia nacional del Partido Acción Nacional (PAN), en el salón de banquetes del hotel Posada de la Soledad de la Capital moreliana, fue "alambreada con micrófonos ocultos.

En ese entonces el exprocurador General de la Procuraduría General de la República, Fernando Antonio Lozano Gracia era Diputado Federal de la LIV Legislatura del Congreso de la Unión por el PAN, y se sumó al coro de protesta de sus compañeros de partido.¹¹⁸

Los anteriores son claros y palpables ejemplos de que aún antes de que se legislara en la materia de la intervención telefónica, en México ya existía una amplia carrera para esta práctica, pasando por encima de los valores sociales constitucionalmente protegidos por las garantías individuales. Ya para el tiempo en el que se hablaba seriamente de la posibilidad de legislar en el campo de las intervenciones telefónicas, se dieron diversas manifestaciones a luz pública las que resultaron en diversos sentidos, ya sea a favor o en contra, y tan es así que oportunamente se expresó lo siguiente:

Las reformas Constitucionales a los artículos 16, 20, 21, 22, y 73 que dan bases legales a la Ley Federal contra el Crimen Organizado "tienen un potencial de abuso si no se implementan bien", acepta Fernando Gómez Mont, exdiputado Federal, por el Partido Acción Nacional, hoy consultor del Presidente Ernesto Zedillo, y del entonces Procurador General de la República, Fernando Antonio Lozano Gracia.

La reforma al artículo 16 que prevé la intervención de la comunicaciones privadas, pareciera ir más allá del Combate a la Delincuencia Organizada. Incluso en algún momento se consideró si se ponía en la Ley eso del terrorismo, pero se desecho

¹¹⁸ RAMIREZ, IGNACIO Y JULIO ALBERTO RUBIO. En Monterrey "Alambreada" desde el Palacio de Gobierno hasta domicilios particulares. La "Operación Tecolote": 120 centros de espionaje telefónico coordinados por la PGR. Proceso. No. 0949-20, México. Mensual. 9 de enero de 1995.

porque aunque existe ese potencial en el país, no es el problema más grave que estamos enfrentando. El terrorismo, percibido con carga política, es un dato prácticamente inexistente en los últimos meses. Esa no es nuestra preocupación dice Fernando Gómez Mont, así mismo expresa que la combinación entre maña y terrorismo se puede evitar en México pero a base de política, política no de política penal. Sería inmaduro no aceptar que tienen un potencial de abuso, pero eso tiene que ser contrarrestado en su reglamentación; tenemos que estar pendientes para que se cumpla con sus fines y no se exacerben ni se salgan de los límites para las que fueron creadas. En la legislatura en la que Gómez Mont fue presidente de la Comisión de Justicia, al panista le fue rechazada una iniciativa que contemplaba la intervención telefónica. Gómez Mont afirma que el problema de inseguridad está ahí ya. Que hay cierto grado de proyección en lo que se nos puede venir, pues sí, uno y otro enfoques son graves. "Necesitamos romper un régimen de normas perfectas que no se cumplen y pasar a otro de normas que puedan cumplirse y que tiendan a terminar situaciones de simulación de una investigación encubierta poco profesional, para hacerla mucho más evaluable, profesional y eficiente."¹¹⁹

Ahora que ha sido incluida en la Constitución la posibilidad de realizar intervenciones telefónicas, me puedo dar cuenta de que los comentarios del señor Gómez Mont, no fueron lo acertados que el tal vez esperaba, pues estoy en desacuerdo en que tal práctica sea profesional; pues qué de profesional puede tener el invadir la privacidad de otras personas haciéndose aún por encima de lo establecido en las garantías individuales que el sistema jurídico contempla?.

A la posibilidad de incluir en el marco jurídico nacional el realizar prácticas tendientes a interceptar comunicaciones telefónicas, destacados juristas mexicanos

¹¹⁹ ALBARRÁN DE ALBA, GERARDO. El asesor de Lozano reconoce que son represivas, pero justifica: Hay que romper el péndulo del crimen". Gómez Mont defiende las reformas contra el crimen "Buscan acabar con el régimen de simulación que favorece al autoritarismo." Proceso. No. 1017-03. México. Mensual. 29 de abril de 1996.

previeron la inconstitucionalidad en que se incurriría si ello sucedía, como hoy día se ha dado.

Algunos juristas consideraron respecto de la iniciativa de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que agotado el modelo neoliberal, el Estado mexicano trata de imponer el poder policiaco con el pretexto de la seguridad pública y la delincuencia organizada, con riesgo para las Garantías Individuales y de que se produzca la militarización en el país.

Otras expresiones se concretaban a señalar "nos quieren seguros pero con el riesgo del cautiverio", como la de el penalista Mariano Albor, profesor de Teoría Política del Colegio de Historia de la Facultad de Filosofía y Letras de Universidad Nacional Autónoma de México. "Me prefiero libre y a riesgo que cautivo, pero seguro". Como él, Agustín Pérez Carrillo, profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana y estudioso del crimen organizado, prevención del delito y seguridad pública coincidía en señalar que el caso de Fernando Yañez Muñoz, identificado por el gobierno como el comandante Germán, es un claro ejemplo de la política represiva que trata de imponer, por la vía legal la Procuraduría General de la República".

"Así todos somos sospechosos o probables delincuentes organizados, en detrimento de nuestros más elementales derechos humanos, más ahora que se propone legislar sobre el espionaje telefónico, la creación de una Unidad Elite, con miembros del ejército y la delación anónima."

"Por su parte el presidente de la Barra Mexicana del Colegio de Abogados, Jesús Zamora Pierce, señaló "la iniciativa nos enfrenta a una disyuntiva dramática: el triunfo de la delincuencia organizada o el régimen de excepción". La Constitución, añade, dispone en su artículo 1º que las garantías que otorga no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y condiciones que ella misma establece. "Y estos son conforme al artículo 29, los de invasión, perturbación grave de la paz pública o

cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto. En estos casos el presidente podrá suspender, en todo el país o en lugar determinado, las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente a la situación, por tiempo limitado.

Leonel Godoy Rangel Diputado de la anterior Legislatura del Partido de la Revolución Democrática, consideró que esta Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada otorga amplias facultades discrecionales, para que, bajo el pretexto de combatir el crimen organizado o por equivocaciones de buena fe, se indague información relacionada con la intimidad y asuntos secretos de las personas. Además en virtud de los hallazgos sobre la conducta o situación de alguna persona que no pertenece a la delincuencia organizada, ni colabora con ella, puede iniciarse en su contra algún ilícito por ilícitos diversos. Con estos razonamientos, la persecución delictiva está potencialmente permitida en relación con todos los miembros de la sociedad civil sin requerir que presenten peligrosidad criminal; como que todos merecemos censura por el hecho de vivir en la sociedad mexicana, además de que el proyecto de ley constituye un poderoso instrumento para la "seguridad nacional", que se puede entender como razón de Estado y justificar toda acción de las autoridades estatales".¹²⁰

Así mismo se señaló: Esa práctica viola el derecho "a la intimidad" y es "costosísima para el país", se quejan; cae "en abusos" y se usa para "chantajear", de tras de las líneas intervenidas, se esconde el Estado represor, alertan.¹²¹

De esta manera se emitieron diversos puntos de vista antes de la creación definitiva de la que hoy conocemos como la Ley Federal Contra la Delincuencia

¹²⁰ RAMIREZ, IGNACIO. "El Presidente Zedillo y el Procurador Lozano Gracia han dado muestras de Insensibilidad y desconocimiento jurídicos". Manano Albor. La iniciativa y el anteproyecto de leyes sobre Seguridad Pública, ominosos y anticonstitucionales, advierten juristas. Proceso. No. 0991-07. México. Mensual. 30 de octubre de 1995.

¹²¹ MAYOLO LOPEZ, FERNANDO Y GERARDO ALABARRAN DE ALBA. Por violatoria de derechos elementales, onerosa y represiva, legisladores de todas las fracciones parlamentarias condenan la Intervención de Teléfonos. Proceso. No. 0968-04. México. Mensual. 22 de Mayo de 1995.

Organizada, opiniones que indudablemente apuntaban ya a señalar la violación de garantías individuales como hoy se hace en este trabajo de tesis en base a razones que oportunamente se señalarán, mismas que irán encaminadas en el mismo sentido de las opiniones ya esbozadas.

3. Legalidad, Ilegalidad, Constitucionalidad e Inconstitucionalidad de una norma.

Para adentrarnos en el estudio del presente punto, es necesario definir jurídicamente las palabras que lo intitulan.

LEGALIDAD.

Al hablar de la palabra legalidad se puede hacer de dos formas; una genérica y otra específica. Por lo que hace a la genérica tenemos que se atiende a ella como lo que se encuentra establecido y en consecuencia permitido en un sistema jurídico y así precisamente se define:

Legalidad.- Sistema de normas que constituyen el derecho positivo de un país. Calidad legal de un acto, contrato o situación jurídica.¹²²

Conforme a lo anterior advertido se entiende que, de forma genérica, la legalidad se crea con el marco jurídico que rige a una determinada sociedad y que para que la misma se manifieste, todo tipo de actos o situaciones jurídicas deben estar apegadas a este marco de derecho. Ahora bien, la legalidad no sólo se manifiesta con el hecho de que una sociedad se rija por normas jurídicas, sino que

¹²² Cfr. DE PINA, RAFAEL, Y RAFAEL DE PINA VARA. Diccionario de Derecho. Op. Cit.

para garantizar la debida existencia de ella y consecuente aplicación de las normas jurídicas se ha establecido a la legalidad de manera indubitable en el sistema Constitucional mexicano dentro de las garantías individuales.

Es así que nos encontramos con otra forma de hablar de la legalidad, esto es de manera específica, refiriéndonos a ella como una garantía individual, partiendo del entendido de que en una sociedad organizada con un poder de gobierno intervienen dos entes, el gobernante y el gobernado, el primero de ellos desarrollará sus funciones entorno a el segundo, a quien por está misma actividad puede afectarle en su esfera jurídica, dicha afectación puede ser procedente siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos por la Constitución, y para determinar exactamente si es que se ha apegado al derecho tal gobernante o autoridad en su actuar es, que se ha establecido en el artículo 16 constitucional la llamada garantía de legalidad.

El artículo 16 de nuestra Ley Fundamental concibe a la legalidad como una garantía que proporciona en el ámbito jurídico mexicano amplia protección al gobernado, o sea, protege desde las disposiciones constitucionales hasta las disposiciones reglamentarias por mínimas que sean. Esto en razón a que obliga a que todo acto de autoridad exprese razones suficientes y que además tengan sustento en la ley para su existencia, o bien sea, que todo acto de autoridad amen de que tenga una causa real, debe ser fundado y motivado en la ley.

No obstante lo anterior, la legalidad como garantía individual puede ser susceptible de violación, hipótesis ésta que se actualiza en el momento en el que cualquiera autoridad u órgano del estado realiza acto cualquiera que no se apegue estrictamente a las disposiciones que conforman el marco jurídico mexicano, con el cual deben desempeñar sus funciones.

ILEGALIDAD.

En contraposición a la legalidad encontramos a la ilegalidad, siendo la misma desde una visión personal y en forma genérica, cualquier acto, conducta o hecho no previsto o permitido por el ordenamiento jurídico que impera en determinada sociedad, causa que obliga a que quede fuera de todo contexto jurídico y por ende ser ilegal.

De manera específica y en un ámbito dogmático constitucional la ilegalidad constituye ser la contravención realizada por los órganos del Estado a las garantías individuales reconocidas por la Ley Fundamental a los gobernados infringiendo a estos en consecuencia, sus innatos derechos mínimos. Como nota importante hay que decir que la ilegalidad específica viola las disposiciones constitucionales y conlleva por ende a una inconstitucionalidad.

Por lo anterior es necesario establecer los parámetros que nos indican la constitucionalidad e inconstitucionalidad.

CONSTITUCIONALIDAD.

Es bien sabido que la Constitución a nivel mundial, sea del país al que corresponda, es indudablemente el ordenamiento jurídico supremo sobre el que se sustentan leyes secundarias, cuyo fin es organizar a una sociedad. Luego entonces, se tiene que el término constitucionalidad según *Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara*, corresponde a: "Característica de un acto o norma que corresponde al sentido político jurídico de una constitución."

En lo particular a la anterior conceptualización yo le eliminaría lo político le dejaría lo jurídico y le añadiría que esta característica del acto o norma, corresponde

al sentido también histórico con el que fue creada una constitución. De tal manera que queda como sigue:

La constitucionalidad es la característica con la que se encuentra investida ya sea una ley, una simple norma o disposición, o un acto proveniente de una autoridad, característica esta que obedece al sentido jurídico e histórico de la Ley Fundamental, o bien sea a su esencia propia.

En tales circunstancias, las razones que den pie a la creación de una norma a fin de que sea constitucional, además de obedecer a una circunstancia real debe atender a la esencia y espíritu con el que fue creada la propia constitución y no contravenir las disposiciones de la misma. Es así que un precepto normativo que forma parte de las garantías individuales, es considerado como garantía individual en virtud de que obedece íntegramente a los lineamientos establecidos por la Ley Suprema, esto es respeta su sentido.

Ahora bien, y no obstante de encontrar una norma plasmada en la constitución, esta puede adolecer de constitucionalidad, o lo que es lo mismo ser inconstitucional.

Al definir lo inconstitucional, surge un problema estrictamente de terminología en cuanto a si es debido manejar el término inconstitucional o el término de anticonstitucional, por lo que habrá que definir ambas palabras.

ANTICONSTITUCIONALIDAD.

Entraña oposición abierta, manifiesta e indudable de algún acto o ley contra la constitución. Es una inconstitucionalidad evidente que no requiere demostración.¹²³

¹²³ BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. Diccionario ... Op. Cit.

INCONSTITUCIONALIDAD.

Partiendo del principio inexcusable de los estados de derecho, de la Supremacía de la Constitución, se han de reputar como inconstitucionales todos los actos, leyes, decretos o resoluciones, que se aparten de sus normas o las contradigan. En consecuencia, *son también total y absolutamente inconstitucionales cuantos actos realicen y disposiciones adopten los gobiernos de facto; porque, para existir, empiezan por eliminar total o parcialmente, abierta o encubiertamente, la propia constitución.*

La declaración de inconstitucional de un acto o precepto legal se obtiene por regla general planteándolo ante los tribunales de justicia, si bien en algunos países existen tribunales especiales de garantías individuales.¹²⁴

Hay algunos autores que suelen señalar que los términos anticonstitucional e inconstitucional no son lo mismo, ello atendiendo a su sentido literal, ya que según este sentido, lo anticonstitucional será atendiendo al prefijo *anti* lo que va contra la Constitución y lo inconstitucional será lo que no se encuentra contenido en la Constitución por el prefijo *in*.

No obstante lo anterior y atendiendo a las definiciones aquí plasmadas, se deduce que lo anticonstitucional e inconstitucional redundan en lo mismo, esto es; una oposición o contradicción directa a la Constitución ya que la norma se aparta de los límites establecidos en la Ley Fundamental y por lo tanto, podemos utilizar los términos indistintamente, pues puede ser anticonstitucionalidad porque vaya en contra de la constitución así como de su esencia jurídica e históricamente establecida, y a su vez inconstitucional ya que apartándose la norma de la constitución, ésta contiene condiciones o lineamientos no establecidos por la constitución.

¹²⁴ Cfr. OSORIO, MANUEL. Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales. Buenos Aires. Edit. Heliasta. 1990.

De tales razonamientos se puede sostener que una norma cualquiera o precepto constitucional, caerá en inconstitucionalidad o anticonstitucionalidad como se le quiera llamar, a pesar de estar contenida en la Ley Fundamental siempre y cuando no se adecue a los lineamientos fundamentales demarcados por la misma.

En sana lógica se deduce que una norma o precepto normativo dogmático constitucional aún y cuando se encuentre establecido en la ley fundamental será inconstitucional cuando se aparte o contraponga a los lineamientos establecidos en la misma, pues se tratará de una norma que por su estructura tanto literal como jurídica no encontrará sustento en la esencia de la propia constitución y por ende hará a la Ley que de ese precepto derive inconstitucional.

4. Requisitos de Procedibilidad para efectuar la Intervención Telefónica.

La figura de la Intervención Telefónica como tal, tiene su origen en el ya varias veces citado artículo 16 de la Ley Fundamental, el que contempla en su estructura la posibilidad de intervenir todo tipo de comunicaciones privadas, presupuesto este en el que cabe la Intervención Telefónica. El citado artículo señala:

Artículo 16.- "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

...

"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 el titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

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

...”

De lo estipulado en el precepto constitucional se desprende que de la Intervención Telefónica podrán participar dos autoridades, por una parte la autoridad Judicial Federal como autoridad ordenadora y por otra el Ministerio Público como la autoridad ejecutora.

Es así que, la Intervención Telefónica procede únicamente por o mediante autorización de la autoridad judicial federal, esto es, el Juez de Distrito, a pedimento de una autoridad del mismo fuero Federal, a saber el Ministerio Público de la Federación, de acuerdo a esto indudablemente al estar hablando de la Intervención Telefónica estamos frente a un acto de molestia que inferirá en la esfera jurídica del gobernado.

En tales circunstancias, la Intervención Telefónica al constituirse como acto de molestia deberá satisfacer los requisitos establecidos por el párrafo primero del artículo 16 de la Constitución Federal, tales como el que el acto de molestia

cuenta con mandamiento escrito de la autoridad competente y que se encuentre fundado tanto en preceptos constitucionales como legales, así como motivado en razones que legalmente incidan en la hipótesis requerida para intervenir una comunicación privada.

Ahora bien, la Intervención Telefónica se rige además de por lo establecido en el precepto constitucional, por la Ley que de este derivó, Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, ya que como se sabe esta consiste en una medida emergente dentro del combate contra la delincuencia organizada, por lo que ha de abordarse la misma.

En su artículo 1º, esta Ley Federal prevé:

“La presente ley tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional.”

Aquí vale mencionar la definición legal de la Delincuencia Organizada, que conforme al artículo 2º de la citada Ley Federal se define así:

“Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas con otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

...”

Sobre el particular hay que mencionar que antes de la adición realizada al artículo 16 de la Ley Fundamental, y consecuente creación de esta Ley Federal, se preveía en el artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales una

definición un poco más amplia de lo que debiera considerarse como delincuencia organizada, este precepto rezaba:

“En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada, que serán aquéllos en los que tres o más personas que se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos algunos de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; . . . ”

Desafortunadamente este precepto fue reformado y dejó de tener vigencia por lo que hace a la definición de Delincuencia Organizada el día en el que la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada entra en vigencia a saber, el 7 de noviembre de 1996. Redactado como ha sido el artículo 2º de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, mismo que actualmente define a la misma, consigue ser más restringido.

La ley, y la propia Constitución contemplan la posibilidad de intervenir todo tipo de comunicaciones privadas, y para saber lo que se debe entender por esta expresión, la última parte del artículo 16 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, señala que ***son susceptibles de intervención las comunicaciones privadas que se realicen de forma oral, escrita, por medio de signos o señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, así como cualquier otro medio o forma que***

permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores.

Este artículo es bastante amplio ya que además de prever determinados presupuestos hipotéticos que forman parte de las comunicaciones privadas y susceptibles de intervención, se deja abierta la posibilidad a cualquier otro tipo de comunicación tal vez inimaginable siempre y cuando se trate de una comunicación privada.

De esta manera, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada es el ordenamiento jurídico que contempla la intervención de todo tipo de comunicaciones privadas, hipótesis esta en la que se ubica la intervención telefónica.

En un principio, para que se de la necesidad de intervenir una comunicación telefónica debe existir un proceso de investigación o averiguación previa de aquellos delitos en los que participa la delincuencia organizada, que serán los específicamente establecidos por la misma ley. Esta investigación estará a cargo de la Procuraduría General de la República, institución que dispone de una unidad especializada con Ministerios Públicos de la Federación que se encargarán exclusivamente de investigar delitos cometidos por la delincuencia organizada, y así se señala en el artículo 8º de la referida ley.

Artículo 8º.- " La Procuraduría General de la República deberá contar con una unidad especializada en la investigación y persecución de los delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada, integrada por Agentes del Ministerio Público de la Federación, auxiliados por agentes de Policía Judicial Federal y Peritos.

... "

Así pues, en dicho ordenamiento jurídico se prevén detalladamente los requisitos para establecer una intervención telefónica, siendo los siguientes:

Por lo que hace a la autoridad jurisdiccional:

Como ya se ha señalado oportunamente, al juez de distrito en materia penal, es a quién le competirá otorgar o no la autorización para intervenir las líneas telefónicas, en virtud de que se trata de la aplicación de una ley de carácter federal. Ahora bien esta competencia se establece en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Artículo 50.- "Los jueces federales penales conocerán:

I.- De los delitos del orden federal.

“... ”

III.- De las autorizaciones para intervenir cualquier comunicación privada”.

Artículo 50 bis.- “En materia federal, la autorización para intervenir comunicaciones privadas, será otorgada de conformidad con la ley federal en materia de delincuencia organizada.”

Artículo 50 ter.- “Cuando la solicitud de autorización de intervención de comunicaciones privadas, sea formulada en los términos previstos en las legislaciones locales, por el titular del Ministerio público de alguna entidad Federativa, exclusivamente se concederá si se trata de los delitos de homicidio, asalto en carreteras o caminos, robo de vehículos, privación ilegal de la libertad o secuestro y tráfico de menores, todos ellos previstos en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de Fuero Federal, o sus equivalentes en las legislaciones penales locales.

“La autorización se otorgará únicamente al titular del Ministerio Público de la entidad federativa, cuando se constate la existencia de indicios suficientes que

realicen la probable responsabilidad en la comisión de los delitos arriba señalados. El titular del Ministerio Público será responsable de que la intervención se realice en términos de la autorización judicial. La solicitud de autorización deberá contener los preceptos legales que la fundan, el razonamiento por el que se considera procedente, el tipo de comunicaciones, los sujetos, y los lugares que serán intervenidos, así como el periodo durante el cuál se llevarán a cabo las intervenciones, el cual podrá ser prorrogado, sin que el periodo de intervención, incluyendo sus prórrogas, pueda exceder de seis meses. Después de dicho plazo, sólo podrán autorizarse las intervenciones cuando el titular del Ministerio Público de la entidad federativa acredite nuevos elementos que así lo justifiquen.

“En la autorización, el juez determinará las características de la intervención, sus modalidades y límites y, en su caso, ordenará a instituciones públicas o privadas, modos específicos de colaboración.

“En la autorización que otorgue el juez deberá ordenar que, cuando en la misma práctica sea necesario ampliar a otros sujetos o lugares la intervención, se deberá presentar ante el propio juez, una nueva solicitud; también ordenará que al concluir cada intervención se levante un acta que contendrá un inventario pormenorizado de las cintas de audio o video que contengan los sonidos o imágenes captadas durante la intervención, así como que se le entregue un informe sobre sus resultados, a efecto de constatar el debido cumplimiento de la autorización otorgada.

“El juez podrá, en cualquier momento, verificar que las intervenciones sean realizadas en los términos autorizados y, en caso de incumplimiento, decretar su revocación parcial o total.

“En caso de no ejercicio de la acción penal y una vez transcurrido el plazo legal para impugnarlo sin que ello suceda, el juez que autorizó la intervención, ordenará que se pongan a su disposición las cintas resultado de las intervenciones,

los originales y sus copias y ordenará su destrucción en presencia del titular del Ministerio Público de la entidad federativa.”

Una vez establecida la razón de competencia entrará al estudio de los requisitos que la propia Ley Federal contra la Delincuencia Organizada establece:

A.- La Intervención a la Comunicaciones Telefónicas procede contra los delitos cometidos por la delincuencia organizada , los que de acuerdo a la ley del mismo nombre serán los establecidos en el artículo 2º:

1. Terrorismo;
2. Delitos Contra la Salud;
3. Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita;
4. Falsificación o alteración de Moneda;
5. Acopio y tráfico de armas;
6. Tráfico de Indocumentados;
7. Tráfico de Organos;
8. Asalto Previsto en los artículos 286 y 287, del Código Penal Federal;
9. Secuestro, y;
10. Tráfico y robo de vehículos.

B.- Para que se declare procedente la intervención telefónica por parte de la autoridad judicial federal, deberá mediar petición por escrito por parte del Ministerio Público de la Federación.

Del artículo 16 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada se infiere que la necesidad de la Intervención Telefónica surge de la Averiguación

Previa en los casos en los que el Ministerio Público de la Federación cuente con datos que le hagan suponer que el delito que se investiga es cometido por la Delincuencia Organizada, en tales circunstancias la Procuraduría General de la República por conducto del Procurador General o bien del titular de la Unidad especializada en casos de intervención a las comunicaciones privadas, deberán dirigir solicitud escrita al juez de distrito a efecto de que autorice tal intervención. En este orden de ideas, la solicitud deberá indicar la persona o personas a las que se desea intervenir la comunicación telefónica, el lugar o lugares que serán objeto de la intervención, la necesidad y el objeto de la misma.

Ahora bien, el artículo en mención, señala textualmente que el Ministerio Público de la Federación en su solicitud debe hacer mención de los indicios que le hagan presumir fundadamente, que en los delitos investigados participa alguno o algunos miembros de la delincuencia organizada; no obstante ello, pienso que al tratar de obtener la autorización para llevar a cabo un método tan complejo y delicado como lo es la intervención telefónica, el cual infiere necesariamente en los bienes jurídicos tutelados por la Constitución como lo son las posesiones, debería hablarse más que de indicios de pruebas materiales que señalen la real participación del individuo al cual se investiga en la delincuencia organizada. Lo anterior en virtud de que saldría de todo contexto jurídico el que por tratarse de meros indicios se caiga en un error y se investigue a quien no se debe, luego entonces debe ser más estricto el señalamiento que ponga al alcance del Ministerio Público esta posibilidad.

No obstante lo anterior como la Ley solamente prevé el que el Ministerio Público de la Federación señale los indicios que le hagan presumir las circunstancias ya señaladas, habrá que precisar lo que realmente son los meros indicios, y aún más creo que es necesario poner énfasis en el cuidado que el

juez debe prestar a la valoración de estos indicios ya que es un punto que amerita delicadeza jurídica, puesto que se pone en juego un derecho de alto valor para el ser humano como lo es la vida privada al contemplar la posibilidad de intervenir las conversaciones Telefónicas.

C.- La autorización de la autoridad judicial para intervenir cualquier comunicación privada a través de un mandamiento escrito, en el que deberá fundar y motivar las causas legales del procedimiento.

Este requisito constituye ser fundamental para proceder a realizar la intervención de la comunicación telefónica, pues obedece a la regla general que abraza al acto de molestia en sí mismo, y que se debe de observar en todos y cada uno de los presupuestos establecidos en el artículo 16 de la Constitución Federal mismos que van desde una orden de aprehensión hasta una intervención a las comunicaciones privadas, teniendo como premisa fundamental para efectuar todo acto de molestia la autorización del órgano jurisdiccional

En efecto, la estructura jurídica del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, indica el deber de contar con la venia del órgano judicial para llevar a cabo un acto de autoridad que provoque molestia en stricto sensu al particular.

En general la autoridad judicial competente para autorizar la intervención a las comunicaciones telefónicas es el juez de distrito atendiendo en principio a que esta práctica se encuentra regulada en una ley de carácter federal y por consecuencia a que los delitos en ella contenidos para los cuales procede esta práctica son de este mismo carácter.

Así las cosas la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada prevé que el juez deberá resolver si concede o no la tal autorización en un término de doce

horas, el que será computado a partir del momento en el que sea recibida la solicitud. Esta autorización podrá hacerse hasta por un periodo de seis meses incluyendo prórrogas (Ver Artículo 17 Y 18 párrafo 3º, LFCDO).

A efecto de resolver si concede o no la solicitud de Intervención Telefónica, el juez deberá constatar que realmente el individuo que se pretende investigar mediante este método, forma parte de la delincuencia organizada, para que lo considere como medio idóneo de obtener probanza alguna. Volvemos a caer en lo que ya oportunamente he advertido, en el sentido de que para esta situación el Ministerio Público debe aportar pruebas y no presunciones consistentes en meros indicios, pues cómo se pretende que el juzgador tenga la certeza de que las cosas sean así, sino mediante datos reales y suficientes que el investigador debe aportarle.

Una vez que el juzgador se ha convencido de que el individuo forma parte de la delincuencia organizada, el juez en su mandamiento escrito o bien sea, la autorización, indicará el tipo de las comunicaciones a interceptar, para el caso indicará que se trata de una comunicación de las de tipo telefónico; los lugares objeto de la interceptación, esto es el o los domicilios si son varios; así como el tiempo durante el cual se efectuará la intervención,(Ver artículo 18, LFCDO).

Los anteriores son los requisitos esenciales que operan en función de la autoridad judicial para poder autorizar la práctica de la Intervención Telefónica, considerada como uno de los tipos de comunicaciones a susceptibles de ser intervenidas. Aún faltan por considerar los requisitos para efectuar una intervención telefónica por parte de la autoridad ejecutora, es decir, por el Ministerio Público de la Federación.

Por lo que hace a la autoridad Investigadora:

A.- La intervención a las comunicaciones telefónicas únicamente podrá efectuarse por el Ministerio Público de la Federación bajo su responsabilidad, con la participación de perito calificado.

Esta parece ser una regla general a seguir establecida por el artículo 18 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. Este requisito necesariamente nos remite al artículo 8º de la Ley en comento, precepto este que establece que la investigación y persecución de los delitos cometidos por los delincuentes organizados se efectuará por la Unidad Especializada de la PGR, misma que estará integrada por Agentes del Ministerio Público de la Federación con el auxilio de la Policía Judicial Federal y peritos. Lo anterior indica que es exclusiva de la Unidad Especializada de la PGR, la facultad de efectuar Intervenciones Telefónicas.

Ahora bien, el propio artículo 18 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en su párrafo segundo señala que “el juez determinará las características de la intervención, sus modalidades y límites, y en su caso, ordenará a instituciones públicas o privadas modos específicos de colaboración.”

Por otra parte el artículo 8º, en su último párrafo previene: “En caso necesario el titular de esta unidad podrá solicitar la colaboración de otras dependencias de la Administración Pública Federal o entidades federativas.”

Estos modos de colaboración se establecen más específicamente en el artículo 9º de la Ley en comento, el cual señala:

“Artículo 9º.- Cuando el Ministerio Público de la Federación investigue actividades de miembros de la delincuencia organizada relacionadas con el delito de

operaciones con recursos de procedencia ilícita, deberá realizar su investigación en coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

“La información que se obtenga conforme al párrafo anterior, podrá ser utilizada exclusivamente en la investigación o en el proceso penal correspondiente, debiéndose guardar la más estricta confidencialidad. Al servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de estas o de los documentos, se le sujetará al procedimiento de responsabilidad administrativa o penal según corresponda.”

Por otra parte el artículo 11 establece:

“**Artículo 11.-** En las averiguaciones previas relativas a los delitos a que se refiere esta Ley, la investigación también deberá abarcar el conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación. Para tal efecto, el Procurador General de la República podrá autorizar la infiltración de agentes.

“En estos casos se investigará no sólo a las personas físicas que pertenezcan a esta organización, sino las personas morales de las que se valgan para la realización de sus fines delictivos.”

Pero para los efectos de colaboración de los que habla la referida Ley es de suponerse que no son las únicas bases de colaboración que podrán establecerse las antes establecidas, sino que también deben existir otras tales como la indudable colaboración que debe tener por ejemplo la compañía de Teléfonos de México en esto de las Intervenciones Telefónicas.

B.- El Ministerio Público de la Federación Durante la Intervención a las Comunicaciones Privadas deberá ordenar la transcripción de las grabaciones que resulten ser de interés para la Averiguación Previa.

Este requisito se encuentra inmerso en el artículo 20 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, mismo que establece que la transcripción que se haga deberá cotejarse ante el personal del cuerpo técnico de control de la Unidad Especializada de la Procuraduría General de la República encargada de efectuar las intervenciones telefónicas; así mismo, la transcripción deberá contener los datos necesarios para identificar la cinta de donde fue tomada. Aún más este precepto previene que la misma transcripción debe ser integrada físicamente a la averiguación previa.

Ahora bien, este precepto viene a confirmar el flagrante asecho que se realizara al intervenir las comunicaciones privadas al señalar que las imágenes de video que se estimen convenientes podrán ser convertidas en imágenes fijas y hasta ser impresas para su integración a la indagatoria y; al igual que sucede con las transcripciones deberá señalarse la cinta de donde fueron tomadas, así como el nombre y cargo de la persona que realizó la conversión.

C.- El Ministerio Público de la Federación podrá solicitar prórroga.

El Ministerio Público de la Federación para obtener la prórroga deberá presentar un informe al juez y solicitarla cuando menos con dos días de anticipación a la fecha en que fenezca el plazo otorgado por el juez. La ley no lo especifica, pero cabe mencionar que desde un particular punto de vista si se habla de un informe presentado al juez por el Ministerio Público, este informe deberá cuando menos contener los avances contenidos en la intervención y demostrar que es necesario

continuar con ella. Es así que con base a este informe el juez deberá resolver si concede o no tal prórroga en un término de doce horas (Ver artículo 18 LFCDO).

Las cosas no se quedan ahí, sino que conforme al artículo 19 de la Ley, para el caso de que el juez no resuelva dentro de las doce horas que marca la ley sobre la solicitud de la intervención telefónica o sus prórrogas puede el Ministerio Público acudir al Tribunal Unitario de Circuito correspondiente a efecto de que este resuelva en un término igual. Y en dado que el juez resuelva a la petición de la prórroga en sentido negativo el Ministerio Público cuenta con la posibilidad de apelar el auto que le niegue tal prórroga, esta apelación deberá ser resuelta en un término d 48 horas.

D.- Se podrá solicitar la ampliación de la Intervención.

En efecto, puede el Ministerio Público solicitar la ampliación de la Intervención Telefónica a otras personas:

Artículo 21.- Si en la práctica de una intervención de comunicaciones privadas se tuviera conocimiento de la comisión de delitos diversos de aquéllos que motivan la medida, se hará constar esta circunstancia en el acta correspondiente, con excepción de los relacionados con las materias expresamente excluidas en el artículo 16 constitucional. Toda actuación del Ministerio Público de la Federación o de la Policía Judicial Federal, hechas a contravención de esta disposición carecerán de valor probatorio.

“Cuando de la misma práctica se advierta la necesidad de ampliar a otros sujetos o lugares la intervención, el Ministerio Público de la Federación presentará al juez de distrito la solicitud respectiva.

...”

E.- Se levantará acta circunstanciada de toda intervención.

Esta disposición se encuentra prevista en el artículo 22 de la Ley en comento, dicha acta circunstanciada deberá expresar las fechas tanto de inicio como de término de la intervención telefónica, un inventario pormenorizado de documentos, videos y cintas de audio o video que contengan ya sea las imágenes o los sonidos y comunicaciones reducidas a manifestaciones captados durante la intervención, para el caso concreto de la intervención telefónica serán los sonidos captados durante la intervención, se deben enumerar las cintas originales y duplicados en orden progresivo y anotar en ellas los datos que permitan su identificación, todo esto deberá ser guardado en sobre cerrado y sellado que será resguardado en su seguridad e integridad por el Ministerio Público de la Federación.

Es necesario hacer notar que desde una perspectiva particular, deja mucho que desear el que no se haya establecido un tiempo específico para realizar una intervención telefónica, y se deje así en arcas abiertas el tiempo de seis meses con todo y prórrogas, pues se está hablando de seis largos meses durante los cuales el particular se encontrará bajo el asecho insospechado de las autoridades.

Es importante señalar que de todos los países que han legislado sobre la Intervención Telefónica, México es el país en el que más vago ha quedado esto del tiempo, pues en países como Italia se ha señalado un término de hasta 15 días para efectuar una intervención telefónica, en otros como Francia se ha señalado un tiempo de hasta cuatro meses, casos estos de los que queda realmente alejada nuestra legislación mexicana; da la impresión de que los legisladores pensaron que a mayor tiempo mayores las posibilidades de autoacusar al inculpado, pero no pensaron en ningún momento que a mayoría de tiempo mayoría en la violación de los derechos mínimos del individuo.

Lo anterior expuesto como ya se señaló corresponde a los requisitos de procedibilidad por un lado para autorizar una Intervención Telefónica por parte de la autoridad judicial, y por el otro a los requisitos de procedibilidad tanto para solicitar como para efectuar la Intervención Telefónica a cargo de la autoridad investigadora.

No obstante todos los requisitos ya señalados, la Ley no señala un requisito fundamental para llevar a cabo un acto de molestia como lo es el dar a conocer este acto al particular. Y no lo menciona la Ley simplemente porque no existe intención alguna de llevar a cabo este requisito pues como se verá más adelante se basaron los creadores de la Ley para no incluirlo en el pretexto de que si se realizaba se desvirtuaría el objeto de la práctica.

Ya se han establecido los que son considerados como requisitos de procedibilidad de la Intervención Telefónica de acuerdo a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada; a continuación a modo de resumen y para tener un panorama más amplio se presentará un cuadro esquemático de cómo se presenta la Intervención Telefónica en el sistema jurídico mexicano.

a.- Derecho Protegido.

Anteriormente a la adición que ha motivado el tema de tesis, en mi opinión, existía una visión general y protección generosa a los bienes jurídicos tutelados por el artículo 16 de la Constitución, actualmente con motivo de la creación de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, consecuencia de la adición del párrafo 9º al artículo antes señalado, se ha dejado susceptible a mayor vulneración uno de los valores jurídicos salvaguardados por la regla general del acto de molestia que contiene el propio artículo 16 de la Constitución Federal, como lo son las posesiones. Es así, que hoy por hoy la premisa que constituye el bien jurídico tutelado de esta adición es la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, permitiendo se suceda dicha violación con la autorización judicial federal a petición del Ministerio Público.

Aunque la autorización para realizar la Intervención Telefónica se contenga en artículo expreso constitucional y legal derivado de una Ley Federal hay que hacer énfasis en el estricto respeto que dicha aplicación debe guardar para con los requisitos estrictamente establecidos a fin de llevar a cabo un acto de molestia por el propio artículo 16 de la Constitución.

b.- Normatividad que le Contiene.

- 1.- La Constitución Federal.
- 2.- Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.
- 3.- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

c.- Tipos Delictivos.

Los tipos delictivos aquí señalados se clasifican en los siguientes:

1. Intervención Ilegal.
2. Revelación del contenido de la comunicación, ya sea de manera total o parcial.
3. Tentativa de los anteriores.
4. Autoría Intelectual de estos.

Como ya quedó establecido en el capítulo anterior, con motivo de la adición que permite la Intervención Telefónica, actualmente ha sido derogado el tipo penal que castigaba esta práctica, a saber la fracción IX del artículo 167 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Dicha derogación considero se efectuó en virtud de que obstaculizaría la realización de Intervenciones Telefónicas, pues aunque esta se realice bajo una autorización judicial, esta práctica en sí misma no deja de ser dolosa y mucho menos indebida.

Lo que sí se incluyó en el Código Penal Federal fue el artículo 177 que anteriormente se hallaba derogado y hoy establece:

Artículo 177.- A quien intervenga comunicaciones privadas sin mandato de autoridad judicial competente, se le aplicarán sanciones de seis a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa.”

Este tipo penal se compone de tres elementos a saber, uno subjetivo como lo es la intención de intervenir la comunicación privada, otro normativo conformado en sí por la comunicaciones privadas y el objetivo constituido por la acción de intervenir las comunicaciones privadas. Obviamente que este delito podrá ser cometido tanto por un particular como por la autoridad Federal como lo es el Ministerio Público de la Federación, sin embargo está más enfocado a la autoridad misma, pues es esta la única que puede obtener la autorización judicial. Atendiendo a la forma en la que se encuentra establecido este tipo penal se debe clasificar como una **Intervención Ilegal**.

Por su parte la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada establece los siguientes tipos delictivos:

Artículo 27.- Los servidores públicos de la unidad especializada a que se refiere el artículo 8º de esta Ley, así como cualquier otro servidor público que intervengan comunicaciones privadas sin la autorización correspondiente, o que la realicen en términos distintos de los autorizados, serán sancionados con prisión de seis a doce años, de quinientos a mil días multa, así como destitución e inhabilitación para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos, por el mismo plazo de la pena de prisión impuesta.”

De acuerdo a la clasificación que se ha dado al principio de los tipos delictivos este, se encuadra dentro del de ***Intervención ilegal***.

“**Artículo 28.-** Quienes participen en alguna intervención de comunicaciones privadas deberán guardar reserva sobre el contenido de las mismas.

“Los servidores Públicos de la unidad especializada prevista en el artículo 8° de esta Ley, así como cualquier otro servidor público o los servidores públicos del Poder Judicial Federal, que participen en algún proceso de los delitos a que se refiere esta Ley, que revelen, divulguen, o utilicen en forma indebida o en perjuicio de otro la información o imágenes obtenidas en el curso de una intervención de comunicaciones privadas, autorizada o no, serán sancionados con prisión de seis a doce años, de quinientos a mil días multa, así como la destitución e inhabilitación para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos por el mismo plazo que la pena de prisión impuesta.

“La misma pena se impondrá a quienes con motivo de su empleo, cargo o comisión público tengan conocimiento de la existencia de una solicitud o autorización de intervención de comunicaciones privadas y revelen su existencia o contenido.”

Este tipo penal obedece a la clasificación de ***Revelación del Contenido de la Comunicación ya sea parcial o total***.

Por último el artículo 9° de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada señala en la última parte del párrafo tercero sanción correspondiente al acto de revelación de secreto profesional, toda vez de que los Ministerios Públicos que formen la Unidad Especializada deben trabajar indudablemente bajo este principio:

"Artículo 9°.- . . .

"Al servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de estas o de los documentos, se le sujetará al procedimiento de responsabilidad administrativa o penal que según corresponda."

Es pertinente señalar que ninguno de los tipos delictivos señalados, ni en el Código Penal, ni en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, contemplan sanción alguna por poseer, enajenar, fabricar, importar, adquirir, transportar, alquilar, instalar, equipo para efectuar la Intervención Telefónica sin autorización alguna. Causa esta que nos demuestra que hoy por hoy, no existe un control real y efectivo sobre esta materia.

d.- Noticia del Delito.

Cuando se hace referencia a la noticia del delito, se alude a la forma en la que el Ministerio Público de la Federación tiene conocimiento de la Probable comisión del delito. El autor Guillermo Colín Sánchez señala que "el Agente del Ministerio Público Federal puede tomar conocimiento de un hecho delictuoso: en forma directa e inmediata por conducto de los particulares; por algún agente de la policía o por quienes estén encargados de un servicio público; por el juez en ejercicio de sus funciones, cuando de lo actuado se advierta su probable comisión en la secuela procesal (civil o penal); y por acusación o querrela."¹²⁵

En tales circunstancias bastará que el Ministerio Público este informado por cualquier medio, para que de inmediato quede obligado a realizar las investigaciones pertinentes que le permitan en su oportunidad concluir si la conducta o hecho de que tiene

¹²⁵ Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 16ª., México, Porrúa, 1997, pp. 314 y 315.

conocimiento constituye un infracción penal y, siendo así determinar el sujeto probable autor de la misma.

Al respecto de la noticia del delito, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada prevé que los delitos a los que la misma se refiere serán perseguidos por denuncia, acusación o querrela, (ver artículo 38).

e. Fines de la Intervención.

En el punto relativo a la exposición de motivos en el Diario de los Debates del capítulo tercero, seis fueron los fines que se establecieron como razón que justifica la norma permisiva que autoriza la realización de las comunicaciones telefónicas, estos seis fines culminan en uno solo, mismo que a continuación he de señalar:

Dotar al Estado de un elemento extraordinario de prueba que le permita hacer frente a la delincuencia organizada.

Es así que se cristaliza el fin que el Estado quiere alcanzar con esta práctica, pero para mi gusto es ilusorio el querer alcanzar tanto, pues no creo que sea la medida adecuada.

f. Casos autorizados.

De acuerdo con el texto constitucional se autoriza exclusivamente en materia penal federal, siendo de esta forma una autorización limitativa, toda vez de que se exceptúan de esta posibilidad las materias civil, mercantil, fiscal, electoral, laboral y administrativa o cuando se trate de comunicaciones del detenido con su defensor, así como al fuero común.

La Constitución es omisa en señalar que la autorización va dirigida a aquellos casos de delincuencia organizada únicamente, dejando de esta manera amplio el panorama de su aplicabilidad en materia penal, no obstante lo anterior es

subsano en la ley reglamentaria, explicando ésta en su numeral primero que se aplicará a los delitos cometidos por la delincuencia organizada.

g. Autoriza la Intervención:

La autoridad jurisdiccional federal, es decir, el Juez de Distrito, dentro del un término de doce horas contado a partir de que el Ministerio Público de la Federación pone a su consideración la solicitud. Y en casos extremos de que el juez no resuelva en dicho lapso de tiempo tal solicitud, lo hará el Tribunal Unitario de Circuito correspondiente en un término igual a solicitud del propio Ministerio Público de la Federación.

h. Mecanismos de Control.

Realmente son pocos los mecanismos de control que se desprenden tanto de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada como del Código Penal, siendo estos los siguientes:

1. Autorización Judicial.
2. El Inculcado y su defensor podrán solicitar al juez la destrucción de aquellas cintas no relevantes para el proceso. Ver artículo 23, LFCDO.
3. También podrá solicitarse la destrucción cuando las cintas y los registros provengan de una intervención no autorizada o haya sido efectuada contrariando los términos de la autorización judicial. Ver artículo 23, Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.
4. En el caso de que no haya sido ejercitada la acción penal y transcurrido el término para impugnar esto sin haberse hecho, se pondrán las cintas a disposición del juez que autorizó la intervención quién ordenará su destrucción. Ver artículo 24, Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

5. Así mismo procederá la destrucción cuando haya prescrito el tiempo para ejercitar la acción penal sin haberlo hecho. Ver artículo 24, Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

i. Utilización de los contenidos de la intervención.

De acuerdo con la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada los contenidos de la Intervención Telefónica pueden ser utilizados:

1. Como un medio de prueba ya sea para ejercitar la acción penal o dentro del proceso.
2. La información obtenida de la intervención, únicamente podrá ser utilizada en la investigación o proceso en el que fue autorizada.

No obstante lo anterior no está plenamente garantizado de que esta medida no se salga de las manos del Ministerio Público de la Federación, pues el solo hecho de intervenir una comunicación telefónica implica escuchar esta completa, aún y cuando todo el contenido de la misma no sirva para efectos de la investigación, cosa que nos indica que ya sale fuera de control.

j. Personas autorizadas para efectuar la Intervención Telefónica.

1. Únicamente los agentes del Ministerio Público de la Federación auxiliados por agentes de la Policía Judicial Federal y peritos calificados.
2. En todo caso se podrá solicitar la colaboración de otras dependencias administrativas de la Administración Pública Federal o entidades Federativas.

k. Duración.

Puede la Intervención durar hasta seis meses incluyendo prórrogas, de la Ley no se desprende el periodo mínimo para autorizar una intervención, así tampoco se señala cuantas prórrogas se pueden solicitar.

l. Territorio de aplicación.

Al ser la Ley de carácter Federal por ende la aplicación de la misma debe ser en el ámbito Federal habiendo una particular circunstancia como lo es la facultad de atracción, conforme al artículo tercero en concordancia con el segundo de la Ley en cuestión.

“Artículo 3º.- Los delitos a que se refieren las fracciones I, II, III y IV del artículo anterior, que sean cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada, serán investigados, perseguidos, procesados y sancionados conforme a las disposiciones de esta Ley.

“Los delitos señalados en la fracción V de dicho artículo lo serán únicamente sí, además de cometerse por un miembro de la delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación ejerce la facultad de atracción. En este caso, el Ministerio Público de la Federación y las autoridades judiciales federales serán las competentes para conocer de tales delitos. Bajo ninguna circunstancia se agravarán las penas previstas en las legislaciones de las entidades federativas.”

m. Excepción.

Existe una excepción o límite demarcado por la Constitución en razón a la materia, es así que en materias administrativa, laboral, civil, fiscal, electoral, mercantil, así como en las comunicaciones del detenido con su defensor, no opera la Intervención Telefónica.

De todo lo anterior expuesto, podemos concluir en los sujetos de la Intervención telefónica:

Sujeto Activo : El Estado.

Sujeto Pasivo : El particular, o presunto inculpado.

5. La Intervención Telefónica como violatoria de la Garantía Individual otorgada por el artículo 20 de la Constitución en su fracción II, en relación al artículo 16 constitucional párrafo primero.

El párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la posibilidad de practicar intervenciones telefónicas a aquéllas personas que se sospeche forman parte de la delincuencia organizada tanto en la averiguación previa como en el proceso; implicando esto un alto costo por los equipos que han de emplearse para tal efecto. No obstante hay que ver más allá del problema jurídico que conlleva, pues al tratarse de un acto de autoridad de los de molestia, debe analizarse si la intervención telefónica cumple con los requisitos establecidos en general para realizar los actos de molestia.

Por otra parte en la exposición de motivos que se da por la creación de esta norma permisiva de la intervención telefónica, se dijo que el objetivo principal de esta práctica es dotar de medios extraordinarios de prueba al Estado, estableciendo por consiguiente en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada un valor probatorio a esta práctica. A pesar de esto, no se establece si habrá de considerarse como un nuevo medio de prueba, o en cuál de los ya establecidos y reconocidos como tales en el Código Federal de Procedimientos Penales queda incluida; causa por la que considero que al tratarse su contenido de manifestaciones que el inculpado emite por este medio de asecho insidioso, podrá valorarse como

una declaración y en su caso como una prueba confesional. Es así que partiendo de este supuesto se han de examinar los requisitos tendientes a obtener una declaración y en su caso la confesión de acuerdo con lo establecido por el Código Federal de Procedimientos Penales y por la Constitución misma.

A nivel internacional se ha hablado mucho de las condiciones mínimas que deben regir en un sistema jurídico a fin de que cada estado guarde el debido respeto a las libertades fundamentales consagradas en su ordenamiento supremo y a la libertad del hombre. De esta manera se establece que ninguna de las libertades fundamentales podrá ser interpretada en el sentido de que confiera al Estado o a cualquiera de sus órganos el derecho a emitir disposiciones, emprender una actividad o cometer actos que tengan como objetivo restringir o suprimir las libertades consagradas en la ley fundamental.¹²⁶

Es bien cierto que, a nivel internacional existen restricciones al derecho de la libre comunicación telefónica, y que una de ellas opera en el caso de investigación de los delitos; no obstante ello en el caso de México pienso no debiera operar, ya que si acudimos al principio de la constitucionalidad, encontraremos que esta se cumple cuando la norma a aplicar tiene raíces constitucionales, a mi entender anteriores a la creación de la norma, esto es, que han sido reconocidas jurídica e históricamente por los individuos a los que va a ser aplicada, y no por el contrario creadas con el fin de dar vida y vigencia a una norma legal jamás contemplada por el ordenamiento jurídico nacional.

Conforme a principios jurídicos indiscutibles ninguna autoridad tiene más atribuciones que los que la Constitución o la Ley respectivamente les otorga, **nunca la falta de una regla legal podrá ser competencia gubernativa**. Esto sin olvidar que cada vez que se está en presencia de un derecho humano garantizado por la

¹²⁶ Cfr. COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS DE GINEBRA. Op. Cit. p. 7

constitución, ninguna autoridad está facultada para limitarlo o restringirlo sino con autorización expresa de la Ley. Esto conduce a que en términos generales, pueda negarse al Estado o a alguno de sus órganos la atribución de disponer interceptaciones telefónicas a menos que la Constitución en sí misma derive de las garantías que esta reconoce tal posibilidad.¹²⁷

Ahora bien, trasladando esto al campo jurídico mexicano, pareciera que la posibilidad que se da en los Códigos Procedimentales para intervenir las comunicaciones escritas a los individuos sujetos ya sea a investigación o a proceso, da argumento a favor de la práctica de intervenir las comunicaciones telefónicas, en vista de la paridad que presentan estas prácticas por ser ambas comunicaciones. Esto no es así o por lo menos yo no lo creo, pues una cosa es que legalmente desde hace ya tiempo se use esta práctica de flagrante violación a la correspondencia, y otra muy distinta que la misma abra la posibilidad a la intervención telefónica, simplemente porque la intervención de la correspondencia atendiendo el artículo 16 de la Ley Fundamental en su párrafo 12, no es una práctica constitucional, y tan es así que se ha señalado en el cuerpo de esta tesis a esta inviolabilidad de correspondencia como un claro antecedente prohibitivo de toda violación a las comunicaciones y en específico a las telefónicas.

No obstante, las anteriores prevenciones, en nuestro ordenamiento jurídico se ha creado ya la posibilidad de realizar Intervenciones Telefónicas a los gobernados, esto en razón según la Ley que contempla esta disposición, a el afán de perseguir y castigar los delitos cometidos por los delincuentes organizados.

Esta permisibilidad de realizar intervenciones telefónicas fue una creación e ideación por parte del ejecutivo, que ha repercutido actualmente al ser su contenido manifestaciones que puedan tomarse en su momento como

¹²⁷ Cfr. *ibid* p. 7

declaraciones, en dos artículos fundamentales que salvaguardan garantías individuales de vital importancia como lo son el artículo 16 y 20.

Todo inicia con la adición que se efectúa en párrafo noveno al 16 constitucional permitiendo la intervención a todo tipo de comunicaciones que recaen en las telefónicas en los siguientes términos:

“Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamientos escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

“... ”

“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 el titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

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

...”

De esta manera la adición que en párrafo noveno se hizo al artículo 16 da pie a la creación de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, que como ya se vio, establece los requisitos legales para efectuar la intervención telefónica que, a consideración personal se encuentra ampliamente relacionada con el artículo 20 constitucional, pues vulnera además de lo establecido en el artículo 16 párrafo primero, una de las garantías específicas contenidas en el primer precepto enunciado.

El artículo 20 como uno de los artículos constitucionales que forman la parte central de la presente tesis establece lo que sigue en su fracción segunda:

“Artículo 20.- En todo proceso del orden penal, tendrá el inculcado las siguientes garantías:

“I. . . .

“II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante éstos sin asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.

“III. . . .”

Ahora bien, atendiendo a lo enunciado por el artículo 20, es necesario definir como al principio de este punto se advirtió, a la declaración del inculcado así como a los momentos procesales en los que esta ha de manifestarse.

Declaración.

“La declaración del probable autor del delito. Es el atestado o manifestación que éste lleva al cabo, relacionada con los hechos

delictuosos, ante la autoridad investigadora o frente al juez; es un medio de prueba, factible de contribuir a la realización de los fines específicos del proceso; porque de la misma, pueden obtenerse elementos que, si lo amerita, serán la base de sustentación para la práctica de otras diligencias.”¹²⁸

Como se observa del anterior concepto, la declaración consiste en una técnica jurídica usada tendiente a obtener una manifestación ya sea positiva o negativa por parte del inculcado con relación a los hechos que se le imputan. Esta manifestación es susceptible de realizarse jurídicamente en dos momentos exclusivos del procedimiento penal; es decir, se realiza ante el Ministerio Público como órgano investigador y ante el órgano jurisdiccional.

Dadas estas circunstancias, a continuación se abarcarán estas dos etapas procedimentales por lo que hace a la declaración. La mayoría de los autores realizan varias clasificaciones de la declaración pero en la que todos ellos coinciden es en la de la forma en la que esta se presenta, esto es, espontánea o provocada, la primera de viva vos y voluntad de el que la realiza, y la segunda a través de interrogatorio efectuado por el órgano frente al que se encuentre el inculcado que puede ser el Ministerio Público o bien el juez.

1.- En la Averiguación Previa.

La declaración en esta etapa del procedimiento penal llamada indagatoria se realiza frente al Ministerio Público, quien tiene el deber de respetar la garantía otorgada al inculcado por el artículo 20 de la constitución misma que refiere que el inculcado no será obligado a declarar, causa por la que deberá exhortarle, o bien sea invitarle a que se conduzca con verdad si es que desea manifestar algo en

¹²⁸ COLIN SANCHEZ, GUILLERMO. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 16ª. México. Porrúa. 1997. p. 437.

relación a los hechos que le son imputados. Al respecto el Código Federal de Procedimientos Penales establece:

“Artículo 125.- El Ministerio Público que inicie una averiguación previa podrá citar para que declaren sobre los hechos que se averiguan, a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan tengan datos sobre los mismos. En el acta se hará constar quién mencionó a la persona que halla de citarse, o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente la citación.”

“Artículo 128.- Cuando el inculpado fuese detenido o se presente voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

“I. . . .

“III.- Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, particularmente en la Averiguación Previa, de los siguientes:

- a) **No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido de su defensor;”**

Es así que desde la etapa indagatoria se debe observar estricto apego al orden constitucional principiando por la declaración del inculpado dado que, de estas manifestaciones se le puede causar un beneficio o un daño, por eso es que la normatividad busca un equilibrio entre la persona y el órgano del estado a fin de que este último no cometa injusticias en detrimento de la persona o gobernado.

2. Durante el Proceso.

Guillermo Colín Sánchez, señala que normalmente durante la etapa del proceso la declaración se realiza a través de interrogatorio, ello debido a que por lo

regular es difícil obtener una declaración en forma espontánea y por lo tanto esta tiene que ser provocada a través del interrogatorio. Ahora bien, el momento procesal oportuno para tomar la declaración es a la obiedad jurídica dentro del plazo constitucional que se tiene tanto para fijar la situación jurídica del individuo como precisamente para tomar tal declaración que es de setenta y dos horas, convirtiéndose estas manifestaciones del inculpado ya no en una simple declaración sino en una declaración preparatoria, previa a fijar su situación jurídica, de la que tal vez dependerá la misma situación que se decrete por el juzgador.

Respecto de esta declaración preparatoria el Código Federal de Procedimientos Penales establece las siguientes disposiciones:

El artículo 153 del citado ordenamiento expresa que "La declaración preparatoria se recibirá en el local al que tenga acceso el público, en que pueden estar presentes los testigos que deban ser examinados con relación a los hechos que se averigüen."

Artículo 154.- La declaración preparatoria comenzará por las generales del inculpado, en las que se incluirán también los apodosos que tuviere, el grupo étnico indígena al que pertenezca, en su caso, y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales. Acto seguido se le hará saber el derecho que tiene a defenderse por sí o por persona de su confianza, advirtiéndolo que si no lo hiciere, el juez le nombrará un defensor de oficio.

"Si el inculpado no hubiere solicitado su libertad provisional bajo caución, se le hará nuevamente conocedor de ese derecho en los términos del artículo 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del artículo 399 de éste Código.

"A continuación se le hará saber en qué consiste la denuncia,

acusación o querrela, así como los nombres de sus acusadores y de los testigos que declaren en su contra, se le preguntará si es su voluntad declarar y en caso de que así lo desee se le examinará sobre los hechos consignados. Si el inculpado decidiera no declarar el juez respetará su voluntad dejando constancia de ello en el expediente.

“Igualmente se le harán saber todas las siguientes garantías que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; que se le recibirán todos los testigos y pruebas que ofrezca, en los términos legales, ayudándole para obtener la comparecencia de las personas que solicite, siempre y cuando estén domiciliadas en el lugar del juicio; así como que será sentenciado antes de cuatro meses, si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, o antes de un año si la pena máxima no excediere ese tiempo; y que le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

“Acto seguido el juez le interrogará sobre su participación en los hechos imputados, y practicará careos entre el inculpado y los testigos que hayan declarado en su contra y estuvieren en el lugar del juicio, para que aquél y su defensor puedan hacerle todas las preguntas conducentes a su defensa, mismo derecho que también corresponde al Ministerio Público.”

“Artículo 155.- La declaración preparatoria se rendirá en forma oral o escrita por el inculpado, quién podrá ser asesorado por su defensor. El inculpado podrá dictar sus declaraciones, pero si no lo hiciera, el juzgador que practique la diligencia las redactará con la mayor exactitud posible. Si fueran varios los inculpados por los mismos hechos, se les tomará declaración por separado, en una sola audiencia. Cuando haya diversos inculpados que deban rendir declaración, el juez adoptará las medidas precautorias previstas en el artículo 257.”

Al igual que en la fase de investigación, en el proceso deben con mayor razón respetarse los mandamientos constitucionales tal como la garantía establecida en beneficio del inculpado de no declarar si no es su deseo, dando la seguridad jurídica al individuo en el sentido de que en caso de una declaración provocada por medio del interrogatorio, esta se realice en presencia de la persona de su confianza o de su abogado, con el objeto de evitar que se le induzca a realizar manifestaciones en determinado sentido no conveniente, siendo este en opinión personal el motivo principal de la figura de la persona de confianza o defensor ya sea particular o de oficio.

Ya se ha visto que una de las formas de obtener la declaración del inculpado es a través del interrogatorio, que constituye ser una forma provocada de la declaración, por lo que es pertinente mencionar que este deberá concretarse a desentrañar los elementos del delito tales como la conducta, la tipicidad la antijuridicidad, la culpabilidad, y la imputabilidad.

Como consecuencia de lo anterior, la declaración del inculpado ya sea preparatoria, ya sea indagatoria, podrá convertirse en el medio de prueba llamado confesión, siempre y cuando esta declaración sea valorada junto con todos los demás medios de prueba para que en su conjunto el juzgador estime que está frente a una confesión, o bien sea, dicho en otras palabras la declaración necesita estar avalada por los demás medios de prueba, los que deberán a fin de que se valore como confesión ser congruentes entre sí. En tales circunstancias se habrá de estudiar la congruencia de los aspectos generales de la confesión para que esta obtenga valor probatorio.

Sobre la Confesión, el Código Federal de Procedimientos Penales en su Título sexto, Capítulo II, establece:

Artículo 207.-La confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el Juez o tribunal de la causa, sobre los hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se admitirá en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de dictar sentencia irrevocable.”

Al referirse el Código Procedimental a las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución, se refiere específicamente a la fracción II de esta ley Suprema, misma que como ya varias veces se ha mencionado establece en favor del inculcado el derecho a no declarar si así lo prefiere, por lo tanto no podrá obligársele a ello, prohibiendo toda conducta intimidatoria, la tortura y la incomunicación. Así también invalida la confesión que se haya rendido en tales circunstancias negativas o que no se efectúen en presencia del defensor del inculcado o de la persona de su confianza. Esta al decir de Guillermo Colín Sánchez, se trata de una garantía otorgada al ser humano frente a toda acción arbitraria o indebida de la autoridad para obligarlo a declararse culpable.

En términos generales la **“Confesión es la declaración a través de la cual un indiciado, procesado o acusado, manifiesta haber formado, o no parte en alguna forma en los hechos motivo de la investigación.”**¹²⁹

Se ha establecido por los doctrinarios que la confesión puede ser judicial o extrajudicial, y por lo establecido en la declaración se debe entender que la judicial es la que se efectúa en el proceso ante el órgano jurisdiccional y la extrajudicial es

¹²⁹ COLIN SANCHEZ, GUILLERMO. Op. Cit. p. 443.

la que el inculpado realiza en la Averiguación Previa. Así mismo se señala que podrá ser espontánea o provocada; en el primer caso tenemos que se sucede cuando el sujeto inculpado se presenta por sí solo a emitirla ya sea ante el Ministerio Público o ante el Juez, y en el segundo se da como su nombre propiamente lo señala a través de provocación utilizando el método interrogatorio. Hay que señalar enfáticamente que si bien es cierto que el interrogatorio resulta ser un medio tendiente a obtener la confesión del inculpado, también lo es que este en función del artículo 20 en su fracción II, puede abstenerse de emitir manifestación alguna.

El artículo 287 del Código Federal de Procedimientos Penales señala los requisitos indispensables para que la confesión tenga precisamente tal carácter y surta efectos jurídicos como tal:

“Artículo 287.- la confesión ante el Ministerio Público y ante el juez deberá reunir los siguientes requisitos:

“I.- Que sea hecha por persona no menor de dieciocho años, en su contra, con pleno conocimiento, y sin coacción ni violencia física o moral;

“II.- Que sea hecha ante el Ministerio Público o el tribunal de la causa, con la asistencia de su defensor o persona de confianza, y que el inculpado esté debidamente informado del procedimiento y del proceso;

“III.- Que sea de hecho propio; y

“IV.- Que no existan datos que, a juicio del juez o tribunal, la hagan inverosímil.

“No podrá consignarse a ninguna persona si existe como única prueba la confesión. La Policía Judicial podrá rendir informes pero no obtener confesiones; si lo hace estas carecerán de todo valor probatorio.

“Las diligencias practicadas por agentes de la policía Judicial Federal o

local, tendrán valor de testimonios que deberán complementarse con otras diligencias de prueba que practique el Ministerio Público, para atenderse en el acto de la consignación, pero en ningún caso se podrán tomar como confesión lo asentado en aquéllas.”

Interpretando las fracciones que señala el artículo que se acaba de transcribir tenemos:

I.- Al referirse el Código Adjetivo al requisito de la edad está acudiendo a un presupuesto de la culpabilidad tal como lo es la imputabilidad, pues hay que recordar que si una persona cae en el supuesto de inimputable (menor de dieciocho años) no podrá ser culpable de una acción u omisión, sino en su caso sería considerada tal acción u omisión no como un delito sino como una infracción. Y en consecuencia, la declaración que haga el sujeto inimputable menor de edad aún y cuando reúna los demás requisitos carecerá de efectividad jurídica.

II.- Esta fracción avala lo expresado por la Constitución en el artículo 20 en su fracción segunda, y así mismo lo señalado en párrafo primero del artículo 16, pues es mandato constitucional que para que la confesión sea válida se realice tanto en la etapa indagatoria como en la etapa procesal ante la persona de confianza o defensor, y aún más es de esencia jurídica del acto de molestia el que el individuo sea informado de la causa del procedimiento, ya que si el inculpado carece de dicha información sobre qué versa entonces la que se utilizará en un momento dado como confesión?, causa esta que presupone la garantía de legalidad que confirma la Ley Adjetiva.

Es dable mencionar que toda confesión arrancada a través de la violencia moral o material es producto de una voluntad viciada; y carente de libertad, por ende, no es posible que tenga eficacia probatoria.¹³⁰

¹³⁰ Cfr. **ACERO, JULIO**. .Op. Cit pp 268 y 69.

III.- Es bien sabido que invariablemente la confesión se refiere única y exclusivamente a hechos propios ya que de tratarse de hechos no propios se estaría hablando por el contrario de una testimonial.

IV.- El juez antes de darle valor probatorio a la declaración deberá cotejar los hechos y las demás pruebas para establecer la verosimilitud de dicha confesión, esto es la veracidad.

Ahora bien, la doctrina también establece requisitos para realizar la confesión, según *Mittermaier* debe tener verosimilitud, persistencia y uniformidad, articulada en juicio ante juez competente y emanada de la voluntad del inculpado.¹³¹

Por otra parte y entrando a lo que toca de inconstitucionalidad al artículo 16, este en párrafo primero establece los valores jurídicos que va a tutelar dejándolos fuera de toda posibilidad de algún acto de molestia por parte de autoridad alguna, dentro de estos valores se encuentra propiamente a las posesiones que para el caso de la Intervención Telefónica consiste ser el objeto susceptible del acto de molestia.

Ya se vio que el afán de encontrar un sistema extraordinario que sirviera de medio de prueba al Estado, culminó en la permisibilidad de la Intervención Telefónica, que se crea al adicionar el actual párrafo noveno al artículo 16 de la Ley Fundamental, que sirvió de base para la creación de la que hoy conocemos como Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y en la que se encuentran los requisitos tendientes a realizar esta práctica. Este supuesto medio de investigación de los delitos en los que participa la delincuencia organizada, viene a inferir en la esfera jurídica del gobernado en el bien tutelado bajo el rubro de posesiones, en virtud de que al intervenir la autoridad la línea telefónica del inculpado que para tal fecha aún no es tal vez ni procesado y mucho menos sentenciado, está vulnerando la posesión que este individuo ejerce sobre la línea toda vez de que tiene el uso y

¹³¹ Citado por. COLIN SANCHEZ, GUILLERMO. Op. Cit.p. 450.

goce de la misma. Ahora bien, el texto contenido en el párrafo primero del artículo 16 de la Constitución es bien claro al establecer que todo acto de molestia debe realizarse mediante mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. Ya fueron analizados oportunamente estos requisitos en el capítulo II, del presente trabajo de tesis, así mismo fueron desglosados subrequisitos que este precepto en sí engloba, tales como el que no basta con el simple mandamiento escrito de la autoridad competente, sino que en él debe aparecer la firma autógrafa de esta autoridad, así como que debe ser puesto en conocimiento del gobernado supuesto inculpado, en cuya esfera jurídica se resentirá el acto de molestia y no tan solo eso sino en cuya vida privada se resentirá la vulneración.

Requisito este último con el que en ningún momento cumple la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada ya que es omisa en señalarlo, pues la realidad es que este procedimiento de Intervención Telefónica no se pondrá en conocimiento del gobernado ya que se ha dicho "que para el caso de las intervenciones telefónicas anula de plano el fin perseguido por la autoridad."¹³²

El artículo 16 de la Constitución párrafo primero, en su contenido de acto de molestia, en todos los casos en los que se haya de inferir con este acto la esfera jurídica del gobernado establece como necesario el requisito de notificar al destinatario dicho acto, cosa que en tratándose de la intervención telefónica no se hará debido a la cuestión arriba apuntada.

En tales circunstancias, no se cumple con lo estrictamente establecido en el artículo 16 constitucional, precepto que no sólo tiene la consigna de dar la garantía de seguridad jurídica al gobernado sino también la de legalidad, la que no se cumple al carecer el acto de autoridad de la debida notificación al que haya de ser afectado por este. Pues es bien sabido que un acto de autoridad con el carácter

¹³² CARRILLO PRIETO, IGNACIO Y HAYDEE MARQUEZ HARO. Op. Cit. p. 76.

de molestia debe de contar con todos y cada uno de los requisitos establecidos en el 16 constitucional a fin de que se vea impregnado de constitucionalidad, y en virtud de que el acto de autoridad denominado intervención telefónica adolece de uno de estos requisitos tan importante como lo son en su conjunto todos, tal como el poner al particular en conocimiento dicho acto y por consiguiente le niega el derecho al gobernado afectado a emitir su defensa relativa a este acto toda vez que ni siquiera tiene conocimiento del mismo, se cristaliza este acto como inconstitucional. Y en efecto lo es, puesto que lo que el legislador quiso al instituir este requisito indispensable, fue librar al gobernado de toda arbitrariedad e injerencia inútil en su esfera jurídica, y por el contrario darle u otorgarle elementos para emitir su defensa en determinado momento, por lo que al no ponerle en conocimiento que se va a llevar a cabo una intervención telefónica en su contra se le deja en total estado de indefensión aún y cuando posteriormente se le permita en el proceso tener acceso a las grabaciones realizadas clandestinamente y a través del asechamiento telefónico.

Es así que tanto el precepto constitucional como el legal que hacen referencia a la mención del tipo de comunicaciones a ser intervenidas resultan ser conculcadores de garantías individuales pues se trata de una comunicación que se obtendrá íntegra en contenido con lo que existe apoderamiento de las posesiones del individuo en este caso su conversación, y por ende violación a un bien jurídico tutelado por el propio artículo 16 de la Constitución, causando así un perjuicio de imposible reparación.

Así pues relacionando la falta de observancia que se comete con las disposiciones de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, al artículo 20 fracción II, arrancando una manifestación a un inculpado, con métodos insidiosos y por consiguiente carentes de la voluntad del propio inculpado, además con la carencia del importantísimo requisito establecido por el artículo 16 de nuestra Ley

Suprema de poner en conocimiento al gobernado todo acto de autoridad, la práctica de la Intervención Telefónica a pesar de que ha sido instituida en el ámbito jurídico mexicano como legal, es en mi criterio a todas luces inconstitucional, pues todos estos aspectos en su conjunto crean una razón jurídica proveniente de el ordenamiento supremo que va más allá de cualquier disposición legal.

De todo esto es bueno destacar que en función de la Intervención Telefónica se ha realizado una alteración a la constitución que opera en contra del gobernado, cosa que nunca debió ser así toda vez que en opinión de *Antonio Martínez Baéz* considera que los derechos del hombre y del ciudadano sí pueden ser objeto de cambios, de alteraciones, pero siempre en un sentido positivo de aumento expansivo en la esfera de las libertades individuales.¹³³ Lo anterior lo viene a confirmar la postura doctrinal que señala que la prohibición de alterar el régimen de las garantías individuales debe entenderse en sentido negativo, esto es, no es aceptable la restricción de las garantías individuales.

Aquí hay un punto importante que se debe de abordar, como lo es el que tal pareciera que la Constitución establece la posibilidad de realizar alteraciones en las garantías individuales, pero esta interpretación en su caso es errónea y para demostrarlo hay que abordar el contenido del artículo primero.

“Artículo 1.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuáles no podrán restringirse ni suspenderse , sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”

¹³³ Citado por. *INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. El Derecho Mexicano Hacia la Modernidad*. México. UNAM / Porrúa S.A. 1991. p. 177.

La interpretación errónea de la que se habla proviene del sentido a contrario sensu que se le ha dado al mismo precepto, que sería en amplio sentido el poder efectuar restricciones a las garantías individuales con las formalidades establecidas en la Constitución para la reforma de la misma. Esto no es así puesto que el artículo primero al que se hace alusión, está estrechamente relacionado con el artículo 29 de la misma, pues en este se prevén los casos y las condiciones a fin de restringir y suspender las garantías individuales, que son las únicas establecidas por la misma Constitución y a saber son:

1.- Casos de Invasión. Conflictos bélicos armados, en los cuáles un país extranjero trata de intervenir en los asuntos propios de la nación.

2.- Perturbación grave de la paz pública. Conflicto bélico interno, esto es que el país entre en guerra interna.

3.- Cualquier otro que ponga en grave peligro o conflicto a la salud.- Catástrofes naturales, enfermedades epidémicas.

Es así que la propia Constitución establece estos casos para los cuales ha de operar la restricción o suspensión de garantías individuales y nada más. Como se puede observar, la Intervención Telefónica no encuadra en ninguna de estas hipótesis por lo que no es justificable la alteración cometida a la constitución. Al respecto, *Raúl Carrancá y Rivas* señala que si hay algo que debe ser inalterable en la Constitución es la Materia de Contenido Penal, puesto que en la especie se trata de garantías o derechos cuyo valor histórico y cultural es indiscutible.¹³⁴

El problema estriba en que tanto la norma constitucional (esto es, la adición efectuada en párrafo noveno al artículo 16), como la legal (disposiciones

¹³⁴ Cfr. *75 Aniversario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México. Porrúa. 1992. p. 589.

contenidas en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada) van más allá del espíritu, esencia y sentidos tanto literal como gramatical de los mandatos constitucionales. Hay que recordar que el camino jurídico por el que nuestras normas jurídicas deben regirse fue marcado ya desde 1917 a través de las de los actos de privación y de molestia, esto es, las garantías constitucionales deben girar el rededor de ellos, y no estas fórmulas ser rebasadas a capricho de las supuestas innovaciones jurídicas que además resultan ser importadas de los sistemas jurídicos pertenecientes a otros países, con los que no tenemos nada en común. Existe en el sistema jurídico mundial principios reconocidos jurídicamente, uno de ellos y que resulta ser aquí fundamental es el de congruencia, pues las disposiciones constitucionales tanto orgánicas como dogmáticas deben ser congruentes entre sí y las legales deben igualmente ser congruentes con las primeras no sucediendo esto en el caso del presente estudio; es pues, una clara falta a este principio el que un acto de autoridad como indudablemente lo es la Intervención Telefónica carezca de las garantías individuales principales a las que debe ceñirse.

A todo esto vale la pena señalar que a pesar de permitir tanto el artículo 16 de la Constitución como la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada la Intervención Telefónica, ignorando en todo momento los requisitos de procedencia de un acto de molestia y la clara garantía establecida en favor del inculpado de abstenerse de realizar cualquier tipo de manifestaciones en relación con los hechos que se le imputan amen de no poder ser obligado a ello, como lo señala oportunamente Guillermo Colín Sánchez no se vale ni es justificable que para que la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada no sea letra muerta se caiga en semejantes excesos, sobre todo en un país de gran tradición jurídica como lo es el nuestro, en donde hay quienes aún se preocupan y luchan por que las normas

jurídicas sean portadoras de un *mínimum ético*. Las técnicas y métodos que proporcionan adelantos científicos en nuestros días deben utilizarse para el bienestar humano y nunca para su degradación o franco envilecimiento.¹³⁵

Está claro que con estas normas jurídicas se ha violentado el tan anunciado ESTADO DE DERECHO, realmente pienso que el estado de derecho precisamente se conforma con normas jurídicas reales adecuadas a las necesidades sociales respetando en forma prudente las tradiciones jurídicas y los principios esenciales que normalmente deben privar en toda ley, estado de derecho este en el que las autoridades actúen en respeto y estricto apego a los ordenamientos jurídicos según su jerarquía. En el momento en el que tales circunstancias no se realizan ya no se puede hablar de un Estado de Derecho, en México, el gobierno se ha querido jactar de que en el país impera un completo Estado de Derecho cosa que como ya se está palpando resulta ser menos cierta pues un Estado de Derecho, no se caracteriza por la proliferación de preceptos jurídicos sino por su estricta aplicación.

El derecho como producto social escribe Colín, es cambiante; pero el cambio debe estar justificado y no ser ajeno a la naturaleza ética del mismo y sobre todo una norma de jerarquía inferior como lo es la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada nunca debe ser contraria a la Ley Fundamental en donde se instituyen las garantías que entre otros aspectos explican el verdadero Estado de Derecho.

Al respecto considero que el Estado debe de adoptar medidas más adecuadas si es que quiere enfrentar la problemática de la delincuencia organizada sin olvidar que los procedimientos nunca se justifican ni se implementan en detrimento de los derechos del hombre o cuando menos de los derechos mínimos que han sido reconocidos al individuo por la Ley Fundamental en su parte correspondiente de las Garantías Individuales. Una de las medidas adecuadas sería

¹³⁵ Cfr. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Opus. Cit. p. 839.

en lugar de andar jugando al espía, enfrentar la simple y llana corrupción de la que el país desgraciadamente se encuentra plagada, la que va desde la simple recepción gratuita de un servidor público de aunque sea una pluma por parte de las personas a las que les presta un servicio por que ese es su trabajo y además por el le recompensan monetariamente, hasta llegar al sistema de recaudación indebida de dinero para su propio provecho. Otra medida que para mi sería ideal pero que sabe a utopía, lo es el lograr no la profesionalización de todo servidor público sino el crear en ellos la consciencia del servicio a su país, a su gente, la misión de ser útil con la única recompensa de su satisfacción personal, pienso que estas serían bases suficientes para que la delincuencia organizada no tocara por muy organizada que estuviera al sistema gubernamental, pero qué ha pasado estos últimos años, un general que tiene a su cargo el cuidar precisamente el que no se cometan delitos contra la salud inmiscuido en ellos; por lo que se escribió en el punto relativo a los métodos de Intervención Telefónica el descubrimiento de personas inmiscuidas en el narcotráfico incluso de la vida pública y la posibilidad abierta de vínculos de expresidentes con estos delincuentes organizados, yo creo que la delincuencia organizada ha adquirido tal fuerza no por sí sola como se ha pretendido, sino con la ayuda de todos estos personajes de la vida cotidiana del país por lo que creo es ridículo venir a pretender con la simple medida de Intervención Telefónica acabar con toda esta mafia ya acoplada en el sistema gubernamental y con un poderío económico impresionante con el que ni siquiera puede competir el país no por otra cosa sino por las simples tentaciones, ya que por ahí se dice que toda persona tiene un precio, lo que se ha logrado trasladar a la realidad como consecuencia de la carencia en conclusión de los sentidos de lealtad y patriotismo. Y lo único con lo que acaba esta práctica es en vulneración flagrante a las garantías individuales, dando armas de amplia defensa a los verdaderos delincuentes organizados si es que estas intervenciones que les sean practicadas son utilizadas como lo establece la Ley, por

que hasta de eso hay que desconfiar de la aplicabilidad estricta de la misma, a ver si no por unos cuantos dólares se venden evidencias.

Ahora bien con el fin de robustecer el criterio que se ha establecido en el presente trabajo de tesis sobre este mismo problema jurídico que encierra la Intervención a las comunicaciones Telefónicas, a continuación se comentará la situación que en Costa Rica impero y así como el criterio en este país establecido.

Existe en el Ordenamiento Procesal Penal de Costa Rica la norma que permite al juez autorizar la Intervención Telefónica para los casos de investigación de delitos, causa que provocó la incoación de un Recurso de Inconstitucionalidad en contra de este precepto, al considerarse que de grabarse una conversación al imputado, prácticamente se estaría burlando por este medio el derecho del inculpado a guardar silencio consagrado por el artículo 36 de la Carta Magna de este país.

Trasladando este supuesto al caso específico de México, se puede observar que sucede estrictamente lo mismo, ya que nuestra Constitución Política también establece este derecho al inculpado en fracción II, del artículo 20, cosa que en principio nos indica que la hipótesis de violación que se ha expuesto aquí no es descabellada.

La Constitución de Costa Rica establece la Inviolabilidad de los documentos privados y de las comunicaciones escritas u orales, estableciendo taxativamente las excepciones referentes a los documentos privados y los libros de contabilidad situación esta que condujo a la amplia interpretación en el sentido de que al igual que opera en dichos documentos limitaciones, estas podrían extenderse a las comunicaciones telefónicas, no obstante que en el texto constitucional no se establecen.

Es así que se legisla en esta materia, basándose en el artículo 28 de la Constitución costarricense, el que considera que acciones que no

dañen a la moral, el orden público ni a terceros, y no estén previstas taxativamente como libertades

públicas en la Constitución sean limitadas por la ley. Claro no interpretándolo en este sentido sino como siempre a favor del Estado, y señalando que en valoración de estos derechos de tercero, el bienestar social y el orden público debe establecerse esta práctica; pues si por el contrario se hubiese interpretado como se señaló al principio, no se emplearía, ya que en principio la inviolabilidad de las comunicaciones tanto escritas como orales sí están establecidas como libertades en la Constitución costarricense, y es obvio que en función de una intervención telefónica sí se atacan derechos de terceros.

Es así que este artículo 28 interpretado como fue dio opción a legislar en materia de Intervención Telefónica, atendiendo igualmente a una interpretación histórico evolutiva señalando que cuando la conducta del hombre choca con otros valores de supremo contenido, el legislador debe de optar por los de más alta valía y restringir el marco de libertad del individuo.

En contraposición a este argumento se señaló por el Fiscal General de la República Costarricense que:

“No nos cabe duda que la sociedad costarricense en el umbral del siglo XXI necesita, para poder defenderse de las nuevas y siniestras formas de criminalidad que atentan contra ella, que las autoridades represivas dispongan de los medios legales pertinentes para interceptar conversaciones telefónicas. Estamos convencidos de que el derecho a la privacidad debe ceder ante el interés superior de la defensa de la comunidad entera.

No obstante, la necesidad indicada no puede justificar que se vulneren valores de rango superior, como lo son el respeto a la jerarquía de

las normas jurídicas y la interpretación, restrictiva de toda aquella que coarte la libertad del individuo, so pretexto de buscar una forzada armonía en el sistema jurídico.”

El argumento anterior viene a reforzar lo que ya he expresado en el caso de México, pues opera en total concordancia a la violación en esta tesis alegada existente en el artículo 20 en su fracción II, e íntimamente relacionado con el 16, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Así mismo, se establece que lo estipulado en el Código de Procedimientos Penales de Costa Rica, irrumpe con la propia Constitución Política en artículo 36, el que resulta ser el similar al 20 fracción II, de la Ley Suprema de México; ya que por su virtud, se obtienen manifestaciones de los ciudadanos, logradas sin su consentimiento, las que pueden ser utilizadas en procesos penales seguidos en su contra.

En efecto, lo anterior es bien cierto y, ya ha sido señalado en el cuerpo de esta tesis, es relevante el aspecto de la voluntad del individuo al emitir sus manifestaciones, para fines probatorios.

No obstante estas razones expuestas por el fiscal general de la nación costarricense, no fueron suficientes para que en este recurso de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional fallara a favor por lo que lo resolvió por una mayoría de nueve votos contra ocho como sin lugar.

Por último cabe advertir de que no estoy segura de que esto sea de plano así, ni en el caso Costarricense ni en el Mexicano, y si bien es cierto que existen dos valores en conflicto como lo son el bienestar social y el derecho individual, también lo es que más allá de estos está el valor jerárquico de las normas a aplicar en el caso de la Intervención Telefónica, esto es debe pesar más lo establecido como garantía en la constitución a todo individuo en función de que al inculpado a quién

se le sigue una causa penal que aún no ha sido condenado debe reconocérsele como sujeto de derechos, siendo los primeros a garantizarle los establecidos por la constitución en su rubro de Garantías individuales.

6. Valor Probatorio de la Intervención Telefónica.

Ya se ha establecido el carácter de inconstitucional que en criterio propio tiene la práctica de la Intervención Telefónica, no obstante, como ya se ha dicho, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada concede a esta carácter probatorio, situación esta con la que no estoy de acuerdo por las siguientes razones.

Se ha determinado que toda manifestación que el inculpado realice con relación a los hechos que se investigan tienen, el carácter de declaración, y que esta en determinado momento de valoración en conjunto con otros medios de prueba puede ser susceptible de convertirse en confesión, por lo que partiendo del entendido de que la Intervención Telefónica se reduce en su contenido a manifestaciones, esta obviamente será valorada en un principio como declaración para posteriormente convertirse en una confesión.

De ser así, como estoy segura lo será, es pertinente señalar la imposibilidad jurídica para dar a la intervención telefónica tal valoración, pues el Código Federal de Procedimientos Penales es claro y preciso en demarcar los requisitos tendientes a considerar las manifestaciones o declaración como el medio de prueba llamado confesional.

En efecto al imponerse o posesionarse la autoridad de una comunicación privada que contiene en sí una manifestación o declaración a través de un método tan insidioso y asechante como lo es la Intervención Telefónica rompe de plano con el sentido del artículo 287 del Código Federal de Procedimientos Penales, en su fracción I, pues se está orillando al individuo a emitir manifestaciones, sin él tener

conocimiento de que es escuchado, manifestaciones estas que en determinado momento serán utilizadas en su contra no cumpliendo así con el requisito establecido en el artículo y fracción arriba señalados de la Ley Adjetiva, el que sostiene que la declaración que haya de tomarse como confesión debe ser con pleno conocimiento de quién la realiza y sin coerción o coacción alguna.

Así mismo esta práctica de Intervención Telefónica sale de todo contexto del artículo 287 por lo que hace igualmente a la fracción II, toda vez que esta práctica que contendrá manifestaciones no se realiza, ni ante el Ministerio Público, el Juez o el tribunal de la causa, toda vez que se lleva a cabo a escondidas del sujeto de la intervención, esto es, sin que él se entere, en tal virtud y como consecuencia de lo anterior, no se efectúa con la asistencia del defensor o persona de confianza del inculcado de ser partícipe de la delincuencia organizada toda vez de que no tiene conocimiento del procedimiento que se ha instaurado en su contra, y tan es así que realiza sus manifestaciones tal cual, suponiendo que está haciendo uso de su derecho a la vida privada, pues de lo contrario no lo haría así.

Como el lector podrá advertir, el principio de congruencia al que ya anteriormente me he referido debe existir en el esquema jurídico mexicano, se viene a cristalizar en este precepto, al coincidir esta fracción II, del artículo 287 de la Ley penal Adjetiva con la propia fracción II del artículo 20 de la Constitución, y cómo no habrá de ser de esta manera si se está hablando de la declaración, la cuál el constituyente salvaguardo en las garantías individuales en vista de la importancia que sabía podía tener una vez en el juicio o valoración como prueba confesional.

En tales circunstancias, careciendo como lo hace la Intervención Telefónica de los requisitos establecidos por el artículo 287 del Código Federal de Procedimientos Penales, no debe ser valorada como un medio probatorio puesto que el artículo 279 del mismo ordenamiento antes citado, señala:

"**Artículo 279.-** La autoridad judicial calificará el valor de la confesión, tomando en cuenta los requisitos del artículo 287 y razonando su determinación según lo dispuesto en el artículo 290."

A su vez el artículo 290 indica: "Los tribunales en sus resoluciones, expondrán los razonamientos que hayan tenido en cuenta para valorar jurídicamente la prueba."

Así que, no cumpliendo la Intervención Telefónica con los requisitos establecidos en el artículo medular para la valoración de la declaración que ha de convertirse en confesión como probanza siendo este el ya multicitado artículo 287 de la Ley Penal Adjetiva Federal, no cubre las expectativas de la prueba, razón esta por la que no ha de ser valorada como tal.

Y si en algún momento se quisiera valorar a la Intervención Telefónica como prueba innovadora e independiente hay que señalar que ello no debe ser, porque en principio ya se encuentran preestablecidos por el Código Federal de Procedimientos Penales los que han de ser medios de prueba, y después porque la prueba la constituyen en sí las manifestaciones que se hacen a través de la línea telefónica; siendo la intervención a esta línea solamente el medio para obtenerlas, en virtud de lo anterior, tampoco podría ser valorada como medio de prueba pues atendiendo al artículo 285 del Código Federal de Procedimientos Penales tiene el carácter de meros indicios.

"**Artículo 285.-** Todos los demás medios de prueba o de investigación y la confesión, salvo lo previsto en el segundo párrafo del artículo 279 constituyen meros indicios."

Se debe aclarar que existe en el precepto que se acaba de citar una clara

falta de observancia en la redacción, pues el párrafo segundo del que habla ya ha sido derogado, no debiendo contemplarse en la redacción tal suposición.

De esta situación y por los argumentos antes expresados la Intervención Telefónica no debe ser considerado como un medio de prueba, robusteciendo este criterio con lo que la propia constitución expresa en el artículo 20 fracción II, última parte que a la letra dice: "La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;"

Así en el ámbito de la Intervención Telefónica está por demás siquiera hablar de un medio extraordinario de prueba, ya que en principio lo que se hace es hablar de una grabación que contiene manifestaciones de ciertos sujetos a los que se les relaciona con la delincuencia organizada obtenida a través de una intervención, estas manifestaciones dado el momento podrán valorarse como confesión; declaraciones en las que no se cumple con la garantía establecida en favor del inculcado por el artículo 20 constitucional fracción II, ya que se ha establecido un mecanismo a todas luces insidioso en el que concurre la fuerza intelectual traducida en todos esos aparatos destinados al asecho para apoderarse de una conversación telefónica sin que el sujeto de esta intervención tenga conocimiento de ello.

En este sentido quiero manifestar una inquietud que me provoca todo esto, y es en el sentido de que en dónde ha que dado a estas alturas la prohibición que por costumbre se ha establecido a todos aquéllos métodos probatorios contrarios a la moral y a las buenas costumbres. Lo de la moral es muy discutido pues no se tiene una determinación exacta con respecto a ella ya que es un concepto demasiado subjetivo, sobre el cual se tienen, varios criterios, pero por lo

que hace a las buenas costumbres es de resaltar que una buena costumbre lo es el respetar y seguir los lineamientos establecidos por la propia Constitución con lo que se rompe al no seguirlos. He aquí otro argumento por el que no debe otorgársele valor probatorio a tal método y si por el contrario considerarle fuera de todo contexto constitucional por ende Inconstitucional.

7. La Intervención Telefónica como Vulneración a la Vida Privada.

Es evidente que quienes utilizan el teléfono tienen un derecho claro a que nadie interfiera su comunicación para captarla, aún cuando mediante ella no se propongan tratar de ningún asunto concerniente de su vida íntima. Algo hay que sobrepasa el mero derecho a la vida privada cuando se trata de intervenciones telefónicas, ese algo podría ser evidenciado recordando que cualquiera puede exigir que sus conversaciones telefónicas queden a cubierto de intervenciones extrañas, cualquiera que sea la naturaleza de lo que en ellas se trate y aún cuando con ellas no se descubran secretos de la vida privada.

El derecho a impedir la intervención telefónica, al igual que el de la inviolabilidad de correspondencia si bien está vinculado estrechamente al respeto a la vida privada y reconoce en ella su raíz última tiene una forma de presentación más compleja y se transforma en definitiva en un derecho de las personas a tener comunicaciones privadas entre sí, sin que de ellas se impongan terceros no deseados. Por ello es que aún y cuando en la correspondencia escrita o en las comunicaciones telefónicas no se exprese nada que signifique la revelación de un secreto muy personal de uno de los que intervienen, ***habrá violación al derecho al secreto de la vida privada si un tercero ajeno sea simple particular, sea funcionario público o agente de la autoridad se impone de lo que se ha escrito o se ha hablado.***

La falta de normas constitucionales expresas que den amparo a la vida privada, no significa que este derecho no sea reconocido en un determinado país, pues la adhesión a la Declaración Universal de Derechos Humanos, efectuada por todos los países que se adhieren a la ONU, expresa una indudable aceptación de su contenido. Todo esto sin olvidar que son muchos los países que han ratificado el pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos con lo que adquiere en ellos fuerza jurídica obligatoria, a su respecto la declaración allí contenida sobre el respeto a la vida privada

En virtud del carácter de inviolable que se ha establecido a la vida privada de cada persona, el Estado ha de garantizar el secreto de las comunicaciones privadas. Si bien es cierto que el derecho al respeto de la vida privada puede constituirse en el punto de partida de la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas, es preciso reconocer sin embargo, que resulta insuficiente para cubrirla plenamente, por ello deben existir normas que por sí mismas la protejan.

Puede pues, distinguirse un derecho especial al secreto de las comunicaciones interpersonales entre las que se incluyen a las telefónicas que vendría a erigirse en verdadero bien o valor jurídico que la ley ampara y protege por medio de las figuras punibles que establecen sanciones para su violación. Este derecho reconoce su género dentro del derecho al respeto de la vida privada, pero no se le identifica plenamente pues aunque este último derecho no resulte ser afectado subsiste el deber de los demás de respetar la inviolabilidad de lo que se expresa con ocasión de comunicaciones interpersonales.

La violación de las comunicaciones interpersonales es un verdadero delito de peligro para esa vida privada. Por ello es que aún sin necesidad de que se produzca injerencia en los secretos de los interlocutores se debe tener por antijurídica y por punible la interceptación de comunicaciones de esta clase.

Lo anterior demuestra que si bien es admisible fundar primariamente en el derecho al respeto de la vida privada una legitimidad de la intervención telefónica, también lo es que la legislación positiva debe incluir en sus ordenamientos penales reglas que prohiban toda injerencia ajena en las comunicaciones interpersonales y en especial en las conversaciones telefónicas, porque de esta manera quedará más evidente la especial violación jurídica que mediante ella se comete.¹³⁶

8. Implicación de la Intervención Telefónica a terceras personas.

La Intervención Telefónica alberga determinadas implicaciones hacia terceras personas, se debe decir que esta no resulta conveniente en el aspecto que prevé la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada desde el punto de vista de los terceros. En efecto, a pesar de que en la solicitud de Intervención se deben mencionar los lugares que han de ser asechados o intervenidos, no se cumple con proteger el derecho a la vida privada de las personas que resulten ser los terceros con los que se establece comunicación, pues es bien sabido quién es el sujeto pasivo de la intervención, pero no quien será el tercero implicado en ella, esto es, no se sabrá con anticipación con qué persona o personas se comunicará telefónicamente el individuo sujeto a esta indagatoria, por lo que se violará la identidad de estos terceros y se registrará desde su número telefónico hasta su domicilio y habrá apoderamiento del contenido de la comunicación sostenida, faltando así al respeto que la autoridad debe guardar a toda persona no inmiscuida en la delincuencia organizada cuando menos comprobadamente. Es así que no

¹³⁶ Sobre el particular conviene consultar las siguientes obras: NOVOA MONREAL, EDUARDO, La Intercepción Telefónica a la Luz del Derecho. Revista Mexicana de Ciencias Penales. Año. III. No. 3. México. Julio de 1979 a junio de 1980. p 278 - 272. y La Vida Privada Como Bien Jurídicamente Protegido Revista de Derecho y Ciencias Penales. Año. III. Buenos Aires, Argentina. 1974. p. 180. Así como COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS DE GINEBRA, Derecho a la Intimidad e Imperio del Derecho. Revista Imperio del Derecho y Derechos Humanos, principios y definiciones. p. 8.

debería molestársele a estos terceros, pero que por la sola práctica de la Intervención Telefónica ya quedo implicado.

Sobre estos terceros a los que estoy haciendo alusión pesa la violación no solo de sus derechos a la privacidad, sino también indudablemente a las garantías individuales, pues hay que establecer que el único sujeto sobre el que en dado momento se emitió una orden de Intervención Telefónica es el sujeto pasivo de la misma, y por lo tanto sobre el cuál conforme a esta Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada se tiene el derecho de asechar sus comunicaciones, y en ningún momento sobre el tercero que establecerá comunicación con dicho inculpado, causa esta que le niega el la oportunidad a la autoridad de imponerse del contenido de esta conversación en la que éste tiene participación. No obstante lo anterior, dudo que el Estado se haya siquiera detenido a analizar este problema por lo que a pesar de todo existirá el apoderamiento de la conversación incurriendo así en una flagrante violación a las garantías del tercero implicado en la comunicación. No obstante que pueda o no ser sujeto de investigación posterior como consecuencia de esta relación.

En tal situación, lo que debe asegurarse a quienes mantienen entre sí comunicaciones interpersonales, sean ellas escritas u orales, a través del teléfono, es que nadie interferirá en ellas para imponerse de lo que se expresa por los interlocutores. Por consiguiente el fundamento verdadero de la inviolabilidad de una comunicación escrita así como el de una oral entendida a esta como la telefónica es el derecho de quienes se comunican entre sí a no verse expuestas a que terceros que ellos no desean incluir, tomen injerencia en la relación correspondiente y se apoderen de lo que a través de ellas manifiesten.

CONCLUSIONES

1.- El artículo 16 de la Constitución de 1917 es el resultado de la lucha por la legalidad y la constitucionalidad en su máxima expresión, consagrando la importante fórmula del acto de molestia, así como la garantía de legalidad, procurando el que la autoridad ocasione al gobernado el mínimo de molestias en su esfera jurídica.

2.- El artículo 20 Constitucional fue creado con el objeto de dar armas a todo inculcado a efecto de emitir su defensa pretendiendo el Constituyente con todas y cada una de las fracciones que forman parte de éste, ser justo y equitativo en el desarrollo del procedimiento penal no dejando al inculcado en desventaja frente a su acusador.

En este mismo sentido previendo la posibilidad de emplear mecanismos malsanos tendientes a obtener la declaración del inculcado, el Constituyente insertó una clara garantía en la fracción II de este artículo prohibiendo obligar al inculcado a declarar.

3.- Conociendo a fondo razones suficientes que se han desprendido del presente estudio, que llevaron al constituyente a elaborar una Constitución con la esencia y espíritu con el que nació la de 1917 que actualmente nos rige, no hay mejor tributo a ello que el procurar mantener esos principios, esencia y espíritu legítimos.

4.- El artículo 16 de la Constitución salvaguarda en favor del gobernado bienes jurídicos tales como la persona, los papeles, el domicilio, la familia y las posesiones, bienes sobre los que genéricamente no es posible inferir molestia alguna si no es mediante acto de autoridad que contenga todos los requisitos indispensables a saber, mediante escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, pues a falta de estos el acto de autoridad sería contrario a la Constitución y por ende inconstitucional.

5.- El cateo hoy por hoy, constituye un elemento constitucional eficaz para la persecución del delito contemplado en el artículo 16 Constitucional, aumentando esta eficacia en el momento en que esta orden se ciñe estrictamente a los requisitos

específicamente establecidos en la constitución. De esta manera estamos frente a un acto de autoridad jurídicamente válido el cual si bien es cierto que infiere molestia al individuo también lo es que éste se agota en el momento mismo de su realización, esto es, no se prolonga.

6.- Del artículo 20 de la Constitución se desprende una garantía que resulta ser de suma importancia para el tema de tesis, como lo es la que obra en favor del inculpado y que establece que éste no podrá ser obligado a declarar, proyectándose así como un derecho humano fundamental.

7.- La intervención Telefónica en el sistema constitucional mexicano hasta antes de 1996 no existió, esto es, no existía disposición dogmático-constitucional alguna de la que se pudiera presuponer la posibilidad de intervenir las comunicaciones privadas.

Existía hasta 1996 únicamente de forma tuteladora la garantía de inviolabilidad de correspondencia, la que estableció la pauta a nivel garantías individuales para no intervenir en las comunicaciones de carácter privado del individuo tutelando de esta manera aunque no expresamente el derecho a la privacidad de todo individuo.

8.- En concatenación con la anterior conclusión, en nuestro sistema jurídico penal, existió la norma prohibitiva con respecto a las intervenciones telefónicas, traduciéndose de llevarse a cabo la misma, en un delito previsto en el ordenamiento punitivo mexicano, a saber el Código Penal. Luego entonces con la norma establecida en dicho ordenamiento se desprende la intensión manifiesta de prevenir y dado el caso, castigar estas acciones en el actuar del ser humano, cumpliendo de esta manera con uno de los fines primordiales del derecho penal como lo es el mantener un orden social.

Existe un ordenamiento especial encargado de cuidar el buen y sano funcionamiento de las vías de comunicación, como lo es la Ley de Vías Generales de Comunicación, que hasta 1996 actuaba acorde con el espíritu de salvaguarda de la Constitución, al igual que con las sanciones punitivas impuestas por el Código Penal a cualquier individuo que contraviniera sus disposiciones.

9.- Al intentar crear una ley que permitiese actos de molestia del tipo de intervención, se pensó en un principio en la intervención únicamente a las comunicaciones telefónicas, pero por conveniencias Estatales se extendió esta posibilidad a todo tipo de comunicaciones privadas es de esta manera que el presupuesto normativo impuesto en el artículo 16 de la Ley Fundamental relativo a la intervención de todo tipo de comunicaciones privadas, persiguió como objetivo antes que el legal, el político, buscando el seguir obteniendo el apoyo de los Estados Unidos por lo que hace particularmente a la lucha contra el narcotráfico.

Actualmente e incuestionablemente de forma por demás impositiva se han establecido las bases suficientes tendientes a permitir la intervención tanto de las comunicaciones telefónicas como de todo tipo de comunicaciones privadas, resquebrajando de esta manera el tan anunciado Estado de Derecho. El resultado de todo ello lo es la adición del párrafo 9º al artículo 16 de la Constitución Federal, y por sí fuera poco la poco sustentada Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada que en forma reglamentaria prevé la práctica de intervención a las comunicaciones telefónicas, sin olvidar la derogación del tipo penal prohibitivo de la intervención telefónica tanto en el Código Penal como en la Ley General de Vías de Comunicación.

10.- La Intervención Telefónica constituye un método que indudablemente infiere en la esfera de la Vida Privada del Individuo y así se ha establecido por las diferentes Organizaciones Internacionales que velan por los derechos humanos, pese a que este se haya establecido con el fin de combatir a la Delincuencia Organizada.

11.- Si bien es cierto que el derecho a la Vida Privada debe ceder ante el bienestar social, también lo es que los métodos adoptados para conseguir este fin como lo es la intervención telefónica no deben rebasar el marco constitucional del Estado.

12.- En consecuencia el Estado debe contemplar leyes que no vulneren en un principio los derechos humanos para que por ende no conculquen las garantías establecidas por la Constitución, como lo hace este método de acecho insidioso como lo es la Intervención Telefónica.

13.- Las Garantías Individuales son un mínimo de derechos reconocidos por la constitución que sólo pueden ser ampliados y nunca restringidos, previendo el que ellas en si mismas no contravengan la Constitución de la que emanan. Por lo anterior tengo la convicción de que con mecanismos jurídicos menos complicados como lo sería el concientizar a los servidores públicos y el adiestrar a los cuerpos policiacos además de combatir y eliminar a toda costa la corrupción, se puede dar un combate frontal a los delincuentes organizados sin temor a que estos en un momento dado le den la vuelta a la ley en la aplicación de la justicia a través de medios de impugnación o juicios de garantías.

14.- Si bien es cierto que la Constitución concede amplio valor probatorio a la confesión rendida ante el Ministerio Público u órgano jurisdiccional en presencia del defensor, también lo es que una confesión arrancada insidiosamente y por ende sin la presencia de defensor debe tener nulo valor probatorio de acuerdo a lo establecido en el numeral 20 fracción II, de la Constitución General de la República.

Por tanto todo acto de autoridad que pretenda arrancar una confesión sin que el individuo en cuya esfera tendrá aplicación el acto obtenga conocimiento del mismo, y además sin ceñirse a los requisitos establecidos por el artículo 16 de la Constitución en relación con el 20 del mismo ordenamiento será en primer lugar calificado como un acto insidioso y en segundo un acto inconstitucional.

15.- La más grave consecuencia de la problemática jurídica de la intervención telefónica es que este sistema puede llegar a ser inoperante, pues concederá la posibilidad al sujeto objeto de la misma de atacar a éste método como un medio de prueba pues el Código Federal de Procedimientos Penales es claro al señalar que cualquier otro medio de prueba fuera de los que éste contempla será valorado como meros indicios.

BIBLIOGRAFIA.

ACERO, JULIO. Procedimiento Penal. 7ª. Puebla, pue. México. Cajica. S.A. 1975. 492 pp.

BAZDRESCH, LUIS. Garantías Constitucionales. 3ª. México. Trillas. 1988. 215 pp.

BURGOA, IGNACIO. Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo. 3ª. México. Porrúa. 1992. 478 pp.

BURGOA, IGNACIO. Las Garantías Individuales. 26ª. México. Porrúa. 1994. 810 pp.

CARRANCÁ Y RIVAS, RAUL. 75 Aniversario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México. Porrúa. 1992. 589pp.

CARRILLO PRIETO, IGNACIO. La Intervención Telefónica Ilegal. 2ª. México. Procuraduría General de la República. 1996. 99 pp.

CASTRO, JUVENTINO V. Garantías y Amparo. 4ª. México. Porrúa. 1983. 555 pp.

COLIN SANCHEZ, GUILLERMO. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 16ª. México. Porrúa. 1997. 685 pp.

CONGRESO CONSTITUYENTE 1916-1917. Diario de los Debates. T. I y II. Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana . México. 1985.

DE PINA, RAFAEL Y RAFAEL DE PINA VARA. Diccionario de Derecho. 13ª. México. Porrúa. 1985. 512 pp.

DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO. Código Federal de Procedimientos Penales. 2ª. México. Porrúa. 1989. 365 pp.

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO QUILLET. T. I-VIII. 10ª. México. Editorial Cumbre. S.A. 1979.

DOMINGUEZ MARTINEZ, JOSE ALFREDO. Derecho Civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez. 2ª. México. Porrúa. 1990. 701 pp.

GARCIA RAMIREZ, SERGIO. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano. 2ª. México. Porrúa. 1995. 468 pp.

GARCIA RAMIREZ, SERGIO. Procesal Penal y Derechos Humanos. México. Porrúa. 1992. 828 pp.

GARRONE, JOSE ALBERTO. Diccionario Jurídico. T.III Buenos Aires, Argentina. Editorial, Abeledo Perrot. 1987. 255 pp.

GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. El Procedimiento Penal Mexicano en la doctrina y en el derecho. México. Porrúa. 1975. 255 pp.

GUTIERREZ ARAGON, RAQUEL Y ROSA MARIA RAMOS VERASTEGUI. Esquema Fundamental del Derecho Mexicano. 7ª. México. Porrúa. 1986. 365 pp.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. El Derecho Mexicano Hacia la Modernidad. México. UNAM / Porrúa. 1991. 198 pp.

MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO. Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal. 4ª. México. Porrúa. 1992. 259 pp.

MONTERO DUHALT, SARA. Derecho de Familia. 3ª. México. Porrúa. 1987. 429 pp.

MONTIEL Y DUARTE ISIDRO. Estudio Sobre Garantías Individuales. 5ª. México. Porrúa. 1991. 538 pp.

NAVARRETE M., TARCISIO. Los Derechos Humanos al alcance de Todos. 2ª. México. Diana. 1992. 286 pp.

OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO. Ensayos Penales. 2ª. México. Porrúa. 1993. 198 pp.

OSORIO, MANUEL. Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales. Buenos Aires, Argentina. Heliasta. 1990. 386 pp.

PALLARES, EDUARDO. Prontuario de Procedimientos Penales. 6ª. México. Porrúa. 1979. 359 pp.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO Y GILBERTO VARGAS LOPEZ. Derecho Penal Mexicano. México. Porrúa. 1981. 269 pp.

PEREZ PALMA, RAFAEL. Fundamentos Constitucionales del Derecho Penal. México. Cárdenas Editor. 1974. 390 pp.

RIVERA SILVA, MANUEL. El Procedimiento Penal. 22ª. México. Porrúa. 1993. 394 pp.

ZAMORA PIERCE, JESUS. Garantías y Proceso Penal. 2ª. México. Porrúa.
1993. 425 pp.

LEGISLACION.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. 1996.172 pp.

**LEY DE AMPARO REGLAMENTARIA DE LOS ARTICULOS 103 Y 107 DE
LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**
México. Sista. S.A. 1997.610 pp.

**CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO
COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.**
México. Sista. S.A. 1996.149 pp.

CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. México. Sista. S.A.
1996. 248 pp.

LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. Diario Oficial
de la Federación. T. DXVIII. No.5. México. Jueves 7 de noviembre de 1996. pp. 2-
10.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. México. Sista. S.A. 1997.
235 pp.

REVISTAS

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS DE GINEBRA. Revista Imperio del Derecho y Derechos Humanos, principios y definiciones. 108 pp.

DOBLES O., VICTOR. La Declaratoria de la Inconstitucionalidad de la Norma Permisiva de la Intervención de las llamadas Telefónicas. Revista de Derecho Constitucional. No. 2. Mayo, Agosto. 1991. San José de Costa Rica. spi. 154 pp.

NOVOA MONREAL, EDUARDO. La Interceptación Telefónica a la luz del Derecho. Revista Mexicana de Ciencias Penales. Año. III. No. 3. México. Porrúa. Julio de 1979 a junio de 1980. 275 pp.

NOVOA MONREAL, EDUARDO. La Vida Privada Como Bien Jurídicamente Protegido. Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Ciencias Penales. Año III. Buenos Aires Argentina. Depalma. 1974. 470 pp.