



UNIVERSIDAD VILLA RICA

FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

ANALISIS DE LA INTERVENCION
TELEFONICA EN MEXICO Y
EN OTROS PAISES

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

LUISA AURORA ESTRADA LOPEZ

Director de Tesis
Lic. Saul Guillermo Hernandez Vildez
Boca del Rio, Ver

Revisor de Tesis
Lic. Ruben Cabrera
1997

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

875209

5

7j.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

Gracias a Dios, por darme
la oportunidad de vivir.

Gracias a mi padre(+), por
heredarme la fuerza, el -
valor y la sabiduría para
poder enfrentar los pro--
blemas.

Gracias a ti MAMA por
darme la oportunidad de
estudiar y de ser lo que
hasta ahora soy, por tí

Gracias a mis hermanas:
Sandra y Mary, por que -
siempre han sido una parte
importante en mi vida.

Gracias a mi abuelita -
por apoyarme en toda
decisión tomada.

Gracias Tío Rafael y Tía Lupe
por ayudarme y apoyarme cuando
más lo necesitaba.

Gracias Arturo, por tener la
capacidad de comprenderme en
todo momento.

Gracias a toda mi familia
por enseñarme, el significado
de esta palabra.

A ti SOR GUADALUPE por ser
mi ángel de la guarda.

Muchas gracias Licenciado
Raymundo por el apoyo
brindado.

A MI DIRECTOR DE TESIS:

Por la ayuda otorgada para poder
realizar el presente proyecto.

A MI HONORABLE JURADO.

INDICE

INTRODUCCION.....	1
-------------------	---

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	1
1.1. TIEMPOS PRIMITIVOS.....	1
1.2. GRECIA.....	2
1.3. ROMA.....	5
1.4. EDAD MEDIA.....	9
1.5. ESPAÑA.....	12
1.6. INGLATERRA.....	15
1.7. FRANCIA.....	18
1.8. MEXICO.....	25
1.9. DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE.....	34

CAPITULO SEGUNDO

DERECHOS DEL HOMBRE Y GARANTÍAS INDIVIDUALES.....	36
2.1. DERECHOS DEL HOMBRE.....	36
2.2. LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.....	41

2.2.1. Diversas acepciones de garantía.....	42
2.2.2. Objeto de las garantías individuales.....	44
2.2.3. Concepto de Garantía Individual.....	45
2.2.4. Clasificación de las Garantías Individuales.....	47
2.3. LAS GARANTIAS SOCIALES.....	48
2.4. LA INVOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA Y PAPELES COMO GARANTIA INDIVIDUALIDAD.....	50
2.4.1. Derecho a la privacidad de la correspondencia.	51
2.4.2. La protección a los papeles.....	55

CAPITULO TERCERO

LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA EN OTROS PAÍSES.....	58
3.1. ORGANISMOS INTERNACIONALES.....	58
3.1.1. O. N. U.....	58
3.1.1.1. Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.....	60
3.1.2. O. E. A.....	61
3.2. CONSTITUCIONES POLITICAS DE DIFERENTES PAISES.....	61
3.3. ESPAÑA.....	63
3.4. FRANCIA.....	66
3.5. ITALIA.....	78
3.6. COLOMBIA.....	82
3.7. ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.....	85
3.8. ASPECTOS QUE REGLAMENTAN LA LEGISLACION EXTRANJERA.....	96

CAPITULO CUARTO

LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA EN MÉXICO.....	101
4.1. NECESIDAD DE AMPLIAR LA LEGISLACION DE LA INTERVENCION TELEFONICA EN MEXICO.....	101
4.2. EL ESPIONAJE TELEFONICO.....	107
4.3. INVESTIGACION PERIODISTICA AL RESPECTO.....	109
4.4. OBJETIVOS DE LA INTERVENCION TELEFONICA EN MEXICO.....	111
4.4.1. La Seguridad Privada.....	111
4.4.2. La Seguridad Jurídica.....	112
4.4.3. La Seguridad Nacional.....	112
4.4.4. La Seguridad Pública.....	113
4.5. LA INTERVENCION TELEFONICA COMO PREOCUPACION ACTUAL.....	114
4.6. LA INTERVENCION TELEFONICA AL CATEO (CRITERIO JURISPRUDENCIAL).....	116
4.7. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA INTERVENCION TELEFONICA.....	119
4.8. LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.....	121
CONCLUSIONES.....	124
BIBLIOGRAFIA.....	126

INTRODUCCION

El hombre, siendo ante todo un ente social alrededor del cual giran una serie de circunstancias económicas, políticas y sociales, siempre, por naturaleza ha buscado su bienestar, sin embargo el no satisfacer las necesidades que para él son primordiales, lo ha llevado a delinquir no sólo por sí mismo sino asociándose con otros que comparten su misma conducta negativa, provocando de esta forma un menoscabo en las personas que los rodean, pudiéndose unir, para lograr sus objetivos, con quienes tienen a su cargo el poder.

La intervención telefónica es un tema actual y muy extenso, su práctica ilegal trae consigo la transgresión de un derecho y ahora (con la reforma de agosto de 1996) la violación de la garantía de intimidad o privacidad de los particulares contemplada actualmente en los párrafos noveno y décimo del artículo 16 Constitucional, esto último cuando su realización la lleve a cabo una autoridad.

La delincuencia organizada para poder lograr sus objetivos, se ha valido muy eficazmente de las intercepciones de telefonía, no sólo realizadas hacia los particulares sino también hacia las autoridades del gobierno.

No obstante lo anterior, su práctica viciosa no sólo ha sido propia de dichas asociaciones delictivas, sino también ha sido practicada arbitrariamente por las autoridades.

Es por eso que independientemente de estudiar en el primer capítulo aspectos históricos de nuestros derechos y garantías individuales, en el segundo entramos a un análisis somero de ellos, "somero", toda vez que si se analizara detenidamente cada una, sería muy extenso, haciendo hincapié en que la finalidad que se pretende en la presente tesis no es el estudio de las garantías individuales, sino únicamente de ser éste un medio para abordar el tema de la intervención telefónica tanto en su aspecto nacional como internacional

Es importante señalar que los organismos internacionales, tales como la O.N.U. y la O.E.A. han trabajado arduamente en el problema, protegiendo a los particulares contra las injerencias o ataques a su vida privada.

Así mismo existen países, cuyas legislaciones son totalmente abundantes en relación con la intervención telefónica protegiéndose no sólo a los particulares sino también a las autoridades como es el caso de España.

Por otro lado Francia ha distinguido diferentes tipos de interceptaciones telefónicas, distinción que ha obedecido a las finalidades que cada una persigue, estableciéndose para cada caso distintos procedimientos.

III

Italia por su parte, tipifica la dicha intervención de acuerdo a la conducta que el sujeto activo, toda vez que no sólo castiga a quien obtenga información o imágenes que atente contra la vida privada, sino también a quien las difunda.

Al ser Estados Unidos de América un país netamente capitalista, ha experimentado un grave aumento en su índice delictivo, originándose así la necesidad, combatir la delincuencia en sus diversos aspectos, por lo que la legislación americana ha tenido que establecer entre otros documentos un Acta Federal sobre privacidad de las comunicaciones.

Por último, nuestro estudio aborda la necesidad de legislar la materia de intervención telefónica en nuestro país, el espionaje telefónico, así como los objetivos que debe perseguir dicha intervención en México: sin olvidar las diferencias y semejanzas que se hacen entre la figura en mención y el cateo en el aspecto de no considerarlas como la misma figura ni a su vez como una distinta, sino en relación con los requisitos que deben de cubrir cada una para poder lograr su autorización, así como figuras de causa y efecto para combatir ese grave problema que como integrantes de un país nos agobia y que es el " crimen organizado " .

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

Los derechos humanos no se originan históricamente en una declaración o documento solemne, ni tampoco en los escritos de juristas y filósofos : son el producto de circunstancias económicas. políticas y sociales concretas.

I.1. TIEMPOS PRIMITIVOS.

Es absoluto que en los tiempos primitivos no es posible hablar no sólo de la existencia de los derechos del hombre, considerados éstos como un conjunto de prerrogativas del gobernado de observancia jurídicamente obligatoria e imperativa para los gobernantes, sino ni siquiera de potestades o facultades de hecho de que pudiera gozar el individuo dentro de la comunidad a que pertenecía y que constituyesen una esfera de acción o actividad propia frente al poder público.

En los regímenes matriarcales y patriarcales, en efecto, la autoridad de la madre y del padre, respectivamente, era omnimoda, sin que encontrara un dique, ya no jurídico, sino fáctico a su desarrollo imperativo.

La madre, y posteriormente el padre, como jefes de la sociedad familiar, cuyo conjunto componía la tribu, disfrutaba de absoluto respeto por parte de sus subalternos, sobre los cuales, en muchos casos, tenían derechos de vida o muerte

Además, como fenómeno consubstancial a los regímenes sociales primitivos, se observa invariablemente la existencia de la esclavitud, la cual presupone, al menos en el orden a la libertad e igualdad humanas, una negación de los derechos del hombre o garantías individuales.

La sanción a la rebeldía justa o injusta contra los mandatos supremos e inapelables de los patriarcas y jefes de tribu, consistía en el destierro de la comunidad, sin que el afectado por este acto tuviese ningún derecho que hacer valer frente a tal decisión.

1.2. GRECIA

En Grecia, el individuo tampoco gozaba de sus derechos fundamentales como persona reconocidos por la polis y oponibles a las autoridades. Su esfera jurídica estaba integrada casi exclusivamente por derechos políticos y civiles, en cuanto que intervenía directamente en la constitución y funcionamiento de los órganos del Estado y en cuanto que tenía una situación protegida por el derecho en las relaciones con sus semejantes, más no gozaba de ninguna prerrogativa frente al poder público.¹

En Esparta había una verdadera desigualdad social, estando dividida la población en tres capas, que eran:

- Los *iliotas* o siervos que se dedicaban a trabajos agrícolas.
- Los *periecos* o clase media, quienes desempeñaban la industria y el comercio.
- Los *espartanos* propiamente dichos que constituían la clase aristócrata y privilegiada.

¹. GETTEL, Historia de las Ideas Políticas. Tomo I. Pág. 69.

Ante tal situación es evidente que no podemos hablar de la existencia de derechos del hombre o garantías del gobernado, puesto que no existía una situación igualitaria.

Sin embargo, Esparta no estaba constituida en un estado autocrático. Como en casi todas las ciudades griegas, su forma de gobierno se asentaba sobre bases democráticas. Pudiéndolo denominar "función administrativa" estaba encomendada a dos reyes llamados *arquegetas*, cuyas facultades estaban muy restringidas, pues propiamente se reducían a recibir a los embajadores extranjeros y a presidir el Senado o Consejo de Ancianos.

Además, los monarcas espartanos eran una especie de sumos sacerdotes que celebraban las ceremonias religiosas y designaban a los prelados inferiores. En tiempo de guerra, "los reyes dirigían personalmente el ejército y marchaban al combate en el primer puesto".²

La actividad gubernativa en Esparta se depositó en el Senado o Consejo de Ancianos, llamado *Gerusia*, el cual desplegaba también funciones judiciales, decidiendo en última instancia los negocios importantes en que el Estado tuviese interés. Sobre el Senado, la *asamblea del pueblo*, compuesta exclusivamente por los espartanos, ejercía una especie de control, ya que debía someterse a su aprobación cualquier asunto.

Una magistratura singular fue la de los *éforos*, quienes "velaban sobre la educación de la juventud, convocaban las asambleas populares, presidían los juegos y los festines, trataban con los enviados del extranjero e intervenían en las controversias de carácter privado. Podían pedir acusación y destitución de los magistrados, incluso de los reyes, cuando ciertos fenómenos sobrenaturales indicaban, de acuerdo con su propia interpretación, que los dioses no estaban satisfechos con el gobierno". "*Su autoridad les*

² DE VEDIA Y MITRE, MARIANO. Historia de las Ideas Políticas. Tomo I. Pág. 15

permitía condenar a muerte a cualquier ciudadano sin explicar los motivos de la sentencia”.

En *Atenas* la situación social era diferente de la que prevalecía en Esparta. No existía esa diferenciación jerárquica entre clases sociales diversamente colocadas ante el derecho y en la realidad; había, cierta desigualdad entre los hombres, aunque no tan marcada como en el régimen espartano. El ateniense gozaba de una libertad fáctica frente al poder público; podía libremente actuar ante éste y aun impugnar o criticar su proceder en las asambleas cuando fuere contrario a su criterio; mas esa libertad sólo tenía una existencia de hecho, sin que significara, por tanto, una obligación para la autoridad estatal su respeto; es decir, la libertad ateniense, manifestada en diversos actos concretos, no implicaba ningún derecho público individual, esto es, una exigencia jurídica frente al Estado con obligación ineludible de parte de sus autoridades en el sentido de acatarla.

Desde los remotos orígenes de Atenas, los individuos se agrupaban en clases sociales diferenciadas unas de otras por razón de la sangre; y este criterio, sobre el que descansaba la desigualdad social, se substituyó, en la obra de Sólon, por el que se fundaba en una diferencia plutocrática.

Asimismo, el pueblo ateniense se dividió durante la época de este célebre legislador, en cuatro clases, colocadas jerárquicamente en atención a los bienes de fortuna que cada una de ellas poseía.

- Los *ciudadanos* componían la clase social superior, dotada de todos los derechos políticos y formada por los individuos de mayor poderío económico.

- Los *caballeros* integraban la segunda clase social y aunque gozaban de tales derechos, éstos sólo los habilitaban para ocupar magistraturas inferiores dentro de la polis;

la tercera clase social estaba compuesta por los *zeugitas*, entre quienes se reclutaban los soldados; y por último, eran los *tetes* los que componían la clase social más baja en Atenas, habiendo estado privados de derechos políticos.

El régimen plutocrático de Atenas, que substituyó a la primitiva aristocrática, fue evolucionando hacia el sistema democrático directo, cuya implantación se consuma definitivamente bajo el gobierno de *Pericles* y durante el cual culminó el esplendor político y cultural ateniense.

Es por lo anterior, que el individuo como gobernado no era titular de ningún derecho frente al poder público, o sea, en las llamadas relaciones de gobierno. Su personalidad como hombre se acababa dentro de la polis. sólo valía o tenía alguna significación en la medida en que, como ciudadano, intervenía en la actividad estatal como miembro de los diferentes órganos de gobierno, tales como las asambleas y los tribunales

En Atenas, el pueblo (*demos*) lo era todo. A él incumbía la elaboración de las leyes y la administración de justicia, misma que impartía constituyéndose en el célebre tribunal de los heliastas. El signo transpersonalista y estatista que caracterizó el régimen tanto jurídico como político en Atenas y en general a las demás ciudades griegas, trajo como consecuencia la minimización de la persona humana como tal, esto es, en su calidad de gobernado.

1.3. ROMA

El " *Civis romanus* " tenía como elemento de su personalidad jurídica el *status libertatis*, pero esta libertad se refería a sus relaciones civiles y políticas, ya que no se concebía como un derecho intocable y reconocible por el orden jurídico. El *status*

libertatis, se reputaba como una cualidad en oposición a la condición del servus, o sea, como facultad de actuar y comportarse por propia voluntad y determinación.³

La libertad en el régimen romano estaba reservada a cierta categoría de personas, como el pater-familias, quien gozaba de amplio poder sobre los miembros de su familia y sobre los esclavos.

Durante la época de los reyes, la población de los hombres libres se dividía en dos primordiales clases sociales :la de los patricios y la de los plebeyos. Aquellos gozaban en plenitud de su libertad civil y política; éstos, en cambio, estaban privados del disfrute de la segunda. Las funciones del Estado romano se depositaron durante el periodo de los reyes en tres cuerpos políticos que eran el *pueblo*, constituido exclusivamente por los patricios, el *senado*, que era un órgano aristocrático y el *rey*.

La célula primaria de la clase patricia era la familia, cuyos miembros componentes estaban colocados bajo la autoridad omnimoda y hasta despótica del pater. Este era el único libre e independiente (*sui juris*) y su poder era tan monstruosamente ilimitado, que podía inclusive, librar de la vida no solo a sus esclavos, sino a sus hijos.

Ante esta situación, in absoluto que dentro del sistema del *jus quiritum*, rigorista y esencialmente formalista, que reconocía esa tremenda potestad al paterfamilias, no es posible hablar siquiera de derechos de la persona humana oponibles a una verdadera autoridad que se depositaba en el jefe de la familia patricia, como base de la organización social de Roma en la época monárquica.

En la República Romana, los plebeyos lograron mejorar su situación política dentro del Estado, conquistando ciertos derechos y prerrogativas que antes estaban reservadas a los patricios. De esta manera, la plebe ya pudo participar en las funciones gubernativas,

³.BURGOA, IGNACIO, Garantías individuales. Pág. 68.

puesto que podía concurrir a las leyes que afectaran sus intereses a través de un funcionario denominado *tribunus plebis*. La Ley de las Doce Tablas, expedida durante la época republicana, consagró algunos principios muy importantes que significaron una especie de seguridad jurídica de los gobernados frente al poder público, ya que la Tabla IX regulaba el Derecho Público, consignando así el elemento generalidad como esencial de toda Ley, prohibiendo que ésta se contrajese a un individuo en particular.

Las instituciones jurídicas romanas, al menos en lo que concierne al derecho público, y que alcanzaron su plenitud durante la república, sufrieron una notoria decadencia en la época de los emperadores. Al emperador se le divinizó; el pueblo degeneró en una muchedumbre indolente, que contemplaba impasible los desmanes y las arbitrariedades del César; el senado se convirtió en un órgano incondicional de éste y la preponderancia política recayó en las manos de los militares que, con la fuerza de las armas y la violencia, deponían a su capricho al jefe del Estado.

Durante toda su historia, los romanos hicieron siempre una radical distinción jurídica y política entre el *civis* o ciudadano y el que no tenía esta calidad, a pesar de ser hombre libre. Dentro de los no ciudadanos se contaban los *peregrinos*, *los enemigos* y *los bárbaros*. Si bien ninguno de estos tres tipos era reputado como esclavo, tampoco gozaba, por el contrario, de libertad civil ni de libertad política, como substratum de un derecho subjetivo.

El peregrino era el extranjero radicado dentro de los confines del Estado romano, sin gozar de ninguna prerrogativa política ni civil. Su discriminación de la vida pública de Roma llegó a tal extremo, que los tribunales ordinarios estaban impedidos para impartirle justicia, habiendo sido necesaria la creación de un funcionario judicial especial que se encargara de ventilar y dirimir los conflictos en que era parte (*praetor peregrinus*).

El enemigo (*hostis*) era el extranjero que aún no se había sometido a la dominación romana; y el *hárbaro* era el sujeto que se hallaba fuera del ámbito de la civilización de Roma y de los confines geográficos del Estado romano.

Sin embargo, frente a la realidad jurídica y política de Roma, se une el pensamiento de *Cicerón, Marco Aurelio y Epicteto*, quienes adoptaron la tesis sobre la existencia de una ley universal aplicable por igual a todos los hombres.

Específicamente Cicerón proclamó la igualdad humana, afirmando que existen normas naturales que rigen la vida del hombre y de la sociedad, basadas en los principios del Derecho y de la Justicia y que, por el hecho de estar investidas de carácter supremo, debían prevalecer sobre las leyes positivas que se les contrapusiesen. De esta manera, Cicerón reconoció, aunque tácitamente, la existencia de derechos propios de la persona humana superiores al ordenamiento estatal, el cual carecía de validez en cuanto vulnerara las normas relativas a la naturaleza del hombre.

Para el célebre orador romano, el Derecho está fundado en la naturaleza del hombre, desde el momento en que habían sido admitidos por el consentimiento y la decisión de la multitud.”⁴

Es así como, la libertad del hombre como tal, conceptuada como un derecho público individual inherente a la personalidad humana, oponible al Estado en sus diversas manifestaciones y derivaciones no existía en Roma, pues se disfrutaba como un hecho, sin consagración jurídica alguna, respetable y respetada solo en las relaciones de Derecho Privado y como facultad de índole política.

⁴. Citado por ROMMEN. Op. Cit. Pág. 30.

1.4. EDAD MEDIA.

Mariano Azuela, distingue tres periodos que prenden el medievo: el de las invasiones, el feudal y el municipal, en cada uno de ellos la situación del individuo en cuanto a sus derechos fundamentales, principalmente el de la libertad, fue distinta.

La *época de las invasiones*, en la que los pueblos llamados bárbaros no estaban aún delineados perfectamente en su formación, pues por lo general estaban constituidos por tribus dispersas y aisladas, se caracterizó por el predominio de la arbitrariedad y el despotismo sobre la libertad humana, que ni siquiera estaba reglamentada jurídicamente en sus relaciones privadas, como sucedía en Roma, pues existía lo que se conoce con el nombre de "vindicta privata", en la que cada quien podía hacerse justicia por su propia mano. De tal forma que es imposible hablar en esta época de algún derecho público subjetivo y mucho menos algún medio de protección correspondiente.

La *época feudal* se caracteriza por el dominio del poseedor de la tierra, dueño de ella, respecto de aquellos que la cultivaban cuyas relaciones dieron origen a la institución medieval de la *servidumbre*. La propiedad territorial confería a su titular un poder no sólo de hecho, sobre los que la trabajaban, quienes rendían homenaje y juraban obediencia al terrateniente o señor feudal. El régimen de la servidumbre otorgaba a éste un poder soberano sobre los llamados siervos o vasallos, pudiendo disponer de una persona casi ilimitadamente.⁵

Cuando las *ciudades libres* de la Edad Media fueron desarrollándose, cuando los intereses económicos de las mismas fueron adquiriendo importancia, los ciudadanos supieron imponerse a la autoridad del señor feudal, exigiéndole salvoconductos, cartas de seguridad, etc., y en general el reconocimiento de ciertos derechos que integraron una legislación especial (*derecho cartulario*). Se creó en esta forma, durante este tercer

⁵. EUGENIO PELLETAN: La profesión de Fe del siglo xix. Pág. 243.

periodo medieval, o sea, el municipal, un régimen de legalidad que limitaba y sometía la autoridad del señor feudal en beneficio de los habitantes de las ciudades. El incremento económico y político que fueron paulatinamente adquiriendo las poblaciones medievales, fue la causa de que los gobernantes respetaran los compromisos que habían contraído con sus moradores, más la posibilidad de contravención y las violaciones mismas no tuvieron ninguna sanción jurídica en favor de los afectados. Es por tal motivo que es imposible encontrar en esta época un precedente histórica de garantías en favor del individuo.

Tal era la situación que guardaba el individuo a título de gobernado frente al Estado y a los detentadores del poder público. Como corriente moral y humanitaria, a principios de la Edad Media y al finalizar la época antigua, el *Cristianismo* pretendió suavizar las ásperas condiciones de desigualdad que prevalecían en el mundo pagano.

Declaraba que los hombres eran iguales, al menos ante Dios; que todos estaban regidos por una ley universal basada en los principios de amor, piedad y caridad.

El Cristianismo, por consiguiente, dulcificó y trató de atenuar las desigualdades sociales que prevalecían en los tiempos del paganismo y de atemperar el despotismo que se observaba por los gobernantes respecto de los gobernados. Sin embargo, cuando Constantino declaró como religión oficial del Estado la doctrina cristiana, las peculiaridades de ésta, en cuanto a sus preceptos fundamentales, fueron subvertidas y hasta contradichas por las ideas que adoptaron por la iglesia.

La situación real, positiva, que guardaba el individuo como gobernado en la Edad Media, que se traducía en una plena supeditación de la persona al poder público, pese al derecho cartulario de las ciudades libres Alemanas e Italianas, no excluyó la circunstancia de que en la *patrística* y, sobre todo, en la *escolástica*, principalmente con *Santo Tomás de Aquino*, se preconizara la existencia de un "derecho natural" fincado en la índole misma del ser humano.

Es por lo anterior que se puede precisar, que en la edad media, el pensamiento jurídico-político medieval, en términos generales, se desarrolló en torno a cuestiones y problemas de carácter religioso y teológico, con el propósito primordial de explicar y justificar, en sus respectivos casos, las dos posturas antagónicas que se disputaban la hegemonía política, a saber : la supremacía del poder del papado o la de los reyes. A esta fundamental preocupación se debió el hecho de que en la ideología de la Edad Media no se hubiese planteado ni definido la situación del gobernado frente al gobernante ni se haya intentado crear o reconocer los derechos del hombre en los regimenes jurídico-político, ejercido en el orden temporal, por los monarcas y en el espiritual por la Iglesia, emanaba de Dios y de que las autoridades que lo detentaban eran representantes en la tierra.

Sin embargo, ya que en el siglo XV de nuestra era, es decir, en las postrimerias de la Edad Media, comienzan a desenvolverse teorías jurídicas, políticas y filosóficas muy importantes tendientes a substituir el concepto de soberanía popular.

Esta tendencia se acentuó con la aparición de las corporaciones o gremios dentro de la vida económica de las ciudades medievales y se pretendió hacerla extensiva al elemento humano mismo de los Estados.

Los juristas del siglo XV construyeron una jerarquía normativa para concluir que el gobernante no debía ser sino un servidor del pueblo, estando obligado a observar los principios del derecho natural (obra de Dios a través de la razón humana), del derecho divino (fruto de la revelación) y del derecho de gentes (conjunto de reglas aplicables a todas las naciones y derivadas del derecho natural).

De esta forma se preparó el terreno eidético donde posteriormente abría de brotar el pensamiento que reivindicó la dignidad de la persona humana y sus derechos y prerrogativas frente al Estado.

1.5. ESPAÑA

La nación española, antes de su formación social y política definitiva, vivió una larga etapa de su historia en periodos de acomodamientos y adaptación, tanto por los diferentes pueblos que habitaron su territorio, como por la dominación romana después del desmembramiento del imperio romano de occidente en el siglo V de la era cristiana.

Dentro de las legislaciones que permiten a España tener la formación antes descrita, se pueden mencionar las siguientes :

A) LAS LEYES DE EURICO, que solo regían a los gobernados con exclusión de cualquier otro pueblo, fueron perfeccionadas y ampliadas a los galos y españoles por el brevatio de Aniano, en el que se adoptaron algunas leyes y principios de derecho romano.

B) FUERO JUZGO, también conocido como Libro de los Jueces o Código de los Visigodos, un ordenamiento normativo que comprendía disposiciones relativas a múltiples materias jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado.

Así en el libro primero de los doce de que se componía, se contienen diversos preceptos concerniente al autor (fazedor) de las leyes y a la naturaleza de éstas, consagrándose en el título preliminar del mencionado ordenamiento un notable principio que traduce la limitación natural que desde el punto de vista ético-político debía tener la autoridad real en la función legislativa y de justicia, así como un índice de legitimidad del monarca, en el sentido de que *sólo será rey, si hiciere derecho, y si no lo hiciere, no será rey.*⁶

El Libro segundo del Fuero Juzgo regula los “juicios y causas”, ordenándose en los demás, cuestiones de derecho civil (casamientos, filiación, contratos, patronazgo y

⁶. CODIGOS ESPAÑOLES. Introducción al Tomo I, Joaquín Francisco Pacheco, 1847.

clientela), de derecho penal (delitos diversos, penas, tormentos, etc.) y de derecho rural y militar (división de tierras entre godos y romanos, arrendamiento de tierras, peculio de los siervos, división de heredades, servicio militar obligatorio y penas por eludirlo o por encubrir su evasión).

C) EL FUERO VIEJO DE CASTILLA, fue un ordenamiento compilador de diversos fueros y disposiciones anteriores, fue publicado en 1356, componiéndose de cinco libros.

El primero de ellos, trata de cuestiones de derecho público, tales como las relativas a la facultad real de desterrar a los nobles y a los derechos de los desterrados, a los quebrantamientos de los herederos de los fijosdalgo, etc. En el segundo libro, se regulan tópicos del derecho penal, en el tercero, los procedimientos judiciales en el orden civil, en el cuarto y quinto, relativos a las instituciones del derecho civil.

D) LEYES DE ESTILO, también conocidas con el nombre de *Declaración de las Leyes del Fuero*, no constituyeron una legislación una legislación propiamente dicha, sino un conjunto de reglas establecidas por los tribunales a manera de jurisprudencia que vinieron a definir y aclarar, mediante interpretación adecuada, disposiciones contenidas en diversos ordenamientos anteriores sobre diferentes materias jurídicas.

E) ORDENAMIENTO DE ALCALÁ, expedido por don Alfonso XI en el año de 1348 en Alcalá de Henares en los treinta y dos capítulos que comprende, regula como los otros cuerpos legales diferentes cuestiones atañeras a diversas ramas jurídicas principalmente en lo que concierne al derecho civil, penal y procesal.

F) Las SIETE PARTIDAS: En la primera partida, explica lo que debe entenderse por "Derecho Natural", por el de gentes "jus gentium", por leyes, usos, costumbres y fueros, prescribiéndose el carácter realista que debe tener toda legislación, en el sentido de

que ésta debe amoldarse a las necesidades que vayan surgiendo en la vida de los pueblos y experimentar todos los cambios y modificaciones que aconseje la realidad social.⁷

En la Segunda partida, se comprende el derecho político, cuyo principio de sustentación lo constituyen ideas que en la Edad Media imperaban sobre la radicación de la soberanía, o sea, que ésta residía en la persona del monarca por "Derecho Divino", reputándose al Rey como "Vicario de Dios" con poder sobre sus súbditos "para mantenerlos en verdad y en justicia cuanto en lo temporal" (Ley Quinta).

En otras disposiciones de dicha Partida se consigna el régimen monárquico absoluto, pues siendo el rey el representante de Dios sobre la Tierra en lo concerniente a los asuntos no espirituales, entre aquél y sus gobernados no debía existir ningún límite que restringiera la actividad real que no fuese la propia conciencia del monarca encauzada por reglas de tipo religioso y moral que preconizaran un tratamiento humanitario, piadoso y caritativo para los súbditos. Es por ello por lo que la mencionada Partida, aunque haya instituido un régimen monárquico absoluto, condenaba la tiranía en sus aspectos brutales y totalmente despóticos al atemperar con máximas morales al poder irrestricto del rey. Las demás Partidas regulan cuestiones de derecho procesal, civil y penal.

En otras disposiciones de dicha partida se consigna el régimen monárquico absoluto, pues siendo el rey el representante de Dios sobre la Tierra en lo concerniente a los asuntos no espirituales, entre aquél y sus gobernados no debía existir ningún límite que restringiera la actividad real que no fuese la propia conciencia del monarca encauzada por reglas de tipo religioso y moral que preconizaran un tratamiento humanitario, piadoso y caritativo para los súbditos.

G) PACTO POLÍTICO CIVIL, acordado en las cortes del Reino de León el año de 1811. En dicho documento se contienen diversas disposiciones sobre materias distintas

⁷. CODIGOS ESPAÑOLES, tomo VII. Introducción, por F. de P. Díaz y Mendoza.

de carácter civil, penal, político y administrativo y entre ellas las concernientes a la **inviolabilidad del domicilio** por el Rey. (art. 6) y la **garantía de audiencia** (art. 13).⁸

II) **PRIVILEGIO GENERAL**, es uno de los fueros que más significación tiene para la antecendencia hispánica de algunas garantías individuales, el cual fue expedido en el reino de Aragón por Don Pedro III en el año de 1348, estatuto que ya consagraba derechos fundamentales en favor del gobernado, oponibles a las arbitrariedades del poder público en lo que concierne a la libertad personal, comenzando a reglamentar las garantías de seguridad jurídica a través de distintos medios procesales denominados "Procesos Forales"

I) **CONSTITUCIÓN DE 1812**.- Contiene declaraciones terminantes que involucran sendas garantías individuales tales como las relativas a la de audiencia (art. 287), a la inviolabilidad del domicilio (art. 306), a la protección a la propiedad privada (art. 4), a la de libertad de emisión del pensamiento (art. 371), proscribiendo, en cambio, la religiosa, al disponerse en su artículo 12, que la religión oficial de España será la Católica, Apostólica y Romana y que el ejercicio de cualquier otra debería prohibirse por las leyes.

J) **CONSTITUCIÓN DE 1931**.- Además de contenerse un catálogo de garantías individuales, se instituyen medios para su protección. Esta Constitución tuvo una efímera vigencia en atención al golpe de Estado de 1936.

1.6. INGLATERRA.

Es en Inglaterra donde la consagración normativa de la libertad humana y su protección jurídica alcanzaron admirable grado de desarrollo. El régimen jurídico Inglés fue evolucionando lentamente desde los más oscuros orígenes de los pueblos que habitaron la Gran Bretaña, como los anglos y los sajones, y es fruto de sus costumbres y de su vida misma.

⁸. CARLOS LOPEZ DE HARO, La Constitución y Libertades de Aragón. Págs. 200 a 204.

El derecho inglés es la consecuencia de largos años de gestación social, de la sucesión incesante de fenómenos y hechos que fueron surgiendo dentro de la colectividad, basados en el espíritu y temperamento anglosajones, que siempre se distinguieron por ser amantes y defensores vehementes de la libertad del pueblo británico.

Como efecto paulatino de la costumbre social, de la práctica constante de la libertad, de los acontecimientos históricos en los cuales se revelaron los intentos de defensa de los derechos fundamentales del inglés, surgió la Constitución Inglesa, no como un cuerpo conciso, unitario y escrito de preceptos y disposiciones legales, sino como un conjunto normativo consuetudinario, implicado en diversas legislaciones aisladas y en la práctica jurídica realizada por los tribunales.

Se puede decir que es Inglaterra el Estado típico dotado de una constitución en el sentido lógico-formal del concepto, o sea, como agrupación preceptiva creada y consolidada por la costumbre social, fundamentada en la idiosincrasia popular y que no tiene como antecedente ninguna norma legal, sino que se produce espontáneamente.

La consagración y protección jurídica en Inglaterra de la libertad, no aparecieron en forma súbita, repentina, como producto de un estudio teórico previa, como efecto de un proceso de imitación, sino através de varios acontecimientos históricos se fueron gestando y reafirmando. Tal como fue en las primera épocas de la Edad Media, prevalecía el régimen de la "**Vindicta Privata**" en los comienzos de la sociedad inglesa. Sin embargo al haberse instituido nuevas prohibiciones al ejercicio del Rey, el régimen de la venganza privada fue extinguiéndose paulatinamente y las violencias en que se traducía fueron desapareciendo con el tiempo.

Así mismo, con posterioridad y en vista de la imposibilidad material del monarca para impartir justicia en todos los lugares del Reino, se estableció la "**Curia Regis**" o Corte del Rey con varias atribuciones; es en esta forma que los distintos tribunales de los

distintos pueblos que habitaban Inglaterra fueron sometiéndose a la autoridad judicial central, quien respetó siempre sus costumbres y tradiciones jurídicas.

En toda Inglaterra se fue extendiendo lo que se llamó el **Common Law**, que fue y es un conjunto normativo consuetudinario, enriquecido y complementado por las resoluciones judiciales de los tribunales ingleses y en particular por la Corte del Rey, las cuales constituyeron, a su vez, precedentes obligatorios no escritos para casos sucesivos.

Es así como el Common Law o derecho común en Inglaterra se formó y desarrolló sobre dos principios capitales: la seguridad personal y la propiedad. Sus normas se extendieron y se impusieron a la autoridad real, quien debía acatarlas, por lo que de esta libertad y propiedad en Inglaterra se erigieron ya en derechos individuales públicos oponibles al poder de las autoridades, o como asienta Rabasa, "*el common law* impuso en la conducta de la vida pública, marcando un límite a la autoridad real que no podía traspasarlo sin provocar rebeldía y hostilidad".⁹

A principios del siglo XIII, los barones ingleses obligaron al rey Juan Sin Tierra a firmar el documento político de los derechos y libertades en Inglaterra y origen remoto de varias garantías constitucionales de diversos países, principalmente de América.

La famosa **MAGNA CHARTA**, en cuyos setenta y nueve capítulos hay una gran enumeración de garantías prometidas a la iglesia, a los barones, a los *freemen* y a la comunidad, todos con el valor jurídico para el presente que corresponde a fórmulas que se han transmutado en las libertades modernas; pero de las cuales algunas sólo han modificado las palabras y viven en los principios de las constituciones actuales.¹⁰

El precepto más importante de la Carta Magna es el marcado con el número 46, que constituye un antecedente evidente de nuestros artículos 14 y 16 Constitucionales y

⁹ CUETO RUA JULIO, *El Common Law*. Pág. 31 y 32.

del artículo 5 de las reformas y adiciones a la Constitución Americana, precepto en el que se le reconoció al hombre libre, al freeman la garantía de legalidad, de audiencia y de legitimidad de los funcionario o cuerpos judiciales.

Mediante la Gran Carta elaborada bajo el reinado de Enroque II y confirmada por Eduardo I. se reiteró la vigencia de la Carta Magna de 1215, reproduciéndose en sus preceptos las disposiciones de este último documentos, específicamente las que se referían a las garantías de audiencia y de legalidad.

En 1639, se crea el BILL OF RIGHTS, que ampliaba las garantías individuales que ya se habían reconocido en legislaciones anteriores, insertando nuevas como libertad de tribuna, de portación de armas, etc., y que se puede considerar el más completo de todos.

El mencionado estatuto señala "expresiones breves y rigurosas, declarando la ilegalidad de muchas prácticas de la corona, prohíbe la suspensión y la dispersa de las leyes, los juicios por comisión, las multas o fianzas excesivas, así como el mantenimiento de ejércitos en tiempo de paz y la imposición de contribuciones sin permiso del Parlamento; se reconoce además, el derecho de petición al rey, el de portación de armas, la libertad de tribuna en el Parlamento y la libertad en la elección de los comunes."¹¹

1.7. FRANCIA

El despotismo y la autocracia imperaron principalmente en Francia, cuyo régimen gubernamental se cimentaba en un sistema teocrático, puesto que se consideraba que la autoridad monárquica tenía su origen y fundamento en la voluntad divina, por lo que se reputaba a aquélla como absoluta, esto es, sin ninguna limitación en su ejercicio. Los Reyes cometieron, bajo estas condiciones, arbitrariedades sin fin, gravando inicuaamente al

¹¹ RABASA, Juicio Constitucional. Pág. 86.

pueblo con impuestos elevadísimos para poder mantener el boato y subvenir a los gastos exorbitantes de la corte real y de la podrida y degenerada nobleza, que contribuía a la extorsión popular.

Ante esta triste realidad, surgen en Francia importantísimas corrientes políticas en el siglo XVIII, las cuales pretendían proponer medidas y reformas para acabar con el régimen absolutista, pugnando por el establecimiento de sistemas o formas de gobierno más pertinentes y adecuadas para conjurar el mal público. Así aparecen en el pensamiento político, los **fisiócratas**, quienes abogaban por marcado abstencionismo del Estado en lo concerniente a las relaciones sociales, las cuales deberían entablarse y desarrollarse libremente, sin la injerencia social, obedeciendo al ejercicio de los derechos naturales del gobernado (**Principio de "Laissez faire-Laissez passer"**).¹²

Por su parte, **Voltaire**, propugnando una monarquía ilustrada y tolerante, proclama la igualdad de todos los hombres respecto a los derechos naturales de libertad, propiedad y protección legal.

Los **Enciclopedistas**, principalmente con Diderot y D'Alembert, pretendieron reconstruir teóricamente el mundo, soneándolo de sus deficiencias, errores y degradaciones, pretensión en la que pugnaban vehementemente por la consagración definitiva de los derechos naturales del hombre.

Esto último se vislumbra en la teoría de **Montesquieu**, cuya finalidad especulativa fundamentalmente tiende a elaborar un sistema de gobierno que garantizara la legalidad y descartara la arbitrariedad o despotismo de las autoridades, habiéndolo formulado para ello su famosa teoría de la división de poderes, dotando a cada uno de éstos de atribuciones

¹² RABASA, Juicio Constitucional. Pág. 87.

¹² IGNACIO BURGOA. Garantías Individuales. Idem. Pág. 90.

específicas y distintas de las que correspondieran a los otros para el efecto de que imperara un régimen de frenos y contrapesos recíprocos.

Sin embargo, el pensador que tuvo mayor influencia en las tesis jurídico-políticas llevadas a la práctica por la Revolución Francesa fue **Rousseau**, con su famosa teoría del **CONTRATO SOCIAL**, que ya antes había sido formulada por varios teóricos.

Afirmaba Rousseau, que el hombre en principio vivía en estado de naturaleza, es decir, que su actividad no estaba limitada por ninguna norma, que desplegaba su libertad sin obstáculo alguno; es decir, que disfrutaba de una completa felicidad para cuya consecución, según dicho pensador no operaba la razón, sino el sentimiento de piedad.

Con el progreso natural, se fueron marcando diferencias entre los individuos antes colocados en una posición de verdadera igualdad, y es entonces cuando suceden divergencias y pugnas entre ellos. Para evitar estos conflictos, los hombres según Rousseau, concertaron un pacto de convivencia, estableciendo de esta manera la **sociedad civil**, limitándose ellos mismos su propia actividad particular y restringiendo en esta forma sus derechos naturales.

Al crearse la sociedad civil, en oposición al estado de naturaleza, se estableció un poder o una autoridad suprema, cuyo titular fue y es la comunidad, capaz de imponerse a los individuos. A este poder o autoridad la llama Rousseau, **voluntad general**, a la cual considera soberanamente omnimoda, esto es, sin limitación alguna.

Sin embargo la teoría rousseauiana se contradice, ya que por un lado señala a la "volonté générale" como suprema, como soberana, y por otro a los derechos fundamentales del hombre, inalienables y respetables necesariamente.

La Revolución Francesa se provocó, consecuentemente, por la convergencia de diferentes factores: el pensamiento filosófico político del siglo XVIII, el Constitucionalismo Norteamericano que se difundió en Francia mediante la circulación profusa de las constituciones particulares de los Estados que formaron la Unión Americana y de la Constitución Federal, así como la realidad política y social que acusaba tiranía, despotismo, arbitrariedad y graves afrentas a la dignidad humana.

El documento más importante en que se concibió el ideario de la Revolución Francesa, fue la famosa **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789**. Su expedición fue precedida de importantes sucesos políticos que se desarrollaron desde la convocación a los llamados Estados Generales por el rey, hasta el juramento de la mencionada declaración en la Asamblea Nacional.

La declaración de 1789, instituyó la democracia como sistema de gobierno, afirmando que el origen del poder público y su fundamental sustrato es el pueblo o, para emplear su propia lenguaje, la nación, en la que depositó la soberanía. Así el artículo 3o. establecía " El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún individuo o corporación puede ejercitar autoridad que no emane expresamente de ella", precepto que posteriormente inspiró sobre este punto a la mayor parte de las constituciones universales.

La democracia siempre supone la igualdad jurídica y política de los gobernados, por lo que el artículo 6º se refería a dicho elemento al disponer: "La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho de concurrir a su formación personalmente o por representantes. Debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos o empleos públicos, según su capacidad, sin otra distinción que la de su virtud o su talento".

Además, la Declaración Francesa de 1789, contenía un principio netamente individualista y liberal.

Individualista, porque consideraba al individuo como el objeto esencial y único de la protección del Estado y de sus instituciones jurídicas, a tal grado de no permitir la existencia de entidades sociales intermedias entre él y los gobernados particulares. A éste propósito, establecía el artículo 2º lo siguiente, que revela una concepción notablemente jus-naturalista: "El objeto de toda asociación política, es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión" que es semejante, en cuanto al principio en él involucrado, al primer precepto de nuestra Constitución de 1857, que dice: "El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales".

Consagraba también la Declaración francesa el principio liberal, porque vedaba al Estado toda injerencia en las relaciones entre particulares que no tuviese por objeto evitar que el libre desarrollo de la actividad individual perjudicara o dañara los intereses de otro u otros individuos, concibiendo a aquél como un mero policía, acerca de cuyo régimen ha hecho Duguit severas y justificadas críticas. A este respecto, decía el artículo 4º de la Declaración: "La libertad consiste en poder hacer toda aquello que no dañe a otro; por lo tanto, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que aquéllos que aseguren a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites no pueden ser consignados más que por la Ley". En síntesis, desde el punto de vista estrictamente jurídico-político, la Declaración francesa de 1789 contenía en sus diversos preceptos los siguientes principios: democrático, individualista y liberal, basados estos dos últimos en una concepción netamente jus-naturalista.

El sistema de mención y definición legal y escrita de los derechos del hombre instituido en la Declaración francesa de 1789 , fue adoptado por casi la totalidad de los

países de Occidente, principalmente por México, desde que nació a la vida jurídica como Estado independiente, a través de los diversos cuerpos constitucionales que rigieron en nuestro país.

Asimismo, la posición individualista y liberal que adoptó el Estado mexicano en algunos ordenamientos fundamentales, principalmente en la Constitución de 1857, tiene su origen en dicha Declaración, posición que implicaba que el fin del Estado estribaba en proteger al individuo en el goce y disfrute de los derechos connaturales a su personalidad y en abstenerse de tener injerencia en las relaciones entre los gobernados en caso de no impedir o remediar un conflicto de intereses particulares.

Por lo que concierne a las garantías o derechos fundamentales del individuo, la Declaración francesa proclamaba como principales los siguientes:

- a) La libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (art. 2°).

- b) Aquéllos que se refieren a la materia penal y que son análogos a los contenidos en los artículos 19, 20 y 21 de nuestra Constitución consignados en los preceptos 7°, 8° y 9°, que decían: "Ningún hombre puede ser acusado, detenido o preso más que en los casos determinados por la Ley y según las formas prescritas en ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados, pero todo ciudadano llamado o detenido en virtud de la Ley, debe odecir al instante, haciéndose culpable por su resistencia" (art., 7°.)

- c) "La ley no debe establecer sino penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al hecho (garantía de la no retroactividad de las leyes) y legalmente aplicada"(art. 8°.)

d) "Siendo todo hombre presunto inocente, hasta que sea declarado culpable, si se juzga indispensable su detención, la ley debe reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona"(art. 9º.)

Además de esas garantías en materia penal, la Declaración francesa consignaba otras, en sendos artículos, tales como la libertad de pensamiento, de expresión del mismo, de religión y de la propiedad, respecto de la cual establecía la procedencia de la expropiación, siempre y cuando mediara previa y justa indemnización que se pagara al afectado. En efecto, las disposiciones conducentes del citado código indicaban que "Nadie debe ser molestado por sus opiniones aun religiosas, con tal que su manifestación no trastorne al orden público establecido por la ley"(art. 10). "La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre: todo ciudadano puede hablar, escribir o imprimir libremente, pero debe responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley" (art. 11). "Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija evidentemente y bajo la condición justa y previa indemnización"(art. 12).

Durante el siglo XIX Francia contó con diversos códigos políticos con efímera vigencia, circunstancia que revela inestabilidad de las ideas que sucesivamente se fueron sustentando y que sirvieron de motivo a la expedición de tales estatutos.

Así durante el término de escasos setenta y cinco años rigieron en dicho país no menos de siete ordenamientos constitucionales, es decir las constituciones del año III; del año VIII, que instituyó el Consulado, así como un medio de protección del orden por ella establecido confiado al llamado "Senado conservador"; la carta de 1814, que suprimió la libertad religiosa declarando a la religión católica, apostólica y romana como profesión de fe estatal; la Ley Constitucional de 1815 patrocinada por Napoleón Y a su regreso de la isla de Elba; el estatuto de 1830 que organiza a Francia en una monarquía Constitución de

1848, en que se vuelve a instituir la República; el ordenamiento constitucional de 1852, en que al Senado se le atribuyen funciones de guardián de sus disposiciones, y las Leyes Constitucionales de 1875, que en realidad no formaron un estatuto unitario, sino que estructuraron a Francia mediante la regulación de diferentes materias políticas.

En Octubre de 1946, y aprobada por un referéndum popular, se expide la Constitución de la República Francesa que la organizó a raíz de la terminación de la última guerra mundial, conteniéndose en dicho documento jurídico-político un preámbulo en que se reitera la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Esta última Constitución fue substituida por la que se promulgó el 4 de octubre de 1958 y es la que actualmente rige en Francia. La Constitución vigente en este país introduce a su sistema jurídico-político importantes innovaciones. Sólo que es importante señalar, que en dicha Ley fundamental "EL PUEBLO FRANCÉS PROCLAMA SOLEMNEMENTE SU ADHESIÓN A LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y A LOS PRINCIPIOS DE LA SOBERANÍA TAL COMO FUERON DEFINIDOS POR LA DECLARACIÓN DE 1789, CONFIRMADA Y COMPLETADA POR EL PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1946"¹³

1.8. MÉXICO.

La situación del gobernado en nuestro país se puede vislumbrar através de tres etapas fundamentales en que suele dividirse su historia: **la prehispánica, la colonial y la independiente.**

En la época **precolombiana** y en los pueblos que habitaron el territorio que comprende actualmente la República Mexicana ninguna institución, consuetudinaria o de derecho escrito, que acuse una antecendencia de las garantías individuales que consagraron,

¹³ IGNACIO BURGOA, Garantías Individuales. Pág. 99.

con diversas modalidades, en casi todas las Constituciones que nos rigieron a partir de la consumación de la independencia.¹⁴

En efecto, los regímenes sociales en que estaban estructurados los principales pueblos prehispánicos se vaciaron en formas primitivas y rudimentarias, y conforme a las cuales, la autoridad suprema, con facultades omnímodas, era el rey o emperador, nombre que, por una especie de proyección conceptual política, se ha estilado adscribir a los jefes máximos de tales pueblos.

El Derecho Público, entendiéndose como tal a un conjunto de normas que organizan a un Estado y que definen y regulan las relaciones entre las diversas autoridades estatales y entre éstas y lo gobernados, en los regímenes precoloniales se traducían en un cúmulo de reglas consuetudinarias que establecían la manera de designar al jefe supremo (designación que se llevaba a cabo generalmente por elección indirecta, siendo los electores los mismos jefes secundarios o los ancianos) así como una especie de conciencia jurídica que, atendiendo sobre todo a factores religiosos, consideraba al soberano investido de un poder ilimitado.

Tales circunstancias nos inducen a creer que en los regímenes políticos y sociales primitivos el gobernado no era titular de ningún derecho frente al gobernante, resultando aventurado tratar de descubrir en ellos algún precedente de nuestras actuales garantías individuales.

En la Nueva España, el derecho colonial se integró con el derecho español propiamente dicho en sus formas legal y consuetudinaria, por las costumbres indígenas, principalmente. Al consumarse la conquista de México y al iniciarse la colonización de las tierras recién dominadas, la penetración jurídica española se encontró con un conjunto de hechos y prácticas sociales autóctonas, las cuales, lejos de desaparecer y quedar eliminadas

¹⁴IGNACIO ROMERO VARGAS ITURBIDE, *Organización Política de los Pueblos de Anahuac*. Pág. 67.

del derecho peninsular, fueron consolidadas por diversas disposiciones reales y posteriormente por la Recopilación de Leyes de Indias de 1681, que autorizaba su validez en todo aquello que no fuesen compatibles con los principios morales y religiosos que informaban al Derecho Español.

El Derecho Español Positivo y, sobre todo, el colonial, tenía la pretensión de ser eminentemente realista. Ninguna ordenanza debía expedir el monarca sin estar debidamente enterado acerca de su convivencia objetivo, de tal suerte que lo que debía determinar la promulgación de cualquier ley, o inclusive su abrogación, era una motivación integrada por elementos y factores propios de la realidad social para la que estaba destinada o que fuesen incompatibles con ella. Bajo estos auspicios, y con el fin primordial de garantizar el realismo jurídico, se creó el llamado Consejo de Indias, organismo que, aparte *de* las funciones propias que se le adscribieron en lo tocante a todos los asuntos de las colonias españolas en América, actuaba como consultor del rey en las cuestiones que a éstas interesaban.¹⁵

El rey Carlos II, en 1681, y por sugestión de dicho Consejo, ordenó la conjunción de ellas en un código que se conoce con el nombre de Recopilación de Leyes de Indias, cuyo contenido normativo versa sobre múltiples y variadas materias. A través de las diversas ordenanzas, cédulas, pragmáticas, etc., que en tal Recopilación se involucraron, se observa la tendencia permanente de proteger a la población indígena contra abusos y arbitrariedades de los Españoles, Criollos y mestizos principalmente, así como el designio invariable de evangelizarla, refrendándose a este respecto el testamento de la Reina Isabel la Católica. La legislación de Indias fue, por tanto, eminentemente protectora del indio, y este afán tutelar llegó al extremo de considerar al elemento indígena sujeto a un verdadero régimen de *capitis deminutio*, restrictor de su capacidad jurídica en muchos aspectos.

¹⁵IGNACIO BURGOA, Garantías Individuales. Pág. 116.

Bajo el gobierno de Virrey Iturrigaray, en 1803, el regidor del Consejo Municipal de México licenciado *Francisco Primo Verdad*, interpretando las ambiciones políticas de la burguesía criolla, propugnó la reunión de las Cortes Españolas con la idea de que en ellas tuviera representación política las colonias americanas, principalmente la Nueva España. Iturrigaray aceptó el plan que bajo los propósitos del licenciado Verdad le propuso dicho consejo y ordenó la reunión de una junta en la que se discutiría la convocatoria de las Cortes.

El citado virrey estuvo dispuesto a sostener las decisiones de la junta con todos los elementos materiales de que disponía pero fue traicionado por el propio encargado de ejecutar el plan, Gabriel J. Yermo, y encarcelado, conduciéndosele después a España bajo la acusación de crimen de alta traición.

El 18 de marzo de 1812 se expidió por las Cortes Generales y Extraordinarias de la Nación Española la primera *Constitución Monárquica de España* y cuyo ordenamiento puede decirse que estuvo vigente en México hasta la consumación de su independencia registrada el 27 de septiembre de 1821 con la entrada del llamado "Ejército Trigarante" a la antigua capital neo-española. Dicho documento suprimió las desigualdades que existían entre peninsulares, criollos, mestizos, indios y demás sujetos de diferente extracción racial, al reputar como "españoles" a "todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas", o sea, en todos los territorios al sujetos al imperio de España (arts. 1,5 y 10).

El régimen jurídico-político de la Nueva España experimentó un cambio radical con la expedición de la *Constitución de Cádiz* de 1812, confeccionada, sin lugar a dudas, bajo la influencia de las corrientes ideológicas que dejaron un sello preceptivo indeleble en la Declaración francesa de 1789. Fue así como en la primera Carta Constitucional Española propiamente dicha, se consagraron los principios torales sobre los que se levantó el edificio del constitucionalismo moderno, tales como el de soberanía, popular, el de división o

separación de poderes y el de limitación normativa de la actuación de las autoridades estatales.

Esta transformación política repercutió evidentemente en la Colonia, pues la Nueva España devino una entidad integrante del nuevo Estado monárquico constitucional, regido por los principios fundamentales que anteriormente se mencionaron. Se puede afirmar que la Constitución Española de 1812, acogida con júbilo por los grupos políticos avanzados de la época, fue el documento que originó una de las tendencias ideológicas que se desarrollaron durante las postrimerías de la Colonia y que iba a disputar a la corriente absolutista representada por Iturbide, la estructuración jurídico-constitucional del *México Independiente*.

En efecto, a pesar de que el movimiento iniciado por don Miguel Hidalgo y Costilla en sus albores parecía dirigirse contra “el mal gobierno” proclamando a Fernando VII como gobernante legítimo, a medida que se fue extendiendo adquirió impulsos legislativos, que, no obstante su desarticulación, es decir, aunque no se hayan traducido en un documento unitario y sistemático, tuvieron como resultado la expedición de diferentes decretos o bandos que denotaron una manifestación clara de las tendencias ideológicas de los insurgentes.

Entre ellos, sin duda alguna el más importante fue el que declaró abolida la esclavitud y suprimida toda exacción que pesaba sobre las castas expedido por Hidalgo el 6 de diciembre de 1810. Por su parte, don José María Morelos y Pavón, a quien este mismo designó su “lugarteniente” y cuya personalidad como político alcanza mayores alturas que la muy venerable del antiguo profesor del Colegio de San Nicolás en Valladolid (Morelia), no sólo continuó la lucha emancipadora que dejó trunca el cura Dolores, sino que pretendió hacerla culminar en una verdadera organización constitucional. Así bajo los auspicios del gran cura de Carácuaro se formó una especie de asamblea constituyente, denominada *Congreso de Anáhuac*, que el 6 de noviembre de 1813 expidió el *Acta*

Solemne de la Declaración de la Independencia de la América Septentrional, en la que se declaró la disolución definitiva del vínculo de dependencia con el trono español.

Cerca de un año después el 22 de Octubre de 1814, el propio Congreso expide un trascendental documento jurídico-político llamado *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana*, conocido comúnmente con el nombre de *Constitución de Apatzingán*, por haber sido en esta población donde se sancionó. Dicha Constitución reputaba a los derechos del hombre o garantías individuales como elementos insuperables por el poder público, que siempre debía respetarlos en toda su integridad.

A continuación enumeraremos de manera muy escueta los principales documentos que fueron de vital importancia para la independencia del hombre en México:

- El *Plan de Iguala*, cuyas prescripciones principales eran las siguientes:

- a) Unión entre mexicanos y europeos.
- b) La conservación de la religión católica sin tolerarse ninguna otra y el establecimiento de una monarquía moderada que debiera intitularse "Imperio Mexicano", para cuyo gobierno se llamaría a Fernando VII, pero que si éste no se presentaba a fin de prestar juramento a la Constitución que se expidiese, serían invitados al trono diversos miembros de la casa reinante de España por orden sucesivo.

- El *Acta de Independencia del Imperio Mexicano*, la cual fue expedida por la Junta Provisional Gubernativa, el 6 de octubre de 1821, en donde además de declararse la emancipación definitiva de la nación mexicana respecto de la antigua España, se previó la estructuración de nuestro país "Con arreglo a las bases que en el Plan de Iguala y tratados de Córdoba estableció sabiamente el primer jefe del Ejército Imperial de las Tres Garantías...".

- El *Acta Constitutiva de la Federación*, decretada el 31 de enero de 1824, es en donde se cristaliza el triunfo de las ideas federalistas. Este documento jurídico-político reviste gran interés, en virtud de que en él ya se consagraron los fundamentales principios de todo régimen constitucional federal de naturaleza democrática. En dicha acta se declara que la soberanía reside "radical y esencialmente" en la nación y que por lo mismo a ésta pertenece con exclusividad "el derecho de adoptar y establecer por medio de sus representantes la forma de gobierno y demás leyes fundamentales que le parezca más conveniente para su conservación y mayor prosperidad..." (art. 3); que el poder supremo de la federación se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial y que jamás podrán reunirse dos o más de dichos poderes en una corporación o persona, ni depositarse el legislativo en un individuo (art. 9); y que las constituciones particulares de cada estado federado no podrán oponerse a dicha acta (art. 24)

- La *Constitución Federal de 4 de octubre de 1824*, incluyó los lineamientos generales del Acta Constitutiva de la Federación. Entre otras expresiones normativas se establece bajo el título de "Reglas generales a que se sujetará en todos los Estados y Territorios de la Federación la administración de justicia", diferentes garantías de seguridad jurídica en favor del gobernado, tales como *la prohibición de penas trascendentales, la confiscación de bienes los juicios por comisión, la aplicación retroactiva de las leyes, la abolición de los tormentos y la de la legalidad para los actos de detención de registro de casas, papeles "u otros efectos de los habitantes de la República"*.

- La *Constitución Centralista de 1836*, es hija espuria de un congreso que, no obstante que emanó de la Constitución de 1824, se erigió en "constituyente" violando con todo descaro el ordenamiento que le dió vida jurídica. La asamblea tuvo el inútil pudor de limitar sus funciones, y después de desconocer prácticamente la constitución de 1824, que, al margen de la misma iba a reformar, quiso respetar uno solo de sus preceptos, el 171, que prohibía terminantemente cualquier enmienda sobre la libertad e independencia del país, su religión, forma de gobierno, división de poderes, o que atacase la libertad de

imprensa. Pero este proceder pareció tímido y el Sexto Congreso consideró preferible declararse por sí y ante sí en verdadero constituyente, “con amplias facultades para varias la forma de gobierno y constituir a la nación de nuevo.”

- El *Plan de la Ciudadela* formulado por el general Mariano Salas el 4 de agosto de 1846, desconocía el régimen centralista y pugnaba por la formación de un nuevo congreso “compuesto de representantes nombrados popularmente, según las leyes electorales que sirvieron para el nombramiento del de 1824”. En dicho plan se invitó a don Antonio López de Santa Anna, para que se sumara al movimiento que implicaba, “reconociéndolo desde luego como general en jefe de todas las fuerzas comprometidas y resueltas a combatir porque la nación recobre sus derechos y asegure su libertad y se gobierne por sí misma”.

- El *Acta de Reformas*, expedida el 18 de mayo de 1847, cuyas prescripciones más importantes fueron:

a) Declaración de que una ley secundaria fijaría las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad en favor de todos los habitantes de la República (art. 5).

b) Supresión de la vicepresidencia (art. 15).

c) Establecimiento del principio de facultades expresas para los poderes de la Unión, sin que se entendieran permitidas otras por falta de expresa restricción. (art. 21).

d) *Institución del juicio de amparo* para proteger a cualquier habitante de la República, en el ejercicio y conservación de los derechos concedidos constitucional y legalmente contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo de la Federación o de los Estados (art. 25).

e) Potestad para el Congreso General o las legislaturas locales, a fin de que pudiesen declarar anticonstitucionales, respectivamente, las leyes de las entidades federativas o las federales (art. 23 y 24).

-El *Plan de Ayutla*, se revela en la historia de nuestro país como un acontecimiento iniciador de una auténtica revolución que culminó con la expedición de la Constitución

Federal de 1857, rectora jurídica de los destinos patrios hasta los trágicos hechos de febrero de 1913, merced a los cuales la usurpación gubernativa de Victoriano Huerta desencadenó el movimiento revolucionario de restitución del orden constitucional emanado del famoso Plan de Guadalupe formulado principalmente por don Venustiano Carranza. La motivación del Plan de Ayutla, se tradujo no sólo en el designio de suprimir la dictadura de Santa Anna, sino en el tendencia para estructurar a México de una manera estable desde el punto de vista jurídico y político.

- La *Constitución de 1857* implanta el **liberalismo e individualismo** como regimenes de relaciones entre el Estado y sus miembros. Más que regimenes de gobierno propiamente dichos, más que sistemas de organización política y jurídica, el individualismo y el liberalismo implican las posturas que el Estado, como entidad superior, debe adoptar frente a sus miembros en las constantes relaciones entre ambos. Si bien en un orden jurídico estatal determinado el individualismo y el liberalismo coexisten, complementándose el uno con el otro, ambos presentan, no obstante, profundas diferencias en su concepción política y filosófica. Puede decirse que el **individualismo** constituye un contenido posible de los fines del Estado, o sea, que éste opta por la realización de un objetivo, que estriba en la protección y conservación de la personalidad individual, en aras de la cual precisaría sacrificar cualquier otro interés, naturalmente con las consiguientes salvedades. Por el contrario, el **liberalismo** implica la actitud que el Estado adopta o asume por conducto de sus órganos frente a la actividad particular, en el sentido de garantizar a ésta un amplio desarrollo mientras no provoque el desorden dentro del medio social.

Ambas posturas estatales, individualista y liberal, derivan claramente del articulado de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y se encuentran plasmadas en nuestra Constitución Federal de 1857, cuyo artículo primero dice a la letra: "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.”

- La *Constitución Vigente* se aparta de la doctrina individualista, pues a diferencia de la de 57, ya no considera a los derechos del hombre como la base y objeto de las instituciones sociales, sino que los reputa como un conjunto de garantías individuales que el *Estado concede u otorga a los gobernados*. El individualismo, adoptado en el ordenamiento constitucional de 1857, establece que los derechos del hombre, inherentes e inseparables de su personalidad, son SUPRAESTATALES, es decir que están por encima de todo orden creado por Estado, el que, debe siempre respetarlos y convertirlos en el objeto y base de sus instituciones. Contrariamente a la tesis individualista, nuestra Constitución de 1917 ya no hace figurar a los derechos del hombre como exclusivo contenido de los fines estatales, sino que, considerando que el pueblo constituido políticamente en Estado es el único depositario del poder soberano, ha expresado en su artículo primero que las garantías individuales son instituidas o creadas por el orden jurídico constitucional.

1.9 LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE.

Basándose en la naturaleza inespacial e intemporal del hombre como ser que ha sido y es la causa, el medio y el objeto del devenir histórico de todos los países del orbe en sus múltiples manifestaciones, se concibió la nobilísima idea de protegerlo en su calidad de persona y de ente socio-política con independencia del Estado concreto a que pertenezca. Esa idea, sustentada por la U.N.E.S.C.O. (Organización Educativa, Científica y Cultural de las Naciones Unidas), cristalizó en el trascendental documento internacional que se llama *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en el Palacio de Chaillot de París.

La Comisión designada para elaborar las bases teóricas sobre las que descansaría la referida Declaración, después de obtener las valiosas opiniones de filósofos, escritores y juristas de prestigio internacional, tales como *Benedetto Croce, Harold J. Laski, Salvador de Madariaga* y otros, dió cima a su importante cometido en julio de 1947. En el estudio que al efecto formuló se proclama la tesis de la universalidad de los derechos del hombre sin diferencias de raza, sexo, idioma o religión. A estos derechos no sólo les asignan contenido puramente civil y político, sino económico y social, entendiendo bajo el concepto de "derecho" *"aquella condición de vida sin la cual, en cualquier fase histórica dada de una sociedad, los hombres no pueden dar de sí lo mejor que hay en ellos como miembros activos de la comunidad, porque se ven privados de los medios para realizarse plenamente como seres humanos"*.

Adoptando un método pragmático, es decir, prescindiendo de consideraciones de tipo filosófico-político respecto a la fundamentación de los derechos humanos, tema éste en que abundan las opiniones más diversas, contrarias y contradictorias, la Declaración preconiza lo que deben ser reconocidos al hombre para lograr su respetabilidad como persona y su desarrollo vital dentro de la comunidad. Por tanto, los derechos declarados no son exclusiva ni estrictamente individuales sino sociales, es decir, corresponden a lo que dentro de nuestro orden constitucional son las "garantías individuales" y las "garantías sociales". Puede México legitimamente ufanarse, en consecuencia, de que en su Constitución de 1917 se encuentren consagrados los derechos humanos bajo los dos aspectos anotados, con antelación a su proclamación en la Declaración Universal de diciembre de 1948. ¹⁶

¹⁶ La mencionada Declaración durante el tiempo que lleva de haber sido formulada, ha sido objeto de múltiples estudios y comentarios elaborados por distinguidos juristas nacionales y extranjeros.

CAPITULO SEGUNDO

DERECHOS DEL HOMBRE Y GARANTIAS INDIVIDUALES

2.1. DERECHOS DEL HOMBRE.

El origen de los derechos humanos se encuentra en un respuesta social, traducida en términos jurídicos en las constituciones, ante un conjunto de problemas modernos. Esquemáticamente, esos problemas fueron la intolerancia religiosa que siguió a la Reforma; la concentración del poder político en manos del monarca absoluto; la inadecuada situación del Derecho Penal y su procedimiento; la falta de independencia de los jueces; la utilización de la tortura y la inseguridad jurídica.

La respuesta histórica a dichos problemas estuvo a cargo de una clase o, si quiere, de grupos sociales constituidos, principalmente, por la burguesía comercial, el funcionario y ciertas minorías religiosas. Estos grupos, en su lucha frente al absolutismo, la intolerancia y la arbitrariedad, propagaron la idea de que la dignidad humana es el fundamento de la libertad y la igual de los hombres, concebidas como derechos que no pueden ser abolidos o menoscabados.

Desde entonces se han entendido como garantías mínimas para la vida en sociedad. Están sustraídos al arbitrio de los poderes constitutivos y toman el nombre de derechos fundamentales cuando se introducen en la Constitución, que es la estructura normativa básica de una comunidad.

Es importante destacar que, dado su origen socialmente determinable, son un mecanismo para limitar el poder político gobernante y así, considerar a éste como un poder legítimo.

Los grupos sociales que propagaron inicialmente la idea de los derechos del hombre y las teorías sobre esta nueva concepción política, explicaron su funcionamiento afirmando que, al darse una Constitución, los miembros de la comunidad establecen, en forma jurídica, las condiciones básicas de la cooperación social y el límite de los poderes ordinarios de un gobierno legítimo. Cuando algunas de tales condiciones toman la forma de prerrogativas, facultades o derechos ejercibles por los ciudadanos como individuos o por ciertos grupos, y dichas condiciones deben ser necesariamente satisfechas por los poderes públicos e incluso por los particulares, esas condiciones son consideradas como derechos humanos fundamentales, mediante los cuales sus titulares (individuos o grupos) se aseguran ciertas prestaciones básicas, algunas posibilidades de acción o determinadas esferas de libertad, a resguardo de toda interferencia.

Al superarse así el Estado absolutista mediante las reglas jurídicas de los derechos humanos, se abrió también el paso a la instauración del Estado democrático, que es la sede jurídica de aquéllos. A partir de entonces hubo algún debilitamiento de la lucha por los derechos humanos su vertiente transformadora: el Estado se convirtió en simple árbitro de los intercambios sociales y se auto aplicó el principio de no interferencia. Se abrió una desviación peligrosa: no valía la pena exigir libertad ni igualdad, puesto que estaban ya "consagradas" en la Constitución. Se trataba únicamente de reclamar respeto a los procedimientos previstos por ese ordenamiento básico. Alejada de su origen social, caía en el olvido la idea fuerza motriz de los derechos del hombre; a saber: que la dignidad humana entraña no sólo la garantía negativa de que la persona humana no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino también, y ante todo, la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo, mediante el disfrute de derechos económicos y sociales. Una nueva etapa debía entonces continuar la lucha para sustituir

un Estado liberal individualista y nivelado por un Estado social de derecho. Ante las necesidades no satisfechas en la primera etapa, se buscó que el Estado interviniera para satisfacerlas, construyendo otra dimensión adicional en el original edificio de los derechos humanos.

De nueva cuenta un grupo social específico, en este caso el de los trabajadores asalariados, postuló la respuesta al problema mediante la incorporación de nuevas reglas jurídicas para impulsar un Estado promocional y la consolidación del derecho del trabajo. Aparecen, entonces, ya no derechos individualistas atomizados, sino los derechos del hombre social en una visión interpersonal y comunitaria que no debe dejarse de lado en la lucha por los derechos del hombre.

Y son, ante todo, límites al poder del Estado y al de otras fuerzas, fundamentalmente a las de la economía, que impiden la libertad y la igualdad de los hombres. Obedecen al principio originario de que la sociedad está fundada mediante un encuentro voluntario de los individuos y no puede tener otro fin que la felicidad de cada uno, en la medida en que ésta se compatible con la felicidad de todos. El individuo es capaz, porque está dotado de razón, de calcular él mismo su estrategia económica y política. El poder no ha de rebasar lo que es útil al fin mismo de la sociedad y no puede, en ningún caso, atentar contra lo que es la razón de ser de la sociedad, a saber: la conservación y la protección de los derechos del hombre.

Hay, por lo menos, dos patologías que amenazan a los derechos humanos, entendidos como patrimonio social frente al Estado. El fundamento de los derechos humanos es la función de la libertad social, política y jurídica que da cauce al desarrollo de la dignidad humana. Para que esto ocurra es preciso admitir la libertad de elección y la libertad moral.

La primera enfermedad aparece al desconocer, como lo hace el Estado totalitario, la libertad de elección. Entonces puede imponerse una falsa liberación moral contra la voluntad del individuo. El hombre no es más quien alcanza su libertad moral: es el Estado, el partido o el caudillo el que lo obliga a ser "libre".

El segundo padecimiento consiste en desconocer la liberación moral, y entonces ocurre que no hay objetivo por alcanzar, ni fin que conseguir. La libertad social, política y jurídica no desaparece pero se empobrece a la noción de libertad como no interferencia: la del estado mínimo y, radicalmente, la del anarquismo, pues la libertad social, política y jurídica desaparece con el derecho.

Los derechos humanos, como tantos otros bienes de la mayor importancia, se ven sometidos a la presión de fuerzas que son de hecho más motivantes para la acción social y política: el crecimiento económica, el desarrollo de la ciencia y la técnica, la seguridad pública, la conservación de la naturaleza. Los derechos no siempre pueden respetarse y cumplirse. Hace falta disponer de medios para ello y dichos medios (crecimiento, seguridad, desarrollo técnico, equilibrio ecológico) no figuran como derechos fundamentales, pero sin duda son también valores, y a veces, condiciones necesarias para atender las exigencias de libertad, igualdad y dignidad.

Los derechos humanos son expresión de movilizaciones sociales concretas que pretenden introducir en el circuito normativo pretensiones de alcance general que la sociedad ha aceptado como indiscutibles en la concertación del pacto social de textura abierta. A dichos protagonistas sociales no los puede sustituir ninguna instancia estatal, so pena de perder de vista que los derechos humanos son, en primer término, aunque no exclusivamente, límites inviolables por el Estado, al que la sociedad reducen en razón de intereses y valores que estima superiores.

Los derechos son todo lo que las leyes equitativas de la sociedad permiten hacer a sus miembros para su propia felicidad. Estos derechos están evidentemente limitados por el objetivo invariables de la asociación. La sociedad, por su lado, tiene derechos sobre todos sus miembros, en virtud de los beneficios que les procura y todos sus miembros tienen el derecho de exigir de ella o de sus ministros estos beneficios en vista de los cuales viven en sociedad y renuncian a una parte de su libertad natural. Una sociedad cuyos jefes y cuyas leyes no procuran ningún bien a sus miembros pierde, evidentemente, su derecho sobre ellos. Los jefes que perjudican a la sociedad pierden el derecho de mandar sobre ella. No hay patria sin bienestar; una sociedad sin equidad no contiene sino enemigos; una sociedad oprimida no encierra más que esclavos y opresores. Los esclavos no pueden ser cuidados. Es la libertad, la propiedad y la seguridad las que dan valor a la patria; y es el amor a la patria lo que constituye al ciudadano. Por desconocer estas verdades o por no aplicarlas, las naciones han sido desgraciadas y no han contenido más que vil multitud de esclavos, separados unos de otros y apartados de la sociedad que no les procuraba ningún bien. Como consecuencia de la imprudencia de estas naciones o de la astucia y violencia de aquellos a quienes habían confiado el poder de hacer leyes y ejecutarlas, los soberanos se han convertido en amos absolutos de las sociedades. Estos, desconociendo la verdadera fuente de su poder, han pretendido haberlo recibido del cielo, de no ser responsables de sus actos más que ante él y no deber nada a la sociedad en una palabra, han pretendido ser dioses sobre la Tierra y gobernarla arbitrariamente como los dioses del Empíreo. Desde entonces, la política se ha corrompido y no ha sido más que un bandidaje. Las naciones han sido desgraciadas y no se han atrevido a oponer resistencia contra las voluntades de sus jefes. Las leyes no han sido más que la expresión de sus caprichos. El interés público ha sido sacrificado por los intereses particulares. La fuerza de la sociedad, ha sido vuelta contra ella misma.

Los derechos naturales del hombre son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Toda sociedad en la cual la garantía de estos derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución. Dos grandes

principios de ahí se deducen: el primero, la garantía de que nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada. El segundo, que contiene ya un valladar a la tortura: “Se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpables. Si se juzga que es indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley”. La mecánica de la tortura establece, en los hechos, la presunción contraria: la de culpabilidad. La fragilidad humana debe ser fortalecida con la presunción, la ficción, de la inocencia; para el torturador, es la fragilidad humana la que permite suponer, en todos los casos, la culpabilidad. Ella hace entonces más vulnerable al hombre, y en cierta medida, agrava, inerelementa esa primera presunción, en un círculo vicioso lógicamente, inútil políticamente y moralmente degradante.

Asimismo, es importante señalar el criterio que sostiene el Doctor en Derecho, el Licenciado Ignacio Burgoa, con respecto a los derechos humanos: “Los derechos humanos se traducen en *imperativos éticos* emanados de la naturaleza del hombre que se traducen en el respeto a su vida, dignidad y libertad en su dimensión de persona o ente autoteleológico. En otras palabras, tales derechos nacen de la naturaleza que la conciencia interpreta iluminada por la razón. No provienen de la ley positiva sino de lo que Cicerón reputaba como “*nata lex*” y pertenecen al mundo del Derecho Natural en concepto de los pensadores cristianos encabezados por Santo Tomás de Aquino. Son anteriores y superiores a la “*scripta lex*” que los órganos legislativos del Estado crean, los cuales tienen el deber ético-político de renocerlos como fundamento de la vida pública y social.

2.2. LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

Las garantías individuales, que con mejor denominación deben llamarse “garantías del gobernado”, denotan esencialmente el principio de seguridad jurídica inherente a todo régimen democrático. Dicho principio no es sino el de juricidad que implica la obligación ineludible de todas las autoridades del Estado en el sentido de someter sus actos al

Derecho. Siguiendo esta idea, puede afirmarse que las invocadas garantías son la expresión fundamental y suprema de los dos principios aludidos, sin cuya consagración se propicia y estimula la entronización de la autocracia, de la dictadura o de la tiranía. No es posible, en efecto, concebir siquiera ningún sistema jurídico sin la seguridad que entrañan las garantías en favor de todo gobernado, por lo que su institución es el elemento indispensable para implantar y mantener el orden jurídico en cualquier país, con prescindencia de la estructura socio-económica y política que cada uno de los pueblos del orbe adopte. La abolición o la no consagración de las mencionadas garantías significaría la destrucción de todo el Derecho, fenómenos que, a su vez, atentan contra la libertad y la justicia, como aspiraciones permanente de todas las naciones del mundo.

2.2.1. DIVERSAS ACEPTIONES DE "GARANTÍA"

Parece ser que la palabra "garantía" proviene del término anglosajón "warranty" o "warantie", que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (to warrant), por lo que tiene una connotación muy amplia. "Garantía" equivale, pues, en su sentido lato, a "aseguramiento" o "afianzamiento", pudiendo denotar también "protección", "respaldo", "defensa", "salvaguardia" o "apoyo". Jurídicamente, el vocablo y el concepto "garantía" se originaron en el derecho privado, teniendo en él las acepciones apuntadas.

El concepto "garantía" en 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. Se ha estimado, incluso por la doctrina, que el principio de legalidad, el de división o separación de poderes, el de responsabilidad oficial de los funcionario públicos, etc., son garantías jurídicas estatuidas en beneficio de los

gobernados; afirmándose también que el mismo concepto se extiende a los medios o recursos tendientes a hacer efectivo el imperio de la ley y el derecho.

Ideas semejantes emite don Isidro Montiel y Duarte¹⁷ al aseverar que "...todo medio consignado en la Constitución para asegurar el goce de un derecho se llama garantía, aun cuando no sea de las individuales".

Suele hablarse, de "**garantías institucionales**" como medios de protección de "ciertas instituciones" establecidos por la "regulación constitucional" para hacer imposible su supresión en la vía legislativa ordinaria.^o Esta idea identifica a la garantía con la Constitución misma o, al menos, con los preceptos constitucionales protectores de "ciertas instituciones", lo que es inadmisibile, ya que no se trata de desentrañar lo que es "garantía en general", sino de definir lo que denota el concepto específico de "garantía individual o del gobernado".

Jellinek clasifica las "garantías del derecho público" en **garantías sociales**, tales como la religión, las costumbres, las fuerzas culturales y, en general, los elementos diversos que se dan en la dinámica de la sociedad; **garantías políticas**, dentro de las que comprende la organización misma del Estado y el principio de división de poderes; y **jurídicas** que se traducen en los sistemas de fiscalización de los órganos estatales, de responsabilidad oficial, de jurisdicción y de los medios para hacer efectivas las normas de derecho objetivo.¹⁸

Kelsen alude a "**las garantías de la Constitución**" y las identifica con los procedimientos o medios para asegurar el imperio de la Ley Fundamental frente a las normas jurídicas secundarias, es decir, para "garantizar el que una norma inferior se ajuste a la norma superior que determina su creación o su contenido".¹⁹

¹⁷Estudio sobre las Garantías Individuales. De. 1873. Pág. 26.

¹⁸HANS KELSEN, Teoría del Estado y del Derecho Pág. 637.

¹⁹Idem. Pág. 280.

En atención a las diversas acepciones del vocablo de la idea “garantía” dentro del campo del derecho, desde el punto de vista de nuestra Ley Fundamental vigente, las “garantías individuales” implican, no todo el variado sistema jurídico para la seguridad y eficacia del estado de derecho, sino lo que se ha entendido por “derechos de gobernado” frente al poder público. La relación entre ambos conceptos, “garantía individual y “derecho del gobernado”, se deduce de la gestión parlamentaria del artículo primero de la Constitución de 1857.

Sin embargo, no puede identificarse la “garantía individual” con el “derecho del hombre” o el “derecho del gobernado”, como no se puede confundir el “todo” con la “parte”.

2.2.2. OBJETO DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES.

Las garantías individuales se han reputado históricamente como aquellos elementos jurídicos que se traducen en medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público. En consecuencia, los derechos y obligaciones que implica o genera la relación que existe entre gobernados y gobernantes o entre aquéllos y el Estado tienen como esfera de gravitación esas prerrogativas substanciales del ser humano, como aquéllas la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la propiedad.

Desde el punto de vista del sujeto activo de la relación jurídica en que se revela la garantía individual, ésta implica para dicho sujeto un derecho, esto es, una **potestad jurídica** que hace valer obligatoriamente frente al Estado en forma mediata y de manera inmediata frente a sus autoridades, surgiendo para el sujeto pasivo, o sea, para estos dos elementos (autoridad y Estado) una **obligación** correlativa.

La potestad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto a las prerrogativas fundamentales del hombre, y que constituye la manera como se traduce el derecho que para el sujeto activo de la relación jurídica o gobernado genera o implica esta misma, tiene la naturaleza de un **derecho subjetivo público**.²⁰

La potestad a que nos referimos, es un derecho subjetivo, por que implica una facultad que la ley (en este caso la constitución) otorga al sujeto activo (gobernado) para reclamar al sujeto pasivo (autoridades y Estado) determinadas exigencias, ciertas obligaciones.

Por último, la multicitada potestad es un derecho subjetivo público, por que se hace valer frente a un sujeto pasivo de esta índole, como son las autoridades estatales y el Estado mismo.

El Derecho Público Subjetivo no sólo es atribuible a los individuos o personas físicas, sino a **todo ente que se halle en la situación de gobernado**. Por consiguiente de tal derecho también son titulares las personas morales privadas, las de índole social, las empresas de participación estatal, los organismos descentralizados y excepcionalmente las entidades denominadas "personas morales oficiales", ya que todos estos tipos son sujetos activos de la relación jurídica de supra a subordinación en que se traduce la "garantía individual" o garantía del gobernado.²¹

2.2.3. CONCEPTO DE GARANTÍA INDIVIDUAL.

Este concepto se forma mediante la concurrencia de los siguientes elementos:

²⁰ RECASÉNS SICHES, Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. Edición 1963, Tomo I, Pág. 535.

²¹ IGNACIO BURGOA. Garantías Individuales Pág. 180.

1. Relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujetos pasivos).

2. Derecho público subjetivo que emana de dicha relación en favor del gobernado (objeto).

3. Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo.(objeto).

4. Previsión y regulación de la citada relación por la Ley Fundamental (fuente).

De estos elementos fácilmente se infiere el nexo lógico-jurídico que media entre las garantías individuales o del gobernado y los "derechos del hombre" como una de las especies que abarcan los derechos públicos subjetivos.

Los derechos del hombre se traducen substancialmente en potestades inseparables e inherentes a su personalidad; son elementos propios y consustanciales de su naturaleza como ser racional, independientemente de la posición jurídico-positiva en que pudiera estar colocado ante el Estado y sus autoridades; en cambio, las garantías individuales equivalen a la **consagración jurídico-positiva** de esos elementos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo. Por ende, los derechos del hombre constituyen, en términos generales, el **contenido parcial** de las garantías individuales, considerando a éstas como meras relaciones jurídicas entre los sujetos: gobernados, por un lado y Estado y autoridades, por el otro.

2.2.4. CLASIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES.

Nuestro actual texto constitucional, al igual que sus precedentes -y en general las constituciones modernas-, no jerarquizan y ordenan con método riguroso las garantías que en ellas se reconocen. Por lo regular, en las disposiciones constitucionales correspondientes, o se agrupan las garantías bajo rubros tradicionales, o -como ocurre en nuestra Constitución vigente- ni siquiera aparecen esas guías, sino que se mencionan los derechos fundamentales prácticamente en desorden.

Por otro lado, podemos observar, que fuera del Capítulo I del Título Primero que expresamente se ha apartado para enumerar las *garantías individuales*, existen disposiciones que estrictamente deberían pertenecer a él, porque contienen verdaderas garantías constitucionales; o bien, otras deberían arrojarse fuera del Capítulo mencionado, porque corresponden a disposiciones generales incorrectamente enmarcadas en dicho lugar.

Pero importa aún más subrayar que una garantía, colocada fuera de su contexto natural, frecuentemente resulta difícil de captar en su espíritu y en su motivación, precisamente por carecerse de un entrelace lógico y una secuencia intencionada que pondría de manifiesto la libertad o el valor protegidos, su extensión y las limitaciones totales que para esa garantía ordena el legislador.

Nuestros tratadistas, por ello suelen utilizar un sistema de agrupamiento, que comprende a las garantías constitucionales en los siguientes apartados generales: *garantías de igualdad*, *garantías de libertad*, *garantías de propiedad* y *garantías de seguridad jurídica*. Esto nos hace recordar -en cierta forma-, el tercer párrafo del artículo 1º. del Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana de 28 de mayo de 1823, que señala textualmente las tres primeras garantías como “derechos del ciudadano”.

Sin embargo, Juventino V. Castro, clasifica a las garantías individuales para

un mejor estudio en: a) *Garantías de la Libertad*, b) *Garantías del Orden Jurídico*, y c) *Garantías de Procedimiento*.²²

Las *Garantías de la Libertad*, se refieren para el autor antes señalado, a la libertad personal, a la libertad de acción, a la libertad ideológica y a la libertad económica.

Las *Garantías del Orden Jurídico*, comprenden una serie de diversas garantías de igual, de competencia, de justicia y de propiedad.

Las *Garantías de Procedimientos*, se refieren a la irretroactividad, la legalidad, la exacta aplicación de la ley y a las garantías dentro de los procedimientos judiciales.

2.3. LAS GARANTÍAS SOCIALES.

Se afirma que en la Constitución actual, de 1917, se crearon las *garantías sociales*, en contraposición -o como complemento- de las tradicionales *garantías individuales*.

De igual modo se señala, que tales garantías sociales pueden encontrarse en el artículo 27 constitucional, en relación a los Derechos Agrario, Ejidales y Comunales, y en el artículo 123 -que se encuentra colocado fuera del capítulo específico referente a las garantías individuales-, en lo que respecta a los derechos de los trabajadores.

También se reconoce a esas garantías en el artículo 28 constitucional que prohíbe los monopolios, las prácticas monopólicas, los privilegios, el acaparamiento de los artículos de consumo necesario, todo aquello que evite la libre concurrencia en la producción, industria, comercio o servicios al público, y en general toda ventaja exclusiva indebida en favor de una o varias personas determinadas, y *con perjuicio del público en general o de alguna clase social*.

²²JUVENTINO V. CASTRO, *Garantías y Amparo*. Pág. 31.

Asimismo, se descubren de manera análoga en los artículos 3º, 4º y 5º de la Constitución, referentes a la libertad de enseñanza, a los derechos familiares, de procreación, de salud, de vivienda y de menores, y a la libertad ocupacional.

Sin embargo, a pesar de lo desmembrado cuidadosamente con antelación, existe una severa crisis con respecto al criterio que diversos estudiosos del Derecho sostienen, tales como:

TEÓFILO OLEA Y LEYVA, el cual sustenta que tanto las garantías individuales como las garantías sociales, conforman un concepto de la *garantía jurisdiccional* constitucional, afirmando que actualmente, la garantía es una noción de carácter procesal y no de carácter sustantivo; por ello la garantía constitucional es individual y social a un mismo tiempo, resultando "empírico y arbitrario el término o expresión de garantías individuales, como lo es el de su generalización falsa de garantías sociales".²³

HÉCTOR FIX ZAMUDIO, señala "correspondió a nuestro país el honor de adelantarse en el camino de las conquistas sociales al establecer en la Constitución de 1917 los principios justicieros de los derechos sociales, recibiendo el nombre sumamente impropio de garantías sociales, cuando en estricto derecho sólo cabe hablar de derechos sociales que se garantizan a través de jurisdicciones específicas, resultando indispensable establecer normas instrumentales inspiradas en la justicia social, desprovistas de rigorismo, fórmulas y lentitud de los procedimientos ordinario, y permitiendo que surja un Derecho Procesal Social, del cual forman parte los procesos laboral, agrario y asistencial."²⁴

Por otro lado, el maestro BURGOA, sostiene que la garantía social, al igual que la garantía individual, se revela como una relación jurídica. Considerando que determinadas clases sociales, colocadas en una deplorable situación económica, "exigieron del Estado la

²³Garantías Individuales y Garantías Sociales. Pág. 101 de "México ante el pensamiento jurídico social de Occidente.

²⁴IGNACIO BURGOA. El Juicio de Amparo. Pág. 24.

adopción de ciertas medidas proteccionistas, de ciertos medios de tutela frente a la clase social poderosa". Concluye afirmando que al dictarse normas de este carácter se establecieron las garantías sociales, que vienen a ser "una relación de derecho entre los grupos sociales favorecidos o protegidos y aquéllos frente a los que se implantó la tutela".²⁵

Por su parte NORIEGA, rechaza la idea de que el derecho social es el derecho obrero en concreto, o bien un derecho especial destinado a proteger las clases desvalidas, en un sentido más amplio, afirmando que es fundamentalmente una nueva forma estilística del derecho en general, un derecho de integración apoyado en el fenómeno de la comunión en la totalidad.²⁶

Lo que si es cierto es, que independientemente de la perspectiva a que nos avoquemos, es una realidad palpante que nuestra Constitución contempla de manera sagrada ya ciertas garantías sociales, las cuales vienen a vislumbrar de manera más certera la loable finalidad de nuestra Carta Magna.

2.4. LA INVOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA Y PAPELES COMO GARANTÍA INDIVIDUAL.

Cuando nosotros nos referimos a garantía de la libertad de las personas, intrínsecamente estamos refiriéndonos a su libertad física, a su libertad de procreación, y a la domiciliaria, e inclusive a sus derechos respecto a la inviolabilidad de su correspondencia y papeles.

²⁵ Garantías y Amparo..Pág. 211 y sigs..

²⁶ Idem.. Pág. 113.

²⁷ Idem.. Pág. 113.

Se plantea por juristas de diversas especialidades si estos derechos deben referirse a la *privacia* de los papales que pertenecen a una persona, o bien al carácter de *secreto* de ellos, que fundamenten la garantía que se les otorga.

Podemos sostener, que la *privacidad* de estos documentos es el valor protegido por las constituciones y la legislación represiva ordinario, ya que un papel personal en general -o la correspondencia en lo particular-, puede no contener ningún secreto o noticia confidencial, lo cual no es motivo para que se concluya que puede permitirse libremente a cualquier autoridad el enterarse de su contenido o apropiarse de ello, dada la intrascendencia de su texto.

Pero no podría explicarse el porqué de elevar a la categoría de garantía constitucional estas invasiones a la privacidad de las personas, si no se entendiera que -en cierto modo- los papeles de un individuo integran a la persona en sí, al extremo que se pueda establecer que la violación de los mismos es un ataque a su dignidad (siendo ésta un derecho del hombre), y a su propia y personal pertenencia.

2.4.1. DERECHO A LA PRIVACIA DE LA CORRESPONDENCIA.

El artículo 16 constitucional en su tercer párrafo, establece la siguiente garantía: *"La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley."*²⁷

En los términos de la disposición transcrita, puede observarse que la garantía constitucional sólo protege a la correspondencia cuando ésta se envíe "bajo cubierta", y además circula por las "estafetas", es decir por medio del servicio público de correos, que en México como en la mayoría de los países del mundo se proporciona por el Estado.

²⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Cualquier otro medio de comunicación -oral o escrito-, realizado mediante la utilización de un servicio que no sea el público de correos, no está previsto por esta disposición constitucional, que en tal forma es muy limitada y de una trascendencia muy relativa.

Si nos apegáramos estrictamente al texto constitucional, no entenderíamos -por ejemplo-, cómo es posible que las autoridades judiciales ordenen la apertura de correspondencia enviada mediante el servicio público de correo, o cómo resulta legal el que al síndico de una quiebra se le autorice para abrir la correspondencia dirigida al fallido, ya que aparentemente esto está prohibido constitucionalmente, sin que se prevean al propio tiempo las excepciones permisibles.

Por otra parte la correspondencia de una persona es tan privada y respetable enviándose por medio del servicio público, como utilizándose otro sistema diverso.

La Ley de Vías Generales de Comunicación -que no es reglamentaria del transcrito párrafo constitucional-, en su artículo 577 señala las penas en que incurrir los funcionarios o empleados del Correo que indebidamente abran, destruyan o sustraigan alguna pieza de correspondencia cerrada, confiada al propio correo; y en su artículo 76 sancionan esas mismas conductas delictivas de personas ajenas al servicio.

Solamente en el Código Penal para el Distrito Federal -aplicable en toda la República en materia federal-, se complementa la hipótesis no prevista por el artículo 16 constitucional -y por lo tanto las violaciones correspondientes no integran una garantía constitucional-, al fijar penas a quienes abran o intercepten indebidamente una comunicación escrita no dirigida a ellos -sin limitarla a la que circule por estafeta-; y en lo que se refiere a la interrupción aunque la conserven cerrada y no se impongan de su contenido, en las fracciones I y II del artículo 173. Se exime de penalidad, a los padres que abran o intercepten comunicaciones escritas dirigidas a sus hijos menores de edad; a

los tutores respecto de las personas que se hallen bajo su dependencia; y a los cónyuges entre sí, respecto de los actos referidos.

Parcería que se ha desaprovechado la disposición constitucional que garantiza la inviolabilidad de la correspondencia, que podría ser muy rica en la protección en general de esos documentos, señalando al propio tiempo las consecuencias jurídicas por el no respeto a la inviolabilidad.

Otras Constituciones se hacen el aprovechamiento, que se lamenta no exista en nuestra Constitución.

Así por ejemplo, el artículo 32 de la Constitución de Cuba, que garantiza el secreto de la correspondencia y demás documentos privados; establece la facultad de los jueces para su ocupación mediante auto fundado; y la extiende a las comunicaciones telegráficas, telefónicas y cablegráficas.

En la misma forma, el artículo 78 de la Constitución de Honduras -al establecer las seguridades jurídicas para la ocupación y examen de correspondencia y demás papeles particulares-, ordenando al propio tiempo se guarde *"siempre el secreto respecto de lo doméstico y privado, que no tenga relación con el juicio o proceso que se ventila"*, y añade una consecuencia muy importante de la inviolabilidad que reconoce, disponiendo que *"la correspondencia, documentos y libros a que se refiere este artículo, que sean violados o sustraídos de las estafetas o de cualquier otro lugar, no harán fe en juicio."*

Las anteriores menciones nos llevan a recordar, cómo se llegó a la fórmula definitiva del artículo 25 de la Constitución de 1857, que es el modelo tomado para el mismo numeral de la Constitución de 1917, antes de su desplazamiento actual al 16.

El Constituyente de 1856-1857 tuvo a la vista un proyecto que en su primera parte era similar al actual, y en segunda parte establecía la excepción referida a la legalidad del mandato de la autoridad judicial que permita abrir y examinar una correspondencia privada, por motivo fundado.

Dicho Constituyente tuvo el temor de anular la libertad de circulación o privacidad de la correspondencia, con lo dispuesto por el segundo párrafo, y por lo tanto dividió el artículo en dos partes, votando y aceptando la primera, pero negando en su oportunidad a la complementaria.

En la parte desechada, se autorizaba la apertura por orden de autoridad judicial, y bajo la presencia de la persona a la cual estaba dirigida la correspondencia controlada, para el efecto de que esta última pudiera defenderse y hacer constar las protestas u observaciones que resultaren pertinentes para su defensa.

Esto último constituye una de las formalidades legales que deberían garantizarse constitucionalmente, y que no es más que el reconocimiento de principios procesales bien conocidos, ya que en nuestra práctica judicial es sabido, por ejemplo, que el examen de un testigo extrajudicialmente, debe llevarse a cabo con la presencia de su contraparte, y si esto no se hace así la prueba carece de validez.

Otra mención muy importante de la Constitución hondureña, se refiere a la sanción procesal que recae por el no respeto a la disposición constitucional, ya que establece que no harán fe en juicio la correspondencia, documentos y libros que sean violados, o sustraídos de las estafetas, o de cualquier otro lugar.

Nuestra disposición constitucional - y las leyes represivas señaladas con antelación, efectivamente establecen una sanción para el caso de violación de correspondencia, consistente en la aplicación de penas a los funcionarios o empleados públicos, o a los

particulares; pero no establecen la mencionada sanción procesal, referente a la invalidez de la prueba obtenida delictuosamente.

Por último, en los dos ejemplos mencionados, y en otras muchas constituciones latinoamericanas, la intervención en la privacidad de la correspondencia y demás medios de comunicación, resulta perfectamente limitada, desde el momento en que se ordena el secreto de lo contenido en la correspondencia o en papeles examinados, en lo que se refiere a asuntos ajenos a aquél que motiva la diligencia o sea como lo expresa la Constitución hondureña: *a lo doméstico y privado*.

En tal forma, todo aquello que no se relacione directamente con el motivo legal del examen, debe ser procesalmente protegido -y constitucionalmente garantizado-, en forma tal que no se cause perjuicio a la persona poseedora de la correspondencia o papeles, por cuestiones alejadas del motivo esencial de tal trámite.

Todo esto lleva a la conclusión de la importancia que reviste una mejor y más completa redacción del tercer párrafo del artículo 16 constitucional, para enaltecer la inviolabilidad de la correspondencia, ya que en los términos de nuestra legislación actual, bastarían disposiciones ordinarias transcritas con anterioridad, para satisfacer las finalidades limitadas que persigue nuestra actual disposición constitucional, que por lo tanto podría suprimirse sin causar daño alguno a la precario inviolabilidad de la correspondencia que dispone.

2.4.2. LA PROTECCIÓN A LOS PAPELES.

Si la inviolabilidad de la correspondencia de las personas, resulta muy relativamente protegida constitucionalmente, en la forma que se ha señalado, la protección de los papeles personales se encuentra igualmente señalada en forma muy general, aunque lo suficiente como para poder afirmar que existen garantías constitucionales que toman en cuenta a

esos papeles, y al más alto nivel son preservados del abuso de las autoridades de toda clase.

Esto se establece con toda claridad en el artículo 16 que dispone que nadie puede ser molestado en sus papeles, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Con la anterior mención, los papeles de las personas adquieren una relevancia destacada, lo suficiente como para poder afirmar que son inviolables, y que para que se les retenga, utilice o se moleste en su uso o disposición, se exija un mandamiento en forma, debidamente motivado.

No debe olvidarse, que el propio artículo 16 en su segundo párrafo, al autorizar las visitas domiciliarias, permite a la autoridad administrativa exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para que el visitado compruebe que se han acatado las disposiciones fiscales aplicables, lo cual debe entenderse como limitación singularizada a la garantía en la privacidad de los libros y papeles, que están relacionados con el sistema impositivo.

Fuera de estas dos disposiciones precisadas, nuestra Constitución hace referencia a ciertos papeles destacados, sobre los cuales se establece una sistematización valorativa, que solamente conforma garantías individuales en la medida en su uso o valor jurídico es puesto en entredicho por una autoridad, o su existencia pudiere resultar un presupuesto necesario para fundar una determinada actividad de las personas.

En este orden de ideas, podríamos referirnos a la exigencia de un *título* debidamente expedido, para ejercer determinadas profesiones que requieren de una capacitación especial, como se dispone en el párrafo segundo del artículo 5º, y se complementa en la parte final de la fracción XXV del artículo 73 que otorga validez a los

mismos en toda la República. Esto último se ratifica en la fracción V, del artículo 121, que obliga al respeto de los títulos expedidos por un Estado, en los otros.

También debe recordarse, que el artículo 12 ordena que en nuestro país no se concedan *títulos de nobleza*, negando efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país.

Por su parte, el artículo 7º establece como inviolable la libertad de publicar *escritos* sobre cualquier materia, otorgándose a esta libertad la garantía de no efectuar una previa censura sobre ellos.

Finalmente, la libertad de tránsito que se reconoce en el artículo 11 constitucional, garantiza aquella, sin necesidad de que el viajante deba obtener previamente una *carta de seguridad, pasaporte, salvo conducto* u otro requisito semejante, con lo cual dichos papeles -obligatorios en otros países-, no lo son en el nuestro.

Todo lo anterior es el total de menciones que nuestra Constitución efectúa respecto a los *papeles personales*, en la forma que ya ha quedado comentada.

CAPITULO TERCERO

LA INTERVENCION TELEFONICA EN OTROS PAISES

3.1. ORGANISMOS INTERNACIONALES.

La intervención telefónica en otros países presenta elementos que dan luz a nuestro estudio, se encontró en algunos una legislación exhaustiva desde el concepto hasta los procedimientos para llevarla a cabo, ésto es el resultado de la gran labor que organismos internacionales han realizado para poder legislarla.

3.1.1. ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS (O. N. U).

La Organización de la Naciones Unidas en su declaración universal de los derechos humanos de 1948, en su artículo 12, establece que "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 su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

Esta organización aprobó en 1950, en su Asamblea General, mediante la resolución 415 (V), un plan por el que las Naciones Unidas se encargarían de convocar cada cinco años un congreso mundial en el que se tratan temas relevantes sobre la prevención del delito y el tratamiento del delincuente. Estas conferencias han desempeñado un papel importante en la formulación de diversos instrumentos internacionales relativos a la aplicación de reglas y criterios de justicia penal. A la fecha se han realizado 9 congresos.

Ante el avance de la delincuencia el octavo congreso, celebrado en Cuba , en 1990, "preparó recomendaciones sobre medidas nacionales e internacionales encaminadas a contener el avance de cuando menos dos de las formas de delincuencia más perjudiciales desde el punto de vista social, económico y político: la delincuencia organizada y el terrorismo".

En cuanto a la delincuencia organizada precisó que "De acuerdo con las propuestas del Comité, los Estados deberían intentar crear conciencia pública de la amenaza que supone la delincuencia organizada, realizar investigaciones sobre la estructura de esta forma de delincuencia y evaluar la eficacia de las medidas adoptadas para combatirla. Entre los métodos propuestos para prevenir o reducir al mínimo los efectos de la delincuencia organizada cabría citar los programas de lucha contra la defraudación, las medidas encaminadas a mejorar la supervisión y la seguridad del personal, la recopilación y la computarización de información, las estrategias de investigación y los programas de capacitación. También se recomendó que se dotara de facultades suficientes a los órganos encargados de hacer cumplir la ley con objeto de aumentar su eficiencia (sin menoscabo de la salvaguardia de los derechos humanos) y que se erradicaran las causas de delincuencia, se establecieran métodos de vigilancia basados en las telecomunicaciones y en la electrónica y se arbitraran nuevos métodos para seguir el rastro del dinero".

Continúa señalando la recomendación: "Entre las medidas recomendadas en el plano internacional figuran la ampliación del ámbito de aplicación de los acuerdos de cooperación y de intercambio de información, la realización de actividades de prohibición coherentes, la promulgación de leyes modelo para el decomiso de los activos obtenidos por medios ilícitos, el establecimientos de barreras más sólidas entre los mercados financieros legales y el mercado de capitales ilegalmente adquiridos, la celebración de acuerdos de cooperación aplicables a la financiación extranjera y a las operaciones que entrañen transferencias electrónicas internacionales de fondos y el fortalecimiento de la cooperación técnica... Sería preciso, realizar investigaciones sobre las causas, la

prevención y la lucha contra la delincuencia organizada a escala transnacional y sobre sus relaciones con la inestabilidad política y con otras formas de delincuencia.”²⁸

3.1.1.1. CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.

Por su parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, con sustento en la declaración de la ONU establece en el artículo 8 que:

1. “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

El Convenio Europeo crea la Comisión Europea de Derechos Humanos, la que podrá conocer de cualquier demanda de persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por parte de uno de los Estados contratantes, esta intervención de la Comisión sólo podrá ser requerida cuando se hayan agotado los recursos internos del país de que se trate.

²⁸ Congreso sobre el delito. 1990. Cooperación Internacional en Materia de Prevención del Delito y Justicia Penal P.4. Publicado por el departamento de información pública de las Naciones Unidas.

3.1.2. ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS (O. E. A.)

La Carta de la Organización de los Estados Americanos en su artículo 137 establece que ninguna de sus estipulaciones se interpretarán en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados miembros, de acuerdo con la carta de las Naciones Unidas, de lo que se desprende que las disposiciones relativas al respeto del derecho a la privacidad y la intimidad de las personas, que consagra esta carta, subsisten tácitamente para los efectos de la organización americana.

3.2. CONSTITUCIONES POLÍTICAS DE DIFERENTES PAÍSES.

Las Constituciones Políticas de los países que a continuación se señalan, consagran el derecho de las personas a su intimidad y privacidad.

Estas Constituciones, identifican como medio violatorio a este derecho a las intervenciones telefónicas, ya sea expresa o tácitamente. Algunas constituciones permiten expresamente, desde su texto, la intervención telefónica, siempre mediante mandato o autorización judicial o por ley y cuando se cumplan las formalidades establecidas.

- ARGENTINA: Las autoridades pueden ocupar la correspondencia epistolar, los papeles privados, las comunicaciones o cualquier otro medio de exteriorización de la persona, siempre que la ley autorice a las autoridades y con los justificativos que ella determina (artículo 18).

- COLOMBIA: La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. (artículo 15).

- CUBA: Las comunicaciones telefónicas son inviolables, sólo pueden ser examinadas en los casos previstos por la ley. (artículo 56).

- CHILE: El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley. (artículo 5).

- ECUADOR: Las comunicaciones telefónicas sólo podrán ser aprehendidas y examinadas en los casos previstos por la ley. (artículo 8).

- ESPAÑA: Garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial (artículo 18 numeral 3).

- ITALIA: La libertad y la secrecía de correspondencia o de cualquier otra forma de comunicación son inviolables, sin embargo esta limitación puede modificarse por acto derivado de la autoridad judicial, siguiendo el procedimiento establecido en la ley (artículo 15).

- PARAGUAY: Las comunicaciones telefónicas son inviolables, sólo podrán ser examinadas o interceptadas por orden judicial para casos específicamente previstos en la ley y siempre que fuesen indispensables para el esclarecimientos de los asuntos de competencia de las correspondientes autoridades (artículo 36).

- PUERTO RICO: No se interceptará la comunicación telefónica, sólo se expedirán mandamientos autorizando cuando exista causa probable apoyada en juramento o afirmación de la comisión de delito (artículo 2 sección 10).

Estas constituciones indican que se debe guardar reserva o el secreto de la información obtenida sobre aquello que no tenga relación con la investigado. Adicionalmente señalan que las pruebas obtenidas sin autorización o sin cumplir con las formalidades legales carecen de valor en juicio.

A continuación se expone el tratamiento que, en leyes secundarias sustantivas y adjetivas, se da a la intervención telefónica en países que presentan características relevantes y que han de ser considerados para la atención del caso mexicano.

3.3. ESPAÑA.

España al igual que México, se ha visto envuelta en los últimos meses en un escándalo periodístico por el uso indebido de la intervención telefónica. Esta actividad ha afectado “la Casa Real y personajes de la vida pública”, al haberse efectuado “al azar y sin ninguna intención manifiesta”²⁹

La Constitución Española en el artículo 18 numeral 3, garantiza “el secreto de las comunicaciones y, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

La intervención telefónica se encuentra tipificada como delito en el Código Penal³⁰, en dos supuesto. El primero, lo establece el artículo 192 bis al señalar que:

“La Autoridad, funcionario público o agente de éstos que sin la debida autorización judicial, salvo en su caso, lo previsto legalmente en desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, interceptare las comunicaciones telefónicas o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido, incurrirá en la pena de arresto mayor en su grado máximo e inhabilitación absoluta.

Si divulgare o revelare la información obtenida por cualquiera de los precitados medios, se le impondrá la pena inmediatamente superior en grado a la prevista en el párrafo anterior”.

²⁹ Periódico Excelsior. 14 de Junio de 1995. Pág. 21

³⁰ Código Penal. Junio de 1994. España. Ed. Tecnos.

El segundo supuesto lo contempla el artículo 497 bis, al indicar que:

“El que para descubrir los secretos o la intimidad de otros in su consentimiento interceptare sus comunicaciones telefónicas o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100,000 a 500,000 pesetas. Si divulgare o revelare lo descubierto incurrirá en las penas de arresto mayor en su grado máximo y multa de 100,000 a 2,000,000 de pesetas”.

Las penas de arresto mayor y de inhabilitación absoluta a que hacen alusión los preceptos citados anteriormente, conllevan “la suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena”³¹. La duración de la “condena”³¹ por inhabilitación absoluta es de seis años y un día a doce años. Para la del arresto mayor, es de un mes y un día a seis meses.

La excepción constitucional a que se refiere el artículo 192 bis del precitado Código, es la relativa a la suspensión de la garantía otorgada por el artículo 18 constitucional, numeral 3, transcrito anteriormente. Esta suspensión va dirigida a personas determinadas que tengan relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Así mismo, el mencionado artículo 55.2 de la Constitución señala que la forma y los casos en los que, de manera particular, con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario para llevar a cabo la suspensión de esta garantía constitucional, se determinará en una ley orgánica. También indica que los abusos y la utilización injustificada producirá responsabilidad penal.

³¹ Idem artículo 47.

La Ley Orgánica a que hace referencia es la ley 4/1988, del 25 de mayo. Esta ley da origen al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.³²

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto el 14 de septiembre de 1882, constituye el ordenamiento jurídico que salvaguarda tanto los derechos fundamentales de los ciudadanos como la conformación del sistema procesal penal.

En ciertos casos, el derecho a la intimidad puede ser interrumpido por decisión judicial. Al efecto el artículo 579 de la ley en cuestión menciona los tres momentos en lo que se puede otorgar la autorización para efectuar la intervención telefónica, a saber:

1. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa.

2. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales periodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

3. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma

³² Ley de Enjuiciamiento Criminal. Julio 1994. España Editorial. Tecnos.

motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación”.

3.4. FRANCIA

El debate sobre la intervención telefónica en Francia se inició desde hace aproximadamente 30 años. Al percatarse que los servicios de inteligencia “actuaban en una especie de ilegalidad oficial. Se reveló que las nuevas tecnologías estaban generando un espionaje salvaje sumamente peligroso”³³, situación muy similar a la que está viviendo México en estos momentos, lo que provocó que las autoridades enfrentaran el problema.

El preámbulo de la Constitución de la Quinta República Francesa establece que el pueblo francés proclama su adhesión a los Derechos del Hombre tal como han sido definidos en la declaración de 1789, misma que indica en su artículo 4 que la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otro, por lo tanto, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tienen más límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.³⁴

La intervención telefónica originó diversas investigaciones y muchas polémicas, tanto entre partidos políticos como entre los particulares y, debates en las cámaras de Diputados y Senadores, lo que concluyó en la promulgación de la ley 91-646 del 10 de julio de 1991, relativo al secreto de la correspondencia emitida a través de telecomunicaciones.

Esta ley crea la Comisión Nacional de Control de la Interferencias de Seguridad. Al decir del titular de esta Comisión, en Francia existen tres tipos de interferencias: las judiciales, las administrativas o de seguridad no tienen, no deben tener, como objetivo la

³³ Proceso No. 970, 5 de junio de 1995, Pág. 54.

comprobación ni la represión de los delitos... se proponen la prevención de las infracciones. Buscan juntar informaciones y las salvajes son las interceptaciones realizadas por los servicios oficiales que no respetan la ley o por oficinas privadas".³⁵

La intervención telefónica "representa un medio de investigación determinante para detectar, identificar y vigilar las redes criminales.

Constituye igualmente un medio de prueba relevante para confundir y aniquilar una empresa delictiva... y las indagatorias relacionadas con el tráfico de estupefacientes. Estas permiten identificar a los protagonistas, definir las relaciones de unos con otros, descubrir escondites, determinar fechas y lugares para la entrega de drogas, en fin, acunular pruebas".³⁶

De la clasificación de las intervenciones telefónicas-judiciales, administrativas y salvajes-, se referirá a la situación que guarda cada uno de ellas en el sistema jurídico francés y la forma en que operan.

En cuanto a las **intercepciones judiciales**, que son las ordenadas por la autoridad judicial, éstas se encuentran reguladas en el Código de Procedimientos Penales de 1994, en la sección 2, denominada "Las interceptaciones de correspondencia emitidas por la vía de telecomunicaciones".

El artículo 100 de este Código establece que, las escuchas telefónicas ordenadas por la autoridad judicial sólo se pueden intervenir a partir del momento en que la información judicial requiera de tal acción. Sólo la jurisdicción de instrucción puede

³⁵ Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

³⁶ Proceso No. 970 5 de Junio de 1995. Pág. 55

³⁷ Combate contra el Crimen Organizado en Francia y en la Unión Europea. Antony y Ripoll Daniel. Junio 1995, Pág. 106 y 107.

recurrir a ellas. La infracción debe presentar un cierto grado de gravedad, siendo la pena correspondiente a la infracción igual o superior a dos años de cárcel.³⁷

En efecto el Juez de Instrucción no puede recurrir a una interceptación telefónica si la pena por la infracción que se investigue es menor a dos años de prisión.

Si se efectúan estas interceptaciones, el propio artículo indica que deben ser controladas.

La circular general C.100 del 26 de septiembre de 1991 relativa al artículo 100 del Código Penal francés y refiriéndose a la definición que hace el Código de medios de telecomunicaciones, conceptúa a la telecomunicación como “toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o mensajes de cualquier naturaleza por vía óptica, radioeléctrica o, por otros sistemas electromagnéticos”. Aclara entonces, que entran en la aplicación sobre los preceptos legales de interceptación la que se haga de emisiones o recepciones efectuadas por teléfono, telecopiadora, minitel, receptores de servicios de radio, mensajes unilaterales, telex, etcétera.

La misma circular señala el reconocimiento de los principios de proporcionalidad establecidos por la Corte Europea de los Derechos del Hombre.

También se hace notar que la ley no señala categorías de personas susceptibles de interceptación de comunicaciones, lo que permite que una interceptación se dirija hacia una persona inculpada o hacia personas relacionadas con los hechos que se investigan.

El artículo 100-1 establece que se deben señalar todos los elementos de identificación de la comunicación que se debe interceptar (número de la línea, domicilio,

³⁷ Código de de Procedimientos Penales de Francia, 1994.

nombre del titular), la infracción que con lleva a recurrir a la interceptación, así como la duración de ésta.

Este procedimiento lo llevan a cabo los investigadores -Policía Judicial- quienes actúan "bajo la dirección y el control del Juez de Instrucción; perciben sus poderes y sus órdenes por medio de actas llamadas "Comisión Rogatoria".³⁸

Estas actas denominadas "Comisión Rogatoria", son de dos tipos:

- a) General
- b) Particular.

En el acta **general**, el Juez de Instrucción indica lo siguiente: "seguir las investigaciones, proceder a todas las acciones útiles para el esclarecimiento de la verdad y en particular a todas las audiciones, pesquisas, interrogatorios, careos y requerimientos útiles".³⁹

La Comisión Rogatoria **particular** se refiere, como lo indica su nombre, a el acta que delega uno o varios poderes particulares, es decir, perfectamente definidos, al investigador.

El artículo 100-2 precisa que la duración de las interceptaciones judiciales será de cuatro meses máximo, pudiendo ser renovadas bajo las mismas condiciones en las que se autorizaron. Dicha regulación está en función de la determinación que el juez haga de la utilidad de la medida. Se procura no mantener la interceptación indefinidamente.

Los artículos del 100-3 al 100-7, se refieren al procedimiento para la realización de estas interferencias, en el que destacan los siguientes lineamientos: todas las operaciones

³⁸Ripoll y Serge Antony, op. cit. 81dem.

relacionadas con la intervención telefónica, deberán ser registradas en un expediente y lo que se considere útil al descubrimiento de la verdad será registrado por escrito.

La instalación de equipo de la interceptación telefónica sólo podrá ser autorizada a funcionarios de la Policía Judicial. Los agentes que participen en las intervenciones no podrán revelar la existencia de las mismas ni su contenido.

Se debe iniciar ante el Juez de Instrucción un procedimiento para el seguimiento de la intervención en el que se registre el día y la hora en que ha empezado y se señala la fecha y hora para su conclusión. A este proceso deberán integrarse las grabaciones que se conservarán cerradas y selladas, hasta el vencimiento de la acción pública con el objeto de asegurar su integridad.

Toda la información debe conservarse en su integridad para evitar problemas de interpretación.

Las grabaciones deberán ser realizadas por un oficial de Policía Judicial; tendrán valor de prueba en un juicio, siendo el tribunal el que determine el valor de estos medios de prueba. Los registros contenidos en el proceso, resultantes de la intervención telefónica, serán destruidos cuando prescriba la acción pública.

No se podrán intervenir las líneas telefónicas de los despachos de abogados o de su domicilio, salvo que la Asociación de Abogados del lugar sea informada.

Las intervenciones telefónicas llamadas **administrativas o de seguridad**, son las que tienen como finalidad la prevención de los delitos; éstas son controladas por la Comisión Nacional de Control de las Interferencias de Seguridad, creada en la Ley del 10

* Ripoll y Serge Antony, *Ibid* P. 82.

de Julio de 1991; de ahí la importancia de tales intervenciones, que vienen a adquirir el grado de legalidad al ser reglamentadas por esta ley.

La ley en comento, establece que “el secreto de las comunicaciones emitidas por la vía de las telecomunicaciones está garantizada por la ley. Sólo a la autoridad pública, en los únicos casos de necesidad de interés público previstos por la ley y en los límites fijados por ésta, le es posible atentar contra ese secreto”.

Este ordenamiento autoriza realizar las intervenciones de seguridad sólo a los servicios especializados de la Defensa Nacional, del Ministerio del Interior y al Ministerio de Finanzas, mediante una solicitud escrita y motivada que deberá ser autorizada por el Primer Ministro, quien a su vez informa al Ministro de telecomunicaciones. El Primer Ministro debe avisar también al presidente de la Comisión Nacional de Control, quien analiza si cumple o no con los requisitos fijados por la ley.

Sólo se podrán realizar **intervenciones de seguridad** en los siguientes casos:

- Protección de la Seguridad Nacional.
- Prevención del terrorismo.
- Protección de los elementos esenciales del potencial científico y económico.
- Lucha contra el crimen y la delincuencia organizada.
- Vigilancia de grupos subversivos disueltos.

Este instrumento jurídico señala que, la interferencias de seguridad sólo pueden ser autorizadas a “título excepcional” y quien determina esa excepcionalidad es la jurisprudencia.

La duración máxima de la intervención será de cuatro meses y puede ser renovada bajo las mismas condiciones en que se otorgó.

La oficina encargada de la instalación del sistema de interceptación es el servicio de telecomunicaciones a través de los denominados policías aduaneros, quienes sólo podrán transcribir los datos relacionados con el o los motivos por lo que se autorizó la intervención telefónica.

Determina, también el tiempo límite que deben ser conservadas las grabaciones.

A diferencia de las intervenciones judiciales, las llamadas de **seguridad** no podrán ser parte de un sumario judicial y no podrán ser utilizadas por tanto en juicio penal.

La citada comisión nacional de control de interceptaciones de seguridad está compuesta por tres miembros:

- Su Presidente, quien es designado por el Primer Ministro, de una lista de personas; elaborada conjuntamente por él.
- El Vicepresidente del Consejo del Estado.
- El primer presidente de la Corte de Casación.
- Los otros dos miembros son un diputado y un senador, quienes son designados por los presidentes de cada asamblea.

El propio presidente de esta Comisión opina que "antes de 1991 hubo abusos, no lo podemos negar, pero tanto la ley como la creación de la comisión de control han vuelto mucho más difícil estos abusos. Desafortunadamente no pasa exactamente lo mismo con las interferencias judiciales".⁴⁰

⁴⁰ Proceso 970, 5 de junio 1995, Pág. 56.

Continúa diciendo: "Francia ha sido condenada regularmente por la Corte Europea de los Derechos Humanos debido a las condiciones un tanto escabrosas en las que se llevan a cabo ciertas interferencias judiciales, o abusos en ese campo."⁴¹

Por último, las intervenciones denominadas "salvajes", que son las "realizadas por los servicios oficiales que no respetan la ley o por oficinas privadas".⁴²

En palabras del presidente de seguridad "oficialmente ofrecen servicios de vigilancia privada en edificios, fábricas, hoteles o de guardaespaldas para personalidades del mundo de espectáculo, de la política o de las finanzas, o rentan limosinas blindadas, pero tienen filiales especiales que se encargan de las interferencias telefónicas".⁴³

La ley del 10 de julio, como el Código Penal, tipifican la fabricación y/o la importación de equipos de intercepciones, mediante un decreto que en lista el tipo de material que no puede ser adquirido o comercializado.

3.5. ITALIA

Italia se presenta como el país por excelencia en lo que respecta a problemas provocados por el crimen organizado.

El Estado ha respondido frente a esta problemática a través de importantes medidas legislativas y administrativas. Los instrumentos jurídicos más recientes fueron publicados en 1992 y 1993.

No se debe dejar de mencionar las actitudes de gran heroísmo moderno que han asumido hombres de la talla de Falcone y Borsellino.

⁴¹Proceso 970, 5 de Junio 1995. Pág. 56.

⁴² Idem.

⁴³ Idem. Pág. 57

El gran avance en materia sustantiva se refiere a la tipificación como delito de diversas conductas que venía efectuando la mafia, propiciadas por su capacidad económica y de presión a funcionarios.

En lo que se refiere al aspecto procesal, otorga una gran gama de posibilidades al Ministerio Público para llevar a cabo investigaciones. Entre estas medidas se permite la intervención telefónica.

El artículo 15 de la Constitución Italiana (Primera Parte: "Derechos y Deberes del Ciudadano"), establece expresamente que la libertad y la secrecía de la correspondencia o de cualquier otra forma de comunicación, son inviolables. Sin embargo, especifica que esta limitación puede modificarse por acto motivado de la autoridad judicial, siguiendo el procedimiento establecido en la ley.⁴⁴

El Código Penal italiano de 1991 contiene dos secciones específicas que se refieren al delito contra la inviolabilidad del domicilio y del secreto, mismas que establecen disposiciones relativas a la intervención telefónica.

La primera sección tipifica la interferencia ilícita en la vida privada, al establecer una sanción que va de 6 meses a 4 años a quien mediante el uso de instrumentos de reproducción visual o sonora se procure indebidamente información o imágenes que atenten contra la vida privada en el domicilio particular; igual sanción se aplica a quien revele o difunda, mediante cualquier medio, la información o las imágenes obtenidas(artículo 615,bis).

Estos delitos se persiguen por querrela de la persona ofendida y solamente se procede de oficio cuando el acto lo comete un empleado público o el encargado de un servicio público con abuso de su autoridad o, con violación de los deberes inherentes a la

⁴⁴ Constitución de la República Italiana. Editorial Colombo.

función o al servicio que presta. Asimismo, tipifica el ejercicio abusivo del investigador privado. En estos supuestos la sanción es de uno a cinco años.

La sección V del Código Penal aclara que para los efectos de las disposiciones contenidas en esta parte, se entiende por "correspondencia" aquella: escrita, telegráfica o telefónica.

El artículo 616 relativo a la violación, sustracción y anulación de correspondencia, indica que la acción de tomar conocimiento del contenido de una correspondencia abierta o cerrada; o de manera no directa, sustraer o distraer, destruir o suprimir, en todo o en parte, el contenido de ésta, si el hecho no está previsto como otra infracción por disposición de ley, se sanciona con la pena de reclusión de un año o multa de 60 mil a 1 millón de liras.

Para quien, sin causa justa, revele, en todo o en parte, el contenido de la correspondencia, es sancionado, si del hecho deriva perjuicio y el hecho mismo no constituye un daño más grave, con la reclusión hasta de 3 años.

También prevé el supuesto para quien revele sin autorización y tenga conocimiento del contenido de una correspondencia no dirigida a él, que debiera permanecer secreta, y del hecho derive un perjuicio, la sanción de 6 meses de reclusión o multa de 200 mil a 1 millón de liras (artículo 618)

Respecto al conocimiento, interrupción o impedimento ilícito de comunicaciones o conversaciones telegráficas o telefónicas, el artículo 617 indica que cualquiera que sin conocimiento del emisor tome conocimiento de una comunicación o de una conversación telefónica o telegráfica entre otras personas o la comunique a otros, la interrumpa o impida, será sancionado con la pena de prisión de 6 meses a cuatro años.

Salvo que el hecho constituya un daño más grave, la misma sanción se aplica a quien revele, mediante cualquier medio de información al público, en todo o en parte, el contenido de las comunicaciones o de las conversaciones indicadas anteriormente.

Estos delitos son punibles a querrela de la persona ofendida; sin embargo, se procede de oficio con sanción de uno a cinco años de prisión, si el hecho es cometido por un empleado de oficina pública o de un encargado de un servicio público con abuso de poder o con la violación del deber inherente a su función o servicio, o de quien ejercita abusivamente la profesión de investigador privado.

Cuando la violación, sustracción o supresión de correspondencia es efectuada por un empleado del servicio del correo, telégrafo o teléfono, se sanciona con la pena de prisión de 6 meses a 3 años. Si revela el contenido, sin justa causa, la pena de prisión se ampliará a cinco años y se aplicará además una multa de 60 mil a 1 millón de liras, siempre y cuando el hecho mismo no constituya un daño más grave (artículo 619)

En cuanto a los mecanismos o instrumentos para efectuar la intervención telefónica, el Ministro de Correo y Telecomunicaciones, de acuerdo con el Ministro del Interior y con los de la Industria, el Comercio y las Artesanías emiten un decreto específico para su aplicación.

Los mecanismos e instrumentos de dotación para la fuerza armada o la de policía serán provistos por el Ministro competente.

Quien sin autorización del Ministro del Correo y Telecomunicaciones y del Ministro del Interior, fabrique, importe, adquiera, venda, transporte, alquile o utilice otro modo incluido para la circulación de mecanismos o instrumentos para efectuar la intervención telefónica, o parte de éstos, será sancionado, si el hecho no constituye un

daño más grave, con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de 1 a 5 millones de liras.

Excepto en los casos señalados más adelante, quien instale aparatos, instrumentos, partes de aparatos o de instrumentos con el fin de interceptar o de impedir comunicaciones o conversaciones telegráficas o telefónicas de otras personas, será sancionado con la pena de reclusión de uno a cuatro años.

El Nuevo Código italiano de Procedimientos Penales⁴⁵ establece que la interceptación de conversaciones o comunicaciones telefónicas, o de otra forma de telecomunicaciones, es permitida en los procedimientos relativos a los siguientes delitos:

a) Delitos no culposos, para los cuales está prevista la pena de prisión, de cadena perpetua o de prisión superior a 5 años.

b) Delitos contra la administración pública par los cuales está prevista la pena de prisión no inferior de 5 años.

c) Delitos relativos a sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

d) Delitos concernientes a armas y sustancias explosivas.

e) Delitos de contrabando.

f) Delito de injuria, amenaza o molestia a la persona por medio del teléfono.

En los mismos casos se consentirá la interceptación de las comunicaciones entre personas presentes en el mismo lugar (mediante instalación de micrófonos), si hay motivo fundado de sostener que en ese momento se está desarrollando la actividad delictiva.

⁴⁵ Nuevo Código Penal y de Procedimientos Penales de Italia, 1991.

El artículo 267 señala el procedimiento para la autorización de la intervención telefónica:

1. El Ministerio Público solicita al Juez para las indagaciones preliminares, la autorización para realizar la intervención. La autorización y fecha se otorga por escrito motivado, cuando existen graves indicios de delito la interceptación es absolutamente indispensable para el cumplimiento del objetivo de la investigación.

2. En caso de urgencia, cuando hay motivo fundado de considerar que del retraso pueda derivar en un grave perjuicio a la investigación, el Ministerio Público por sí mismo dispone la interceptación con escrito motivado, que comunica en un plazo no mayor de 24 horas al Juez competente. El Juez, dentro de las 48 horas siguientes resuelve con escrito motivado. Si la solicitud del Ministerio Público no está suficientemente justificada en el término establecido, la interrupción no podrá continuar los resultados de la misma no podrán ser utilizados en el procedimiento.

3. El escrito que presenta el Ministerio Público debe indicar la forma y la duración de la interceptación. La duración no puede superar los 15 días, pero puede ser prorrogado por el Juez con escrito motivado por periodos sucesivos de 15 días, siempre y cuando persistan los presupuestos que la originaron.

4. El Ministerio Público puede realizar la interceptación por sí mismo o con el auxilio de la Policía Judicial.

5. En un registro especial y confidencial, bajo la responsabilidad del Ministerio Público se anotarán y archivarán, siguiendo un orden cronológico, los escritos dispuestos, autorizados, convalidados o prorrogados de la interceptación y, cada una de las interceptaciones, al inicio y término de las mismas.

La ejecución de la operación la desarrolla el artículo 268 que establece:

1. Las comunicaciones interceptadas son registradas y de cada operación debe redactarse un acta.

2. En el acta se debe transcribir también, aún sumariamente, el contenido de las comunicaciones interceptadas.

3. Las operaciones pueden ser realizadas con el equipo de las instalaciones de la Procuraduría de la República. Sin embargo, cuando tal equipo resulte insuficiente o no sea el idóneo y existan excepciones por razones de urgencia, el Ministerio Público puede disponer con escrito motivado, el cumplimiento de las operaciones con equipo de servicio público o el que tenga asignado la Policía Judicial.

4. Las actas y las grabaciones son inmediatamente transmitidas al Ministerio Público. Dentro de los 5 días siguientes a la conclusión de la operación, serán depositadas en la Secretaría junto con los escritos que hayan dispuesto, autorizado, convalidado o prorrogado la interceptación, permaneciendo por el tiempo fijado por el Ministerio Público, salvo que el juez no considere necesaria una prórroga.

5. En caso de que el depósito pueda derivar un grave perjuicio para las investigaciones, el juez autorizará al Ministerio Público a conservar las grabaciones pero no más allá de la clausura de las investigaciones preliminares.

6. Se deberá informar inmediatamente a los defensores de las partes, que tienen dentro del término fijado por la norma de los puntos 4 y 5, la facultad de revisar las actas y escuchar las grabaciones. Agotado el término, el juez dispondrá que se les haga entrega de las grabaciones de las conversaciones que no consideren relevantes, así como de las actas, procediendo a su destrucción. El Ministerio Público y la defensa tienen facultad de

participación en la destrucción, avisándose con 24 horas de anticipación. Una vez resuelto lo anterior es transcrito el contenido de las partes de las conversaciones aprobadas.

7. Si el juez dispone la transcripción integral de las grabaciones observará la forma, el modo y la garantía que considere necesarias para el desahogo de las pruebas periciales. La transcripción es inscrita en el expediente en audiencia.

8. Los defensores pueden obtener copia de la transcripción y de las grabaciones.

Sobre la conservación de la documentación relativa a la interceptación telefónica, el artículo 269 indica.:

1. Las actas y las grabaciones son resguardadas integralmente por el Ministerio Público que llevó a cabo la interceptación.

2. Las grabaciones serán conservadas hasta que la sentencia causa ejecutoria. Excepto lo dispuesto en el artículo 271 numeral 3 (se desarrolla adelante). Sin embargo los interesados, cuando la documentación no es necesaria para el proceso pueden pedir la destrucción de ésta, para la tutela de la privacidad; esto se solicita al juez que ha autorizado o convalidado la interceptación. El juez decide en audiencia pública sobre la autorización.

3. La destrucción en los casos previstos se ejecuta bajo control judicial.

Para la utilización de los resultados de la interceptación procedimientos diversos por los que se originó, el artículo 270 señala lo siguiente:

1. Los resultados de la interceptación no pueden ser utilizados en procedimientos diversos de aquellos en los cuales han sido autorizados, salvo que resulte indispensable

para la investigación de delitos respecto de los cuales es obligatoria la detención por flagrancia.

2. A fin de posibilitar la utilización para los efectos del párrafo anterior, la grabación y las actas se depositarán con la autoridad competente, la que aplicará el procedimiento descrito anteriormente.

3. El Ministerio Público y la defensa de las partes tienen nuevamente la facultad de examinar la grabación y el acta de la grabación.

Por lo que se refiere a las prohibiciones para la utilización de los resultados de las interceptaciones el artículo 271 dispone que:

1. Los resultados de las interceptaciones no pueden ser utilizados en procedimiento si no se han cumplido las reglas señaladas.

2. No pueden ser utilizadas las interceptaciones relativas a conversaciones o comunicaciones de los abogados defensores, cuando tengan hechos conocidos por razón de su ministerio, oficina o profesión, salvo que la misma persona haya declarado sobre los hechos o lo hubiera divulgado de otro modo.

3. En cada etapa del proceso el Juez puede disponer que la documentación de las interceptaciones previstas en los puntos 1 y 2 sea destruida salvo que constituya cuerpo del delito.

3.6. COLOMBIA.

Es reconocido Colombia como el país que padece en mayor medida los efectos de la delincuencia organizada para el narcotráfico. Su legislación se ha venido adecuando para aportar al Gobierno los mecanismos jurídicos para su combate.

La Constitución Política de Colombia en el artículo 15, contiene un párrafo sobre la intervención telefónica, al decir que:

“La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley”.

La figura de la intervención telefónica, al igual que en otros países, se encuentra tipificada como delito en el Código Penal⁴⁶ y desarrollado el procedimiento de autorización para efectuarla en el Código de procedimiento penal.⁴⁷

Así el Código Penal colombiano en el capítulo “De la violación de secretos y comunicaciones” en el artículo 288, dispone:

“El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada, dirigida a otra persona, o se entere indebidamente de su contenido, incurrirá en arresto de seis meses a dos años, siempre que el hecho no constituye delito sancionado con pena mayor.

La pena será de ocho meses a tres años de arresto si se tratare de comunicación oficial.

⁴⁶ Código Penal. Pereira Monsalve Luis. 1994. Colombia.

⁴⁷ Código de Procedimiento Penal. Pereira Monsalve Luis. 1994. Colombia.

Si el autor del hecho revela el contenido de la comunicación o la emplea en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro, la pena será prisión de uno a tres años, si se tratare de comunicación privada de dos a cinco años si fuere oficial.”

En tanto que el Código de Procedimiento Legal, establece que cuando exista duda sobre la procedencia de apertura de instrucción se llevará a cabo la etapa denominada “investigación previa”, que tienen como finalidad:

“... la de determinar si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal. Pretenderá adelantar las medidas necesarias tendientes a determinar si ha tenido ocurrencia el hecho que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades; si está descrito en la ley penal como punible; la procedibilidad de la acción penal y practicar y recaudar las pruebas indispensables con relación a la identidad o individualización de los autores o partícipes del hecho”.

La duración de la investigación previa la fija el artículo 324 del citado Código, al determinar que:

“La investigación previa cuando existe imputado conocido se realizará en el término máximo de dos meses vencidos los cuales se dictará resolución de apertura de investigación o resolución inhibitoria. No obstante cuando se trate de delitos de competencia de jueces regionales el término será máximo de cuatro meses.

Cuando no existe persona determinada continuará la investigación previa, hasta que se obtenga dicha identidad.

Quien tenga conocimiento de que en una investigación previa se ventilan imputaciones en su contra, tiene derecho a solicitar y obtener que se le escuche de inmediato en versión libre y a designar defensor que lo asista en ésta y en todas las demás diligencias de dicha investigación”.

Durante el tiempo que dure la investigación previa "podrán practicarse todas las pruebas que se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos" (artículo 323).

En este sentido, el Código en cuestión, reglamenta la interceptación de comunicaciones, en el artículo 351 al establecer:

"El funcionario judicial podrá ordenar, con el único objeto de buscar pruebas judiciales, que se intercepten mediante grabación magnetofónica las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares, que se hagan o reciban y que se agreguen al expediente las grabaciones que tengan interés para los fines del proceso. Cuando se trata de interceptación durante la etapa de investigación, la decisión debe ser aprobada por la Dirección Nacional de Fiscalías. En todo caso, la decisión deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva.

Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

El funcionario propondrá la práctica de las pruebas necesarias para identificar a las personas entre quienes e hubiere realizado la comunicación telefónica lleva al proceso en grabación.

Tales grabaciones se trasladarán al expediente, por medio de escrito certificado por el respectivo funcionario.

En caso de flagrancia las autoridades de Policía Judicial podrán interceptar y reproducir las comunicaciones con el objeto de buscar pruebas".

Las pruebas ordenadas y practicadas por un funcionario judicial tienen como objetivo, el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos materia de investigación, especialmente respecto de las siguiente cuestiones:

- “ 1o. Si se ha infringido la ley penal.
- 2o. Quien o quienes son los autores o partícipes del hecho
- 3o. Los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación de la ley penal.
- 4o. Las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó el hecho.
- 5o. Las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado, su conducta anterior, sus antecedentes judiciales, de policía, sus condiciones de vida.
- 6o. Los daños y perjuicios de orden moral y material que causó el hecho punible.”

Al respecto, el artículo 342 indica que “ las providencias motivadas mediante las cuales se disponga el allanamiento y el registro, la retención de correspondencia postal o telegráfica o la interceptación de conversaciones telefónicas, no se darán a conocer a las partes mientras el funcionario considere que ello puede interferir en el desarrollo de la respectiva diligencia. Cuando se trate de procesos de competencia de los jueces regionales se dará el mismo tratamiento a aquellas pruebas que en virtud de solicitud de autoridad extranjera, se deban mantener en reserva hasta tanto se formule la acusación correspondiente. Contra dichos autos no procede recurso alguno.”

3.7. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

Estados Unidos como adalid de las libertades individuales en América, no presenta excepción en el caso de proteger el derecho a la intimidad, pero al enfrentar a la delincuencia organizada en sus diferentes modalidades y a quienes cometen delitos graves,

hubo de legalizar a las intervenciones telefónicas. A partir de ello, las Cortes federales y Estatales han resuelto sobre diversos aspectos en relación con la misma, conformando con sus decisiones un muy valioso acervo para el análisis pormenorizado del tema.

El tema en cuestión, tiene su referente en el Enmienda IV a la Constitución:

“El derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, casas, papeles y efectos, contra registros, arrestos y embargos irracionales, no será violado; no se librará al respecto, ningún mandamiento sin motivo fundado, apoyado por fundamento o declaración formal y sin descripción minuciosa del lugar a allanarse y de las personas o cosas que deben ser arrestadas o embargadas.”

Las sentencias de las cortes de Justicia de los Estados Unidos, tienen por objeto aclarar la interpretación de las constituciones y leyes en la jurisprudencia contenciosa.

La Corte, en el caso *Olmstead*, “sostuvo que no podía imputarse una violación de la Enmienda (IV) a funcionarios federales que escuchasen conversaciones telefónicas celebradas entre una banda de contrabandistas y sus clientes, no siendo dichas conversaciones “efectos” o “cosas”.⁴⁸

La legislación americana ha tenido constantes actualizaciones en las disposiciones relativas al tema que nos ocupa, la mayoría de ellas a partir de 1986. Existe, en este país, un “Acta Federal sobre Privacidad de las Comunicaciones. Asimismo existen actas específicas aplicables a nivel federal que reglamentaban la posibilidad de la intervención, como es el caso, del “Acta Sobre el Control del Crimen en Autobuses y Seguridad en las Calles”; “Acta de Intervención Federal de Cables” y “Acta de Comunicaciones

⁴⁸ Constitución Norteamericana y su actual significado. Edward S. Corvin. Editorial Guillermo Kraft Ltda. 1942, Pág. 185.

Electrónicas Privadas".⁴⁹ A continuación se señalaran los conceptos generalmente aceptados y los procedimientos a seguir.

La reglamentación federal tiene preeminencia sobre la etapa para la determinación de la admisión de pruebas obtenidas por intervención telefónica. Así como, para el procedimiento a seguir, por lo que las leyes estatales no pueden establecer menores protecciones a la privacidad de las personas que la ley federal.

Se define a la comunicación oral como cualquiera efectuada por una persona a otra con esta característica, la que no puede ser interceptada.

Comunicación por cable es el concepto que originalmente contienen las disposiciones legales y que la interpretación de las diferentes cortes y jueces han extendido a la comunicación telefónica en todas sus variantes.

El Concepto de **intervención** se aplica a la obtención del contenido de cualquier comunicación por cable, electrónica u oral, por medio del uso de cualquier equipo electrónico, mecánico o de cualquier otro equipo que permita realizar esta actividad.

La intervención sin que medie autorización judicial está prohibida por ordenamientos Estatales y Federales.

Las disposiciones legales sólo se aplican cuando el acto de intervención se efectúa en territorio de los Estados Unidos.

El Gobierno de los Estados en cuyo sistema de comunicación por cable se efectúa una intervención debe de controlar la misma, inclusive cuando parte del recorrido se efectúa en líneas del gobierno federal.

⁴⁹Código comentado. Título 18. Crímenes y Procedimientos Criminales del 2311 al 3000. 1995.

Se prohíbe la intervención telefónica a los abogados defensores e integrantes del jurado.

Se sanciona a cualquier persona que intencionalmente intercepte, intente interceptar o haga que otra persona intercepte o intente interceptar, cualquier comunicación por cable (incluye telefónica) oral o electrónica, asimismo se sanciona a quien intencionalmente, use, intente usar o haga que otra persona use o intente usar cualquier equipo electrónico, mecánico o de otra naturaleza para interceptar una comunicación oral.

Además se sanciona a quien intencionalmente revele o intente hacerlo a otra persona, el contenido de cualquier comunicación, conociendo que ésta fue obtenida por una intervención que no cumplió los requisitos de legalidad.

Se sanciona también, el uso del contenido de la comunicación obtenido en las condiciones a que se refiere el párrafo anterior.

Por último se sanciona a quien intencionalmente revele o intente revelar a cualquier otra persona, los contenidos de las comunicaciones obtenidas por interceptación autorizada, sabiendo que éstos fueron obtenidos en relación a una investigación penal, habiendo conseguido la información, en relación con ésta, con la finalidad de obstruirla, impedirle o interferirla.

Se considera agravante para quienes cometen las conductas descritas el efectuarlas siendo empleado público en ejercicio de su función.

Una disposición importante, aunque controvertible, es que no se considere ilegal el que una persona actuando conforme a las disposiciones legales, intercepte una

comunicación que haya sido consentida previamente por cualquiera de las partes que intervienen en la misma.

No es ilegal la obtención de información mediante intervención telefónica, que realice el gobierno americano para fines de inteligencia externa(producto de la recabación, evaluación, análisis, integración e interpretación de información acerca de potencias extranjeras y que es relevante para la seguridad nacional, relaciones exteriores o intereses económicos de los Estados Unidos, todo realizado por una agencia de gobierno).

Se autoriza a realizar la intervención telefónica únicamente a oficiales relacionados con las de investigación o prevención de delitos graves y sólo después de obtener la autorización de la Corte.

Los siguiente funcionarios pueden autorizar que se presente una solicitud al Juez Federal competente para que éste autorice o apruebe la intervención telefónica por la Oficina Federal de Investigación o por una Agencia Federal que tenga responsabilidad para efectuar la investigación de delitos respecto de los que se hace la solicitud, cuando dicha intervención pueda proveer o ha provisto pruebas o evidencias en relación a delitos que se enuncian limitativamente:

- a) Procurador General.
- b) Asistente del Procurador General.
- c) Procurador General Adjunto asistente, o cualquier Procurador General Asistente. Todos especialmente designados.

Como es de apreciarse, lo anterior se refiere al fuero federal, en los casos estatales, quienes solicitan son los funcionarios homólogos, con competencia estatal.

Los casos en que se puede autorizar la intervención telefónica son los siguientes:

1. Los sancionados con pena de muerte o con prisión mayor de un año relativos a:
 - Energía atómica.
 - Sabotaje.
 - Espionaje.
 - Traición.
 - Disturbio.
 - Daño malicioso (tipo delictivo en la legislación americana).
 - Destrucción de naves.
 - Piratería.
2. Cohecho a funcionario público o testigos, funcionarios bancarios, concursos deportivos.
3. Uso ilegal de explosivos.
4. Ocultamiento de capitales.
5. Transmisión de información para efectuar apuestas.
6. Evasión de reo.
7. Préstamos y créditos, su re negociación y descuentos efectuados fraudulentamente.
8. Influir o lesionar a un oficial, jurado o testigo.
9. Obstrucción a investigaciones penales o a las acciones de procuración de justicia, estatal o local.
10. Homicidio del presidente o de miembros de su gabinete, secuestro o asalto.
11. Interferir el comercio con amenazas o con violencia.
12. Viajar o transportar de un Estado a otro en apoyo de negocios ilegales.
13. Uso de facilidades del comercio interestatal en la comisión de homicidio por pago.
14. Delitos violentos en apoyo a las actividades de negocios ilegales.
15. Ofrecer, aceptar o solicitar influir en las operaciones del plan para beneficios del trabajador.
16. Prohibición de empresas de juegos de apuesta.
17. Instrumentos de lavado de dinero.

18. Hacer transacciones monetarias respecto de propiedades derivadas de actividades ilícitas.
19. Robo de embarques interestatales.
20. Malversación de fondos de pensión.
21. Fraude por cable, radio o televisión.
22. Fraude bancarios.
23. Explotación sexual de niños.
24. Transporte interestatal de propiedad robada.
25. Tráfico de vehículos o partes de vehículos robados.
26. Toma de rehenes.
27. Fraude en manejo de capitales.
28. Procedimientos para comparecer por quiebra.
29. Relocalización de testigos y asistencia.
30. Daño a aeronaves o instalaciones para ellas.
31. Violaciones relativas a cohecho y organizaciones corruptas.
32. Amenazas o represalias contra un oficial federal.
33. Fraude postal.
34. Homicidio, secuestro o asalto en contra de congresistas, miembros del gabinete de la Suprema Corte.
35. Transacciones prohibidas de materiales nucleares.
36. Destrucción de vehículos. (específicos).
37. Armas biológicas.
38. Destrucción de trenes.
39. Relativos al narcotráfico, sancionado por cualquier ley de los Estados Unidos.
40. Extorsión.
41. Negociar con los resultados de transacciones monetarias.
- 42. Intervención y revelar comunicaciones privadas y las relativas a los equipos para ello.**
43. Ataques a la moral.

44. Destrucción de tubería de gas natural.
45. Piratería aérea.
46. Exportación ilegal de armas.
47. Localización de fugitivos de la justicia por la comisión de cualquiera de los actos descritos.
48. Infracciones o delitos relativos a armas de fuego.
49. Acuerdo⁵⁰ para cometer cualquiera de los actos señalados.

Los casos estatales en los que procede la autorización o aprobación de la intervención, misma que será efectuada por investigadores u oficiales del Estado de que se trate que tenga a su cargo la investigación, son: homicidio, secuestro, apuestas, robo, cohecho, extorsión, narcotráfico u otro delito que atenté contra la vida, integridad personal o propiedad y que sean sancionados con pena mayor de un año, establecidos en cualquier ley estatal. También se adiciona a la asociación delictuosa para cometer cualquiera de los actos señalados.

El concepto de "aprobación" de la petición de intervención telefónica, se establece para el caso en que se inicie la intervención y después se solicite la autorización al juez competente, federal o estatal.

Cada solicitud de autorización o aprobación de intervención telefónica debe ser hecha por escrito por el juez competente bajo juramento y debe señalar a la autoridad que efectuará la intervención.

⁵⁰ La figura delictiva en E.U. "conspiracy" se traduce como acuerdo para delinquir. "Consignemos desde ya la definición más clásica y característica de la "conspiracy" que data de 1832 y se atribuye a Lord Denman: es el acuerdo de dos o más personas con intención de cometer un acto ilegítimo o un acto legítimo por medios ilegítimos; es una figura delictiva previa y diferente a la tentativa, así también, diferente a la autoría intelectual y a la asociación delictuosa". El Derecho Penal en los Estados Unidos de América. Hendler S. Edmundo. INACIPE 1992.

La solicitud debe contener la siguiente información.

1. Una declaración completa de los hechos y circunstancias relacionados con la petición, para justificar que la autorización de la intervención debe ser necesaria, incluyendo:

a) Los detalles en particular de los actos respecto de los que procede que van a ser, están siendo o serán cometidos.

b) Especificación de la naturaleza y descripción de las instalaciones o el lugar donde la comunicación va a ser interceptada (excepto, en casos federales, cuando la persona cambie constantemente de lugar para evitar la intervención)

c) Una descripción específica del tipo de comunicación que va a ser intervenida.

d) Identidad de la persona, si se conoce, que está llevando a cabo la conducta y cuales de las comunicaciones serán intervenidas.

2. Una relación completa de las solicitudes previas a la que se tramita, que sean conocidas por la autoridad que solicita, hechas a cualquier juez, referidas a cualquiera de las personas, comunicaciones o lugares especificados en la solicitud en trámite y la resolución en trámite y la resolución del juez que recayó en cada una de ellas.

3. El juez autoriza o aprueba la intervención telefónica en el territorio de su competencia (estatal o federal) si encuentra justificación de la solicitud.

4. Ninguna autorización puede ser otorgada por un periodo mayor del necesario para conseguir el objetivo de la intervención. En ningún caso el plazo será mayor de 30 días.

Puede autorizarse la continuación de la intervención a partir de nueva solicitud. El plazo de la prórroga no será mayor al que el juez considere necesario para el objetivo de la intervención y nunca mayor de 30 días y no puede autorizar situaciones diferentes a las que contenga la solicitud original.

En el caso de que la comunicación intervenida se efectúe en clave o en una lengua extranjera se considerará la participación de un especialista.

La intervención debe ser llevada a cabo por personal del gobierno o por particular bajo contrato actuando bajo la supervisión de un investigador u oficial de la ley autorizado para llevarla a cabo.

5. Independientemente de lo anterior, cualquier investigador u oficial de la ley especialmente designado por el Procurador (o funcionarios que pueden solicitar la autorización o aprobación en la federación o en los Estados), que razonablemente consideren que es necesario realizar una intervención telefónica antes de obtener la autorización, puede llevarla a cabo cuando exista una situación de urgencia que consista en peligro inmediato de muerte o de lesiones graves a cualquier persona, acuerdo para afectar a la seguridad nacional o para actividades relativas al crimen organizado.

Se deberá solicitar la aprobación de la intervención dentro de las 48 horas siguientes a su inicio. Si el juez no otorga la aprobación la intervención debe concluir inmediatamente.

Si no existe autorización o aprobación en los términos señalados, su contenido será considerado como obtenido en violación a las normas establecidas y deberá ser integrado y entregado a la persona señalada en la solicitud de autorización o aprobación (de quien se intervino la comunicación).

6. El contenido de una intervención telefónica, si es posible será grabado. La grabación debe ser hecha con las precauciones necesarias para protegerla de ediciones u otras alteraciones.

Inmediatamente a la conclusión del plazo de autorización o extensión del mismo, las grabaciones deberán ser entregadas al juez y selladas bajo sus indicaciones (siempre que deban usarse será prerequisite asegurarse de la existencia del sello). A partir de ello, la custodia queda a cargo de este funcionario.

Las grabaciones no puede ser destruidas excepto por orden del juez y en ningún caso podrán ser conservadas por más de 10 años.

Asimismo, el juez decidirá si pone a disposición de las partes o su defensa el contenido de las partes de la comunicación que vaya a ser usado en juicio y de las solicitudes y órdenes en las que resolvió que éstas serán utilizadas.

7. El contenido de cualquier comunicación intervenida o la evidencia derivada de éste, no será divulgado en ningún juicio sin que las partes hayan sido notificadas con diez días de anticipación.

8. Cualquier persona agraviada puede promover la supresión del contenido de una comunicación telefónica o de la evidencia derivada del mismo en los casos en que haya sido obtenido ilegalmente, la autorización no satisfaga los requisitos o la intervención no haya sido realizada conforme a los requisitos contenidos en la autorización o en la

aprobación. Esta solicitud debe hacerse antes del juicio (o durante el mismo si no hubo oportunidad de hacerla antes o la persona no conocía de las violaciones antes del juicio). Si la solicitud es aceptada, los contenidos y la evidencia, deberán ser considerados obtenidos como violación a la normatividad.

Al existir autorización legal para llevar a cabo intervenciones telefónicas en los países estudiados, las agencias de gobierno han desarrollado procedimientos y manuales para aprovechar esta posibilidad y para controlar operativamente (como es el caso de Estados Unidos, mismos que se revisaron pero que no se plasman en este estudio por razones de respeto a la confidencialidad de los mismos).

3.8. ASPECTOS QUE REGLAMENTAN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA.

Las legislaciones analizadas (España, Francia, Italia, Colombia y Estados Unidos) regulan los siguientes aspectos:

1.. Derecho protegido.

Inviolabilidad del derecho a la intimidad y privacidad, sólo limitado al caso de autorización judicial y cumplimiento las formalidades expresamente señaladas en la ley.

2. Sede de la normatividad.

- a) Constitución.
- b) Código Penal (federal y estatal).
- c) Código de Procedimientos penales (federal y estatal).
- d) En algunos países, además, en ordenamientos específicos.

3. Tipos delictivos.(Cuando no existe autorización judicial)

- a) Intervención ilegal (escuchar o grabar).
- b) Revelar el contenido de la comunicación (parcial o total).

c) Usar para cualquier otro fin el contenido de la comunicación obtenido por intervención.

d) Poseer, enajenar, fabricar, importar, adquirir, transportar, alquilar y/o instalar o usar equipo, en todo o en partes, para efectuar la intervención.

e) Tentativa de los anteriores.

f) Autoría intelectual de los anteriores.

g) Lqs resultantes de efectuar indebidamente la intervención telefónica autorizada o aprobada.

4. Agravantes.

a) Ser empleado o funcionario público.

b) Ser investigador privado.

5. Noticia del delito.

Estos delitos se persiguen por querrela (a instancia de parte) y de oficio (en casos específicos).

6. Fines de la intervención autorizada.

a) Obtener información (indicios) o comprobación de algún hecho o circunstancias relevantes, para ser utilizados en juicios.

b) Averiguación o investigación previa, en casos determinados con objeto de prevenir.

7. Casos autorizados.

Las legislaciones extranjeras coinciden en señalar los casos en forma limitativa.

8. Autoriza o aprueba la intervención.

El juez competente, para conocer del delito que se investiga.

9. **Mecanismos de control.**

- a) Autorización o aprobación judicial.
- b) Clasificación y devolución del contenido no aprovechable en juicio o destrucción de grabaciones y actas bajo control judicial

10. **Utilización del o de los contenidos de la intervención.**

- a) Como medio de prueba.
- b) Sólo para averiguación o investigación previa o preliminar para poder iniciar el procedimiento.

11. **Personas autorizadas para efectuar la intervención.**

- a) Ministerio Público (función)
- b) Policía Judicial (función) o agentes de corporaciones de apoyo al Ministerio Público (en ningún caso auxiliares indirectos del Ministerio Público que ejerzan función de Policía Judicial)
- c) Organismo exprefeso de Gobierno (en los casos específicos)
- d) Un particular especialista contratado por funcionario de gobierno autorizado para la intervención, que actúe bajo su supervisión (sólo Estados Unidos)
- e) Siempre se prohíbe a los particulares.

12. **Duración.**

- a) Se procura no mantener indefinidamente.
- b) Siempre se indica el plazo (de 15 a 90 días)
- c) Debe de establecerse en la solicitud la fecha y hora de iniciación.
- d) Puede ser prorrogada (mediante solicitud que reúna requisitos).
- e) Cuando existe imputado conocido se establece término fijo.
- f) En casos específicos, el término será hasta encontrar los elementos que permitan determinar si hay o no al ejercicio de la acción penal.

13. Excepción.

Abogados defensores del inculpado; cuando se considere necesario, notificar a Asociación de Abogados, salvo que haya declarado sobre los hechos o hubiere divulgado de otro modo el contenido.

14. Territorio de aplicación.

El territorio en el que se puede aplicar la intervención es en el que tenga jurisdicción el juez que autoriza o aprueba.

15. Sanciones.

Establecen sanciones a cada tipo, consistentes en multa, destitución, inhabilitación y/o prisión.

16. Procedimiento.

a) Puede iniciarse la intervención sin autorización en casos de urgencia expresamente señalados, solicitando al juez inmediatamente la aprobación.

b) Solicitud de autorización (antes de iniciar) o aprobación (durante la intervención en casos autorizados) por funcionario competente, en el plazo señalado por la ley.

c) Autorización (si se reúne los requisitos de la solicitud) o negación, en este último caso deberá concluir la intervención iniciada y devolverse a la persona intervenida lo obtenido.

d) Apertura de expediente por Ministerio Público (función).

e) Apertura de expediente judicial (integra solicitudes, aprobaciones de inicial y prórroga, actuaciones y grabaciones o transcripciones).

f) Participación de peritos en caso necesario (criptología, lengua extranjera o técnicos relativos al material y equipo de grabación).

g) Clasificación de contenido de aprovechable y no aprovechable en juicio (el no aprovechable es devuelto y las actuaciones relativas son destruidas).

h) Conservación del contenido bajo responsabilidad del juez (en el caso italiano se conserva por el Ministerio Público).

i) Notificación a la parte intervenida y su defensa para la revisión del contenido aprovechable en juicio.

j) Aportación del contenido en el juicio correspondiente en el que se resolverá si su obtención cumplió con las formalidades legales.

k) Destrucción del contenido en plazo determinado, a la conclusión definitiva de la acción pública o mediante resolución del juez cuando las partes acreditan que no será aprovechable en juicio.

l) Si la persona intervenida encuentra violaciones, puede solicitar al juez la resolución en el sentido de que el contenido de la comunicación fue obtenido con violación a la normatividad aplicable.

17. Caso de Seguridad Nacional.

En este supuesto no se considera la autorización judicial.

CAPITULO CUARTO

LA INTERVENCION TELEFONICA EN MEXICO

4.1. NECESIDAD DE AMPLIAR LA LEGISLACION DE LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA EN MÉXICO.

Al momento en que se realiza este estudio, presenta el país una grave crisis económica, pero más aún una peligrosa crisis de seguridad pública, con creciente presencia de la delincuencia organizada. Una acusada sensación de inseguridad conlleva alejamiento de la comunidad respecto de su autoridad y generación de demandas contradictorias en las que se pide por un lado, medidas radicales contra el delincuente, al mismo tiempo que se exige, por otro, el control de esas "medidas" a fin de no afectar al ciudadano.

En la actualidad, la inseguridad se presenta en una sociedad más informada que percibe que el delito y la inseguridad han crecido de tal manera que el ciudadano parece impotente ante el delincuente, siendo en ocasiones los propios agentes policiales los que integran las bandas de delincuentes o, por lo menos, las protegen, toleran o se benefician de sus actividades ilícitas, resultando ineficiente la autoridad para combatir a la delincuencia. También se aprecia que los métodos tradicionales de la policía, además de ser arbitrarios, se aplican indiscriminadamente.

Al respecto, una encuesta reciente, del 26 al 30 de junio de 1995, a 550 habitantes del Distrito Federal, que arrojó entre otros datos: el que 85% de los interrogados opinó que la delincuencia "actuación en forma organizada", el 61% dijo estar de acuerdo en "un

sistema penal más estricto, que no deje escapar a ningún criminal sin castigo, a riesgo de capturar en alguna ocasión a alguien inocente” puesto que en México, consideró el 79%, “no funcionan las leyes” obteniendo un mínimo porcentaje la confianza inspirada por los cuerpos de policía.⁵¹

Sin duda, el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 reconoce lo anterior cuando establece entre sus objetivos específicos, en tratándose de Seguridad Pública y Procuración de Justicia: “crear las condiciones que permitan al Estado combatir de manera frontal y más eficiente la delincuencia organizada, con una mayor y mejor profesionalización de los cuerpos de seguridad pública, una mayor cooperación entre los tres niveles de gobierno y con otros países, y una amplia revisión del marco legal y las disposiciones penales aplicables a este tipo de delincuencia”.

También en este rubro es objetivo específico del Plan:

“Lograr que los órganos responsables de procuración de justicia se constituyan en auténticos vigilantes de la legalidad y de la persecución de delitos. Así mismo que realicen sus acciones con base en un correcto ejercicio de las atribuciones que el orden jurídico nacional les ha conferido. Que la ciudadanía vea en los órganos de procuración de justicia auténticos servidores públicos, y no un obstáculo para la aplicación de la ley o, inclusive, una causa más de delitos y agravios en su contra. Que la legislación penal establezca instrumentos modernos y ágiles para la investigación de los delitos y con ello se pueda castigar pronta y eficazmente a quienes delinquen, sin dar lugar a las peligrosas inequidades y subterfugios que la población resiente”.⁵²

Lo anterior exige analizar la posibilidad de legislar sobre la permisibilidad de la intervención telefónica, sin menoscabo de los derechos fundamentales, dados los retos que impone principalmente la delincuencia organizada. Este análisis indicará si es factible o no

⁵¹ Periódico Reforma. 8 y 9 de julio de 1995.

⁵² Plan Nacional de Desarrollo. 1995-2000. Diario Oficial de la Federación. Tomo D. No. 21, México, D.F. 31 de Mayo de 1995. P. 21.

extender esta consideración hacia investigaciones que no corresponden al tipo de "delincuencia organizada", término incorporado en 1993 en la Constitución en el artículo 16 párrafo 7, al dar al Ministerio Público la facultad de poder duplicar el plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial, este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevé como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal".

Así, el concepto de delincuencia organizada queda incluido, de manera enunciativa, en nuestra Constitución. Su definición se encuentra en los códigos de Procedimientos Penales Federal y del Distrito Federal en los artículos 194 bis y 268 bis respectivamente, preceptos originados en las reformas legislativas del 10 de enero y 22 de julio de 1994 y en los que se conceptúa legalmente a la delincuencia organizada como aquella en la que: "tres o más personas se organizan bajo reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos alguno de los delitos previstos...". Estos delitos se encuentran enunciados de manera limitativa: terrorismo, sabotaje, evasión de presos, ataque a las vías de comunicación, trata de personas, explotación del cuerpo de un menor de edad por medio de comercio carnal, violación, homicidio doloso, secuestro, robo calificado, extorsión, despojo, tortura, piratería, uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, asalto en carreteras o caminos, posesión y tráfico de armas de fuego, narcotráfico, tráfico de indocumentados, lavado de dinero y falsificación de moneda.

De manera análoga nuestro Código de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz, en su artículo 128, define de igual forma la delincuencia organizada, pero a diferencia de los Código de Procedimientos Penales Federal y del Distrito Federal, no señala de manera limitativa los casos, sino que solo se preceptúa que: "algunos de los delitos señalados en el Código Penal"

Es importante indicar que al encontrarse definida la delincuencia organizada en los Códigos de Procedimientos Penales, tiene el efecto para considerar plazos más amplios de retención por el Ministerio Público sobre probables responsables. Sin embargo el 7 de Noviembre de 1996, se publica en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, Ley que en el último apartado del presente capítulo se comenta.

Las organizaciones delictivas suelen aprovechar adelantos científicos y tecnológicos para actuar através de las fronteras nacionales y aplicar estrategias globales que ningún Estado puede contrarrestar aisladamente.

Es necesario por tanto considerar la conveniencia de intervenir comunicaciones privadas y de investigar electrónicamente a los sujetos probablemente responsables de participar en la delincuencia organizada, siempre y cuando medie la autorización de un Juez que certifique la sustentación racional de los indicios con que cuenta la investigación, a fin de evitar la aplicación indiscriminada de esta medida. Asimismo es necesario dotar de validez procesal a las pruebas que se obtengan por esta vía.

En el rubro de "Estrategias y Líneas de Acción" del citado Plan Nacional de Desarrollo, en la parte correspondiente a la lucha contra el crimen organizado, se establece que se "...revisará la legislación penal sustantiva, a fin de que pueda sancionarse de manera directa, efectiva y con mucho mayor severidad a quienes se organicen para delinquir, o a quienes colaboren con ellos con anterioridad o posterioridad a la realización de los actos ilícitos...";³³ y se estima necesario revisar, por una parte las normas de organización y competencia de los órganos encargados de la investigación y persecución de los delitos, así como los métodos de investigación moderna que puedan utilizar en el cumplimiento de sus funciones y, por otra parte, la situación de quienes están encargados de vigilar el desempeño de los primeros.

³³ Idem. P:N.D. P. 23.

De manera explícita el Plan señala que la seguridad jurídica de los particulares y el respeto de los derechos fundamentales exige programas y mecanismos de control para que los agentes del Ministerio Público y de la Policía Judicial actúen en los términos que fija la ley, tanto en la fase de averiguación previa como en el proceso, reiterando, enfáticamente, el respeto a los derechos fundamentales -nombre que tomando las garantías mínimas, introducidas en la Constitución para la vida en sociedad-, puesto que es indudable que el derecho positivo mexicano tiene entre sus finalidades proteger a las personas contra toda conducta que afecte sus derechos y la integridad y libertad que consagra la Constitución y que regulan las leyes.

Sin embargo, "los derechos no siempre pueden respetarse y cumplirse. Hace falta disponer de medios para ello y dichos medios (crecimiento, seguridad, desarrollo técnico, equilibrio ecológico) no figuran como derechos fundamentales, pero sin duda son también valores y, a veces, condiciones necesarias para atender las exigencias de libertad, igualdad y dignidad"⁵⁴

El Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal en su Título Quinto referente a los delitos en materia de vías de comunicación y de correspondencia en el artículo 167 fracción IX antes de las reformas del 7 de Noviembre de 1996 decía:

"Se impondrá de uno a cinco años de prisión y multa de quinientos a cincuenta mil pesos:

IX. Al que dolosa o indebidamente intervenga la comunicación telefónica de terceras personas".

⁵⁴ CARRILLO PRIETO IGNACIO. Elementos de Política Jurídica. Estudios Varios U.N.A.M. 1992.P.62

Esta fracción fue aprobada el 29 de diciembre de 1980 y entró en vigor el 12 de enero de 1982. El sentir del Congreso de la Unión para la aprobación de la fracción referida, había sido creada por la necesidad de tipificar la actividad que debido a los avances técnicos han hecho posible que el hombre pueda violar la privacidad de otros, fue en el sentido de que en "...la descripción típica se precisaba la exigencia del dolo para la comisión del ilícito y se prevé además, en forma explícita, la antijuricidad de la conducta, al establecer que la intervención sea indebida, para dejar a salvo aquella que se justifica por derivarse de un derecho o un deber".⁵⁵

Sobre esta fracción García Ramírez precisa que el "...comportamiento que siempre se sanciona es a título de dolo; no caven la imprudencia ni la preterintención ... ha de ser indebida... es indiferente en cuanto a los sujetos activo y pasivo... el tipo se refiere a actos de interceptación, sin exigir ningún complemento... la descripción típica se contrae a intervención de comunicaciones telefónicas... el intervisor debe proyectar su conducta hacia la comunicación de terceras personas... es permisible la tentativa y son posibles los concursos... puesto que no hay calificativos especiales... la pena aplicable e en toda caso la misma".⁵⁶

El otro precepto que fue aplicable a la intervención telefónica fue el artículo 571 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, que establecía:

"Se castigará con la pena que establece 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..."

⁵⁵ Diario de Debates. Cámara de Diputados. Tomo II. No. 50, diciembre 29, 1980.P. 6.

⁵⁶ Protección Jurídico-Penal de las Comunicaciones Personales, Análisis y Propuesta. Revista Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año LVIII, No. 1, México, D.F. enero-abril, 1992. De. Porrúa.

En cuanto a este precepto, García Ramírez ha comentado que “se trata de un mandamiento anterior a la fracción IX del artículo 167 del código Penal... tiene más amplia cobertura la intervención, alternativamente con otros actos con autonomía : divulgación, revelación o aprovechamiento de lo que hubiese escuchado el sujeto activo... no se alude al medio por el cual se transmite la comunicación o, en todo caso, se intercepte o escuche ésta... ambos tipos incorporan un elemento normativo: indebidamente... no exige, de modo expreso, que la conducta sea dolosa... no exige de modo expreso, que la conducta, que puede ser de carácter material o moral... alude el contenido de la comunicación interceptada o utilizada... resuelve la punición de este comportamiento cuando el mensaje que escuche el Agente no esté destinado a él o al público en general... es un delito equiparable al de revelación”.⁵⁷

Además, García Ramírez, opina que “por lo que hace a la ubicación de la materia, habiendo un ordenamiento material de las comunicaciones públicas... éste debiera ser la sede para la tipificación penal del asunto...” no obstante, es necesario decir que en los últimos años el panorama actual ha cambiado, debido, entre otras razones, al crecimiento lamentable del crimen organizado.

4.2. EL ESPIONAJE TELEFÓNICO.

El tema de la intervención telefónica ha venido a ocupar, en los últimos meses, un relevante sitio en las noticias tanto periodísticas como televisivas; utilizando generalmente el término de “espionaje telefónico” que si bien, en estricto sentido no es incorrecto ya que la acción de espiar de acuerdo a la Academia de la Lengua significa “acechar disimuladamente lo que se dice o hace”, sin embargo, no es el más adecuado ya que generalmente se concibe al espionaje como la actividad que pone en peligro la seguridad de la nación sin referirse al derecho a la intimidad que deben gozar todas las personas.

⁵⁷ Idem.

La Enciclopedia Jurídica Omeba señala que: "Lo que verdaderamente y a efectos jurídicos caracteriza el espionaje no es ni el descubrimiento del secreto- político, económico o militar -ni el empleo del disimulo (puesto que puede obtenerse casualmente o por razón del cargo desempeñado), sino su revelación bien sea a terceras personas, bien sea de modo genérico, es decir, sin destinatario especial, siempre que la revelación signifique un peligro para la seguridad de la nación".⁵⁸

La legislación mexicana no utiliza el término espionaje para referirse a la intervención telefónica y ha tipificado la actividad del espionaje, tanto el realizado por los extranjeros como por mexicanos, en el Código Penal en el título relativo a los delitos contra la seguridad de la nación, en los artículos 127, 128 y 129.

El primer precepto señalado, se refiere a los extranjeros que realicen esta actividad, considerando tres supuestos: al extranjero que en tiempo de paz tenga relación o inteligencia con persona, grupo o gobierno extranjero para darle información o consejos que tengan por objeto llevar a cabo una posible invasión o alterar la paz interna; cuando proporcione, en tiempo de paz, sin autorización, documentos, instrucciones o cualquier dato de establecimientos o de posibles actividades militares, y por último señala la hipótesis para el extranjero que en tiempo de guerra tenga relación con el enemigo o proporcione cualquier información, instrucciones, documentos o cualquier ayuda que perjudique o pueda perjudicar a la Nación mexicana.

El artículo 128 se refiere a los mexicanos que revelen documentos o información confidencial de un gobierno extranjero a otro gobierno, si con ello perjudica a la Nación; y por último, el artículo 129, se aplica a la persona que tenga conocimiento de las actividades de un espía y su identidad y, no lo haga saber a las autoridades.

⁵⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo X. Buenos Aires. Pág. 756.

Una primera aproximación al concepto de intervención telefónica revela que ésta consiste en la obtención de información que se emita por medio de comunicación telefónica con la utilización de equipo sin autorización del emiteente para beneficio de un procedimiento institucional y con la autorización judicial previa o posterior, según sea el caso.

4.3. INVESTIGACIÓN PERIODÍSTICA AL RESPECTO.

Los días 15, 16 y 17 de julio de 1995 el periódico *Excelsior* publicó en primera plana una entrevista de su reportero Rafael Medina Cruz al ex comandante de la Policía Judicial Federal, Guillermo González Calderoni, el cual señaló- "C.S.G. me ordenó espiar a la oposición: González Calderoni"- en donde señala que efectuó acciones de espionaje a la oposición mediante intervención telefónica.

En el mismo sentido la revista "Proceso" publicó en diferentes números que van desde agosto de 1994 hasta mayo de 1995, artículos en los que señala que en México opera una amplia red de interceptación telefónica, estableciendo la existencia de centros de espionaje telefónico instalados en las principales ciudades del país, a cargo, al decir de la revista, de la Procuraduría General de la República en complicidad con teléfonos de México y telégrafos nacionales; subrayando la intervención telefónica como una técnica habitual, dispersa y sin un control central. Esta práctica es realizada " hasta fines de los años 70, 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 Procuraduría general de la República, los Servicios de Inteligencia de Gobernación y de la SEDENA, e incluso la DEA."⁹⁹

⁹⁹ Revista Proceso, número 949 del 9 de enero de 1995. Pág. 42

Por otro lado el periódico "El Financiero" del 8 de julio de 1995, hace una crónica de la intervención telefónica en donde de acuerdo con el testimonio de un ex comandante de la desaparecida Dirección Federal de Seguridad, miembro de la brigada especial y ex comandante de la Policía Judicial en Guerrero, Michoacán y Jalisco, especialista en infiltración y espionaje telefónica dice que " ... la orden de intervenir teléfonos es de la Secretaría de Gobernación ... y ahora el Centro de Investigaciones en Seguridad Nacional (CISEN)", sin embargo y de acuerdo con un diagnóstico sobre el CISEN que circulo a mediados de 1993 en forma restringida, el organismo ignora teorías y doctrinas estructuradas sobre seguridad nacional, sus prioridades sólo se identifican a partir de coyunturas sociopolíticas; su práctica de investigación de campo se realiza en forma primitiva, sin método científico de trabajo y con base en el conocimiento empírico del investigador, por lo que sus resultados son descriptivos, superficiales e insuficientes"

Retomando la entrevista realizada por el periódico "El Financiero" al ex comandante es preciso decir que el procedimiento de operación que señala para llevar a cabo la intervención telefónica mediante grabadora con cassette y monitoreo directo, consiste, fundamentalmente, en "... que un agente escuche las conversaciones telefónicas y las considere importantes la registre en un grabadora... la intervención se hace con lo que técnicamente se conoce como tapón. Es decir, una conexión en la línea telefónica que va directamente a un monitor (agente) donde se acciona la grabadora manualmente."⁶⁰

La entrevista concluye con la afirmación que el ex comandante hace y en donde afirma que entre los más "beneficiados con el espionaje que hacía Dirección Federal de Seguridad eran los capós del narcotráfico".

Es menester hacer notar que el procedimiento descrito en el párrafo anterior, en la actualidad resulta arcaico, ya que existen mecanismos mucho más modernos, con tecnología de punta que permiten la intervención tanto a los teléfonos celulares, como a las

⁶⁰ El Financiero. 8 de Julio de 1995. Pág. 13.

líneas telefónicas comunes sin necesidad de acercarse a las “cajas telefónicas”, como es el conmutador electrónico -multiplexor, el cual interviene automáticamente cualquier línea telefónica.

4.4. OBJETIVOS DE LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA EN MÉXICO.

Al ir desarrollando el tema de la intervención telefónica en México, sería necesario y primordial señalar cual serían los objetivos de ésta y tras una profunda investigación llegamos a la siguiente conclusión.

Los objetivos de las intervenciones telefónicas en México consisten, fundamentalmente, en: obtener información respecto de personas o grupos, delincuentes o no, de los diferentes sectores sociales, económicos o políticos en el marco de las denominadas **Seguridad Privada, Seguridad Jurídica, Seguridad Pública y Seguridad Nacional.**

Estos conceptos tienen su debida y necesaria función social en un Estado de Derecho. En este sentido trataremos de aproximarnos a la conceptualización de cada uno de ellos.

4.4.1. LA SEGURIDAD PRIVADA.

La concepción moderna de la seguridad privada es la identificación de los riesgos que puedan afectar la integridad de las personas, su patrimonio y su imagen o de las personas que están bajo su cuidado y la aplicación sistemática de medidas preventivas para, con la disminución de los riesgos que enfrentan, establecer y mantener un clima de seguridad que les permita continuar sus actividades productivas, sociales, culturales y recreativas.

4.4.2. LA SEGURIDAD JURÍDICA.

En cuanto a la seguridad jurídica ésta "consiste en la confianza que tiene en un Estado de Derecho el ciudadano al ordenamiento jurídico, es decir, al conjunto de leyes que garantizan la seguridad y el orden jurídico".⁶¹ Asimismo, DELOS, la define como "la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación".⁶² Sin embargo, esta concepción tan amplia de la seguridad jurídica "...es problemática en las actuales circunstancias de violencia social, ya que Seguridad jurídica, a nuestro entender, es un concepto fundamentalmente normativo que se relaciona estrechamente con la legalidad y con el Estado de Derecho."⁶³

4.4.3. LA SEGURIDAD NACIONAL.

El término seguridad nacional es un concepto relativamente moderno, su uso se inicia a partir de la segunda mitad del presente siglo.

La Constitución utiliza las expresiones seguridad interior y exterior de la nación, mismas que implican "...la idea de derechos en un sentido subjetivo, del pueblo mexicano: su soberanía, su derecho a autogobernarse, su derecho a ser independiente y a escoger su régimen político... no así el de seguridad nacional que conlleva elementos ideológicos que incorporan el concepto de interés como fundamento de una visión política".⁶⁴

El Plan Nacional de Desarrollo identifica como objetos de protección de la Seguridad Nacional a la capacidad de decisión interna con la realidad de la interdependencia; la pluralidad social y política con la unidad frente a los desafíos internos

⁶¹ Diccionario Jurídico Espasa-Calpe. España. Pág. 906.

⁶² Los fines del Derecho, Le Fur, et al, U.N.A.M. México 1975. Pág. 47.

⁶³ Seguridad Pública en México. Problemas, Perspectivas y Propuestas. González Ruiz Samuel, et al, U.N.A.M. 1995. Pág. 44 y 45.

⁶⁴ Idem. Pág. 45 y 46.

y exteriores; los compromisos constitucionales internos y las posiciones internacionales del país.⁶⁵

Precisa el Plan que la expresión concreta de nuestra soberanía consiste en preservar la integridad de nuestro territorio y asegurar en el mismo la vigencia del Estado de Derecho, con la supremacía de la Constitución Política y de las leyes que emanan de ella. Asimismo, son expresión de nuestra soberanía el definir objetivos propios de desarrollo, promoverlos en el país y en el extranjero, y el fortalecer nuestra identidad y nuestra cultura.⁶⁶

4.4.4. LA SEGURIDAD PÚBLICA.

La seguridad pública le encontramos definida como "... el conjunto de políticas y acciones coherentes y articuladas, que tienden a garantizar la paz pública, a través de la prevención y represión de los delitos y de las faltas contra el orden público, mediante el sistema del control penal y el de policía administrativa."⁶⁷

En el rubro de la "Seguridad Pública" destaca en lo que se refiere a las intervenciones telefónicas, la fase de procuración de justicia: actuaciones del Ministerio Público y Policía Judicial Federal y local. En estos casos es de considerarse que las investigaciones relevantes se resuelven a través de esta práctica, actualmente ilegal. No se soslaya, en lo relativo a la impartición de justicia, la aplicación de esta forma de obtención de información para el cumplimiento de órdenes de aprehensión o reaprehensión. Los particulares también aprovechan la facilidad de obtención de equipo y de servicios de "especialistas" para resolver sus propios intereses de manera extrainstitucional o por lo menos para contar con elementos suficientes para plantear demandas ante las autoridades; en otros casos se aplica esta posibilidad técnica con fines francamente delictivos.

⁶⁵ P.N.D. Pág. 12.

⁶⁶ P.N.D. Pág. 9.

⁶⁷ González Ruiz Samuel. op. cit. Pág. 49.

4.5. LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA COMO PREOCUPACIÓN ACTUAL.

La preocupación actual sobre la intervención telefónica se presenta en tres vertientes:

1. La que se refiere a utilizarla como instrumento procesalmente aceptado en la lucha contra la delincuencia organizada.
2. La difusión que se ha dado a información sobre comunicaciones telefónicas de gobierno relativas asuntos relevantes en investigación, y
3. La divulgación que se ha hecho de las comunicaciones telefónicas de funcionarios con particulares.

Es importante el aspecto del control de las actuaciones de las personas que llevan a cabo esta actividad de manera general. Desde luego amerita de control judicial, pero en la práctica se observa, por ser ilegal, la inexistencia total de mecanismos de control sobre estas actividades, lo que resulta una utilización indiscriminada de la información obtenida, en la mayoría de los casos, con fines diversos a los legalmente admisibles.

En caso de concluir en la reglamentación de la intervención telefónica, habrá de ser una importante preocupación la supervisión el control esta actividad.

Este aspecto del control no debe considerarse como accesorio sino como principal ya que, sin que se garantice su existencia sólo se legalizaría una actividad que no beneficiaría a instituciones sino que permitiría, ahora de manera legal seguir obteniendo información para su uso de personas y no de gobierno; para beneficios de unos y no de la sociedad.

Por supuesto, esta indicación se antoja de difícil cumplimiento y amerita de la existencia y vigencia de un proceso de profesionalización de los servidores de la seguridad pública, la que tiene como beneficio la garantía del cumplimiento de tareas conforme al objetivo institucional y a la expectativa social, así como el control corporativo de calidad.⁶⁸

Será necesario avocarse a resolver conjuntamente, la reglamentación de la intervención telefónica con el procedimiento de control, tanto formal como práctico, ya que sin el segundo la primera no cumpliría con el objetivo que se persigue.

Medidas de esta naturaleza habrán de ser valiosos auxiliares para el establecimiento y mantenimiento de condiciones de seguridad; sólo cuando coexistan en el marco integral y coherente de un sistema nacional de seguridad pública, donde personas y equipo se apliquen con método y supervisión al cumplimiento del fin institucional.

Sobre este aspecto, el defensor de los derechos humanos Sergio Aguayo Quezada opina que: "Dentro de esos controles está la dimensión jurídica, un reajuste de las leyes existentes o la creación de un comité o comisión que regule cómo, cuándo y por qué se va a espiar. Y qué procedimiento debe seguirse para espiar el teléfono de alguien, porque yo creo que algunos casos podría ser un recurso pero hecho legal"⁶⁹.

Es así como ningún derecho está garantizado con la existencia de la delincuencia; para afrontar esta problemática resulta, entonces, necesario fortalecer y adecuar, a los tiempos que vivimos, los instrumentos jurídicos constitutivos del sistema penal, que permitan garantizar los derechos del hombre dentro de la esfera de un Estado Democrático del Derecho.

⁶⁸ Hacia la Profesionalización de la Policía Judicial Federal Mexicana. Carrillo Prieto Y.; González Ruiz S. y Mendieta Jiménez E.P.P. 102 y 103.

⁶⁹ Revista Proceso, 949 del 9 de Enero de 1995. P. 44.

“El Derecho Penal no siempre ha cumplido el contenido de estos principios, no siempre ha atendido a la realidad que le subyace y, por tanto, no siempre ha sido instrumento eficaz. Debido a su ineficacia, las reformas han sido abundantes y cada vez más frecuentes”.⁷⁰

4.6. INTERVENCIÓN TELEFÓNICA AL CATEO.

(CRITERIO JURISPRUDENCIAL).

Existe un criterio establecido en la tesis que aparece en la ejecutoria pronunciada en el juicio de amparo directo 1993/86 de la Sala Auxiliar de la Suprema corte de Justicia, que asimila la intervención telefónica al cateo.

Esta tesis aislada se transcribe en su totalidad:

“ Es verdad que si de autos aparece que la Policía Judicial grabó una conversaciones telefónicas relacionadas con los acusados, pero no aparece que se haya recabado antes un 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 se 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

⁷⁰ La importancia y perspectivas de las reformas penales. Ciclo de mesas redondas. Procuraduría General

propiedades y privacidad, y no sólo lugares y objetos tangibles, en un sentido material y estrecho. La garantía de los cateos no sólo rige la toma de 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 interferir 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 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 interferir un teléfono para apoderarse del contenido de un aseveración oral.

Por tanto, si la interceptación telefónica no estuvo precedida de un orden judicial, se trata de un acto inconstitucional, y por ende, nulo de pleno derecho en sí mismo y en sus frutos.

En consecuencia se entendería permitidas las intervenciones telefónicas por la legislación mexicana, cuando cumplan las finalidades establecidas para la realización de los cateos.

Las formalidades establecidas por el artículo 16 constitucional para la realización de cateos exigen:

- a) Escrito de autoridad judicial autorizando;
- b) Lugar que ha de inspeccionarse;
- c) Persona o personas que hayan de aprehenderse;
- d) Objetos que se buscan, a lo que únicamente debe de limitarse la diligencia;
- e) Levantar al concluir acta circunstanciada en presencia de testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa por la autoridad que realice la diligencia.

No se debe dejar de señalar que se ha generado controversia por la asimilación de la intervención telefónica al cateo, ya que se argumenta lo siguiente:

Por lo menos en el caso del inciso b) en la gran mayoría de los casos, no se sabrá con anticipación con qué persona o personas se comunicará telefónicamente la persona identificada y se violará la identidad al escuchar, registrar y revelar el contenido de la comunicación sostenida.

El precepto constitucional tutela también la discriminación de objetos susceptibles de apoderamiento por la autoridad con permiso para ello, lo que no es posible de cumplir en tratándose de una comunicación que obtiene íntegra el contenido (ya existe apoderamiento) y ese acto se conoce violentando un derecho y causando un perjuicio de imposible reparación.

A mayor abundamiento, respecto al inciso e), se infiere que en todos los casos es necesario intentar la notificación personal al destinatario de la medida, lo que para el caso de las intervenciones anula de plano el fin perseguido por la autoridad.

4.7. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA .

Como es sabido nuestra Constitución está dividida en dos partes: Parte Dogmática y Parte Orgánica.

En su parte Dogmática, trata de los derechos fundamentales del hombre y contiene limitaciones del Estado frente a los particulares.

Y es precisamente en esa parte donde en Agosto de 1996, se reformó el mencionado artículo, agregando un párrafo más, el cual fue insertado después del anteriormente mencionado, en donde se establece por primera vez en nuestra Constitución, un apartado relativo a la comunicaciones privadas, el cual señala:

“Las comunicaciones privadas son **inviolables**. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la **libertad y la privacidad** de las mismas. Exclusivamente la **autoridad judicial 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 el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.”

A pesar de la gran importancia que incluye el párrafo mencionado, hay que tener presente que para solicitar a la autoridad judicial la intervención de comunicaciones privadas, se requiere de una estructura técnica muy costosa, corriéndose el riesgo de que los sistemas modernos de audio puedan distorsionar y alterar en su contenido con gran facilidad, resultando un poco inadecuado utilizar este tipo de intervenciones para justificar el combate contra el crimen organizado.

Al analizar el innovante párrafo transcrito con antelación podemos, constatar que teníamos razón al asemejar en cierto modo la forma de autorizar un cateo a una intervención telefónica, ya que entre ambos encontramos ciertas semejanzas, atreviéndonos a hacer una comparación entre los requisitos que se requieren para lograr dicha autorización.

R E Q U I S I T O S

CATEO

1. Lo expide una autoridad judicial
2. Se realizará por escrito.
3. En la orden de cateo deberá señalar el lugar que ha de inspeccionarse, la- o personas que hayan de- aprehenderse y los objetos que se----- buscan.

INTERVENCION TELEFONICA

1. Quien la expide es una autoridad judicial.
2. Señala que se hará por escrito.
3. Se expresará el tipo de intervención, los sujetos de la intervención, así como su persona duración.

A pesar de la similitudes que hay entre ambos, también es importante señalar que la intervención telefónica establece restricciones, tales como las que no se podrá otorgar dicha autorización para realizarla en materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

A diferencia del cateo, éste no establece los casos en que no podrá lograrse su autorización, entendiéndose que dicha autorización queda al libre arbitrio de la autoridad judicial que lo expida.

Se deja totalmente aclarado, que la anterior comparación, no se realiza con el fin de asemejar o comparar la intervención telefónica con el cateo en su esencia, sino únicamente de forma, en relación con sus requisitos, ya que como se puede apreciar el legislador tomó

muy en cuenta los requisitos para autorizar el cateo y así poder utilizarlas en la autorización de la intervención telefónica.

4.8. LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Al iniciar el presente el capítulo, se habló acerca de la necesidad de aumentar la legislación de la intervención telefónica en México y se explicaba que una de las modalidades que nos ha llevado a preocuparnos más por dicho aumento, es el crecimiento tan marcado que está realizando de manera desmedida la delincuencia organizada.

Sin embargo el 7 de Noviembre de 1996, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, "La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada", la cual en su artículo primero señala que su objeto es establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Agregando que sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional.

Por otro lado, la Ley en mención en su artículo segundo plasma el concepto de delincuencia organizada de la siguiente manera: "Cuando tres o más personas acuerdan organizarse o se organicen para realizar en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada", mencionando a continuación los siguientes delitos:

I. Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal;

II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población;

IV. Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud, y

V. Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366 y robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales.

Asimismo, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en su Título Segundo, Capítulo Cuarto titulado "De las órdenes de Cateo y de Intervención de Comunicaciones Privadas", establece todos los requisitos que deben reunir las solicitudes para poder intervenir una comunicación privada, las autoridades competentes para autorizarlas, el procedimiento que deberá seguirse una vez que se haya librado una orden para intervenir una comunicación privada e inclusive las sanciones a que se harán acreedores los servidores públicos que intervengan comunicaciones privadas sin la autorización judicial correspondiente o cuando revelen, divulgen o utilicen en forma indebida o en perjuicio de otro la información o las imágenes obtenidas en el curso de la intervención de comunicación privada.

El tema de la presente tesis es el "Análisis de la Intervención Telefónica en México y en otros Países", sin embargo es conveniente mencionar que el artículo 16 párrafo tercero de la Ley en comento, señala que podrán ser objeto de intervención las

comunicaciones privadas que se realicen de manera oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos así como por cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores; de ahí que la presente Ley no sólo se limitó a proteger las comunicaciones que al realizarse por vía telefónica sean interceptadas, sino que también extendió dicha protección a toda aquella comunicación que por el sólo hecho de ser privada, es ya una garantía individual consagrada en el artículo 16 Constitucional, párrafo noveno y décimo.

Atinadamente al publicarse la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se reformó el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, tipificándose en el artículo 211 bis la revelación, divulgación o utilización de secretos indebidamente o en perjuicio de otro, información o imágenes obtenidas en una intervención de comunicación privada, aplicándose en su caso las sanciones correspondientes de seis a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días de multa.

A pesar de que se empieza a legislar la intervención de comunicaciones en nuestro Derecho, sería importante que la legislación fuera abundante al respecto, pues las necesidades de la sociedad en la cual vivimos exigen cada vez más la creación de leyes que estén de acuerdo con el tiempo en que nos encontramos.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo hemos analizado los conceptos que son objeto de reglamentación legal en España, Francia, Italia, Colombia y los Estados Unidos de América, así como la revisión de diversas constituciones políticas que permiten desde su propio texto normativo la intervención telefónica, y al adentrarnos posteriormente al surgimiento de esta figura en nuestro sistema jurídico mexicano, sin olvidar que la misma surge con la finalidad de combatir la delincuencia organizada, llegamos a las siguientes conclusiones:

PRIMERA.-La delincuencia es una manifestación social negativa, que también cambia. Algunos individuos y grupos dedicados al crimen se modernizan y perfeccionan su organización y formas de operación, en consecuencia, los responsables de enfrentarlos en el marco del derecho y sólo en él, deben precisamente actualizarse, agilizar sus procedimientos y mejorar su organización y capacidad de respuesta.

SEGUNDA.-La práctica de intervenir una comunicación telefónica no es reciente, sino por el contrario su modo de realizarla ha ido evolucionando de acuerdo con los avances tecnológicos que se van suscitando con el devenir del tiempo.

TERCERA.-Por lo tanto, al hablar de intervención telefónica, no estamos hablando de un tema sencillo; por el contrario, prohibirlo o regularlo son opciones que pueden provocar, a su vez consecuencias negativas. Prohibirlo implicaría obstaculizar el

diseño y el establecimiento de medios del Estado tendientes a mejorar sus tareas de investigación judicial. Regularlo sin el debido cuidado, por otro lado, podría provocar que se vulneraran los derechos fundamentales de la persona.

CUARTA.- Actualmente la intervención telefónica se encuentra regulado como una garantía individual, la cual se encuentra plasmada en los párrafos noveno y décimo del artículo 16 Constitucional, transformándose *ipso facto* en una potestad inherente a la persona humana, pudiendo ser exigible su respetabilidad ante cualquier autoridad.

QUINTA.- Es importante señalar, que la Constitución al legislar en su artículo 16, párrafo décimo la intervención telefónica, establece: "...que los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos (requisitos), carecerán de todo valor probatorio." No obstante lo anterior nuestra Ley suprema, da a la figura en estudio un matiz, no de prueba únicamente, pues señala en el párrafo noveno del citado artículo que la Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, empezando a ser sancionada cuando su realización sea ilegal. Encontrándose ya tipificada de manera muy breve en el artículo 211 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Fuero Federal.

SEXTA.- La Creación de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, ha sido un paso muy importante, toda vez que vino a dar respuestas a todas aquellas dudas que con motivo de la evolución del crimen organizado, en momento surgieron. Dicha Ley vino a reformar, adicionar y derogar diversas disposiciones del Código Penal para el D.F. en Materia de Fuero Común y para toda la República en Fuero Federal; del Código Federal de Procedimientos Penales; de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

Antony y Ripoll, Daniel.
Combate contra el crimen organizado en Francia y en la Unión Europea.
Junio, 1995.

Burgoa, Ignacio.
El Juicio de Amparo.
Editorial Porrúa.
México, 1994.

Burgoa, Ignacio
Garantías Individuales.
Editorial Porrúa.

Carrillo Prieto, Ignacio.
Elementos de Política Jurídica.
Estudios Varios.
U.N.A.M., 1992.

Cueto Rua Julio
El Common Law.

Carrillo Prieto Y; González Ruiz y Mendieta Jiménez E.
Hacia la profesionalización de la Policía Judicial Federal Mexicana.

Castro, Juventino V.
Garantías y Amparo.
Editorial Porrúa.
México, 1995.

De Vedia y Mitre.
Historia de la Ideas Políticas.
Tomo I.

Diccionario Jurídico Espasa-Calpe.
España.

Enciclopedia Jurídica Omeba.
Tomo X.
Buenos Aires.

Gettel, Raymond G.
Historia de las Ideas Políticas.
Tomo I.

González Ruíz, Samuel et al.
Seguridad Pública en México.
Problemas, Perspectivas y Propuestas.
U.N.A.M., 1995.

Hendler S., Edmundo.
INACIPE, 1992.

Kelsen, Hans.
Teoría General del Estado y del Derecho.
Editorial, Porrúa.

López de Haro, Carlos.
La Constitución y Libertades de Aragón.

Los fines del Derecho, Le Fur, et al.
U.N.A.M., México, 1995.

Montiel y Duarte, Isidro.
Estudio sobre Garantías Individuales.
Editorial Porrúa.
México, 1995.

Pelletán, Eugenio.
La Profesión de Fé del siglo XIX.

Rabasa, Emilio.
El Juicio Constitucional.
Editorial Porrúa.

Recaséns Siches, Luis.
Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX.

Romero Vargas Iturbide, Ignacio.
Organización Política de los Pueblos de Anáhuac.

LEGISLACION CITADA

Código de Procedimientos Penales de Francia. 1994.

Códigos Españoles.
Tomo VII, Introducción por F. de P. Díaz de Mendoza, Digesto.
Edición 1872. Madrid.

Código Penal.
España de Tecnos.
Junio de 1994.

Código Penal.
Pereira Monsalve Luis.
Colombia, 1994.

Código Comentado Título 18.
Crímenes y Procedimientos Criminales 1995.

Código Penal Federal.
Ediciones Delma.

Código Penal del Estado.
Editorial Cajica.

Constitución Norteamericana y su actual significado.
Edward S. Corvin.

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.
Editorial Porrúa.

Constitución de la República Italiana.
Editorial Colombo.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre.
1948.

Ley del Enjuiciamiento Criminal.
España De Tecnos.
Julio, 1994.

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Nuevo Código Penal y de Procedimientos Penales de Italia.
1991.

Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000.
Diario Oficial de la Federación.
Tomo D.

OTROS

Congreso sobre el delito 1990.
Cooperación Internacional en Materia de Prevención del Delito y Justicia Penal.
Publicado por el Departamento de Información Pública de la Naciones Unidas.

Diario de Debates. Cámara de Diputados.
Tomo II No. 50.
Diciembre 29, 1980.

El Financiero.
Julio 8, 1995.

Importancia y perspectivas de las reformas penales.
Ciclo de mesas redondas.
Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
Febrero, 1994.

México ante el pensamiento jurídico-político de Occidente.
Revista.

Periódico Excélsior.
Junio 14, 1995.

Periódico Reforma.
Julio 8 y 9, 1995.

Proceso No. 949.
Enero 9, 1995.

Proceso No. 970.
Junio 5, 1995.

Protección Jurídica Penal de las comunicaciones personales.
Análisis y propuesta.
Revista criminalia.
Academia Mexicana de Ciencias Penales.
Año LVIII No. 1.
México, D.F.
Enero-Abril, 1992.
De Porrúa.