

## LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1996

Jesús ZAMORA PIERCE\*

SUMARIO: I. *La intervención de comunicaciones privadas.* II. *La libertad caucional.*

Por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de julio de 1996, en vigor al día siguiente, el Constituyente Permanente reformó y adicionó los artículos 16, 20, fracción I y penúltimo párrafo, 21, 22 y 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A continuación haremos algunos comentarios de los que se ocupa la reforma: la intervención de comunicaciones privadas y la libertad caucional.

### I. LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS

La iniciativa propone se adicionen dos párrafos al artículo 16 constitucional, como noveno y décimo, cuyo texto sería el siguiente:

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

\* Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

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

El texto original de la Constitución de 1917 no mencionaba las comunicaciones privadas, ni para establecer el derecho a su inviolabilidad, ni para autorizar su intervención. El Constituyente se preocupó, únicamente, de proteger de todo registro la correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, y de sancionar penalmente su violación. El olvido del Constituyente se explica por el hecho de que, a principios del siglo XX, las comunicaciones telefónicas no se encontraban tan difundidas como en la actualidad, y no existían las intervenciones de las comunicaciones privadas (telefónicas y de otro tipo). Quiere esto decir que, en este, como en tantos otros casos, la necesidad de la reglamentación legal surge como resultado de avances tecnológicos que hacen posible la realización de conductas antes no concebibles.

El tema de la intervención de las comunicaciones privadas surgió a fines de 1995, con motivo de una iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que proponía que se permitiera al Ministerio Público la intervención de las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas, el acceso a bancos y sistemas informáticos, computacionales o similares, conectados a los sistemas telefónicos o la colocación secreta de medios de escucha en domicilios o videgrabaciones en algún lugar privado.

Los juristas mexicanos se vieron llamados a opinar sobre el tema sin contar con antecedentes legislativos, doctrinarios o jurisprudenciales en que apoyarse.

Ignacio Burgoa, en un artículo no publicado, fue de la opinión que la intervención de las comunicaciones privadas constituían una violación a la garantía de libre manifestación de las ideas. Dijo Burgoa:

El artículo 6 de la Constitución establece esta garantía, que sustancialmente implica el derecho humano de libre manifestación de las ideas, en cuanto que ésta “no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público.

La inquisición entraña la investigación o averiguación de cualquier idea que se externe por medios escritos u orales a través de cualquier aparato, mecanismo tecnológico como el teléfono y la radiodifusión principalmente. Es evidente, que en una transmisión radiofónica se manifiestan múl-

tiples ideas, sin cuyo acto tal conversación transmisión carecería totalmente de sentido.

La intervención de comunicaciones telefónicas y la vigilancia electrónica a que se refiere el artículo 21 de la ley propuesta (se refiere al anteproyecto de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada) son actos que implican una inquisición administrativa de la manifestación de las ideas a través del teléfono, de la radiotelefonía, de los sistemas informáticos, computacionales y otros, sin que esa inquisición incida en ningún caso que limita la libertad de manifestación de las ideas previsto en el artículo 6o. constitucional, toda vez que tal artículo 21 atribuye al Ministerio Público la facultad arbitraria y subjetiva de ordenar la citada intervención cuando “la considere necesaria”, sin que por medio de las ideas que se expresen a través de los sistemas de comunicación que el mismo precepto menciona, se ataque a la moral, los derechos de tercero, se provoque algún delito o se perturbe el orden público. Ese artículo 21, significa una grave afrenta al derecho humano de libertad de expresión del pensamiento y se antoja como un instrumento dictatorial para coartar y prohibir su ejercicio fuera de los casos que indica el artículo 6o. constitucional.

No compartimos la opinión de Burgoa. Manifestar una idea quiere decir tanto como declararla, darla a conocer, descubrirla, mostrarla, ponerla a la vista, exponerla públicamente. Así pues, el artículo 6o. de la Constitución consagra el derecho a hacer pública una idea, y prohíbe a las autoridades el inquirir judicialmente o administrativamente sobre esa manifestación. Es decir, la garantía no permite al Estado que impida la manifestación de las ideas.

El texto agregado al artículo 16 constitucional, y objeto de nuestro estudio, se refiere, en cambio, al derecho de mantener las comunicaciones privadas fuera del conocimiento de terceros.

Es cierto, que ambas garantías guardan alguna relación entre ellas, puesto que las dos protegen, de alguna forma, la comunicación de ideas, pero la forma en que lo hacen es totalmente contraria: La garantía del artículo 6o. protege el derecho de hacer pública una idea; la garantía del artículo 16 consagra el derecho de impedir que se haga pública una comunicación privada.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en algunas ejecutorias de las que fue ponente el Ministro Guillermo Guzmán Orozco, tendió a proteger las comunicaciones telefónicas dentro de la garantía de inviolabilidad del domicilio que consagra el artículo 16 constitucional

y a permitir su intervención en términos semejantes a los que ese artículo exige para una orden de cateo. Dice la Corte:

Instancia: Sala Auxiliar

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Época: 7A

Volumen: 217-228

Parte: Séptima

Página: 75

RUBRO: CATEOS. T

TELÉFONOS INTERVENIDOS

TEXTO: Es verdad que, si de autos aparece que la policía judicial grabó unas conversaciones telefónicas relacionadas con los acusados, pero no aparecen que se haya recabado antes una orden judicial para ello, ni que pericialmente se haya determinado que las voces eran de las personas a quienes se atribuyen, esas cintas carecen de valor probatorio en juicio. El artículo 16 constitucional señala que sólo la autoridad judicial podrá expedir órdenes de cateo, en las que se indicará el lugar que ha de inspeccionarse y los objetos que se buscan, a lo que ha de limitarse la diligencia. Es de notarse que ese precepto fue aprobado en el año de 1917, cuando no eran previsibles para el constituyente los avances técnicos de la electrónica, que permiten realizar, en perjuicio de los particulares, actos tan nocivos como los que previeron en 1917, y de naturaleza sustancialmente 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 vive en libertad, con dignidad, y no en un Estado policíaco. Y 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, y a sus propiedades y privacidad, y no sólo lugares y objetos tangibles, en un sentido material y estrecho. La garantía de los cateos no sólo rige 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 de 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 en rigor, dada la tecnología actual, un cateo, en el significado sustancial del artículo 16. Hay que determinar cuál es el valor protegido por la garantía, y seguirlo protegiendo con-

tra los avances de la tecnología, para evitar que ésta se vaya convirtiendo en letra muerta en la garantía. Así pues, debe mediar el 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 sustancialmente lo mismo efectuar un cateo para apoderarse de una aseveración escrita, que interferir un teléfono para apoderarse del contenido de una aseveración oral. Por tanto, si la interceptación telefónica no estuvo precedida de una orden judicial, se trata de un acto inconstitucional y, por ende, nulo de pleno derecho en sí mismo y en sus frutos.

PRECEDENTES:

Amparo directo 1993/86. Fernando Karam Valle y otro, 31 de marzo de 1987, 5 votos, ponente: Guillermo Guzmán Orozco.

El autor de la iniciativa, fue de la opinión que es necesario proteger a las comunicaciones privadas con una garantía específica que las haga inviolables. Propone, además, que se sancione penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Pero no delimita con precisión cuáles son las autoridades que pueden intervenir las comunicaciones, y ese es el punto más criticable de la reforma. Recordemos, en efecto, que la posibilidad de intervenir las comunicaciones privadas surgió como instrumento excepcional de poder, destinado, únicamente, a la lucha contra la delincuencia organizada. Luego entonces, tan sólo el Ministerio Público federal, en sus investigaciones contra la delincuencia organizada, debería ser autorizado para intervenir comunicaciones. El contexto de la reforma dice, en cambio, que la autoridad judicial federal podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada “a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente”. La facultad, que debió haber sido reservada al Ministerio Público federal, ha sido ampliada, no solamente al Ministerio Público local, sino a todas y cada una de las autoridades federales, a condición de que las faculte la ley, cualquier ley. Ya no queda en manos de la Constitución el limitar esta facultad extraordinaria.

Es cierto que el propio legislador, al parecer, se dio cuenta de los peligros potenciales que encerraba la norma, y trató de limitarla diciendo: “La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuan-

do se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor”. Nos preocupa, no obstante, que la designación genérica de la autoridad competente (todas las autoridades federales) o quede suficiente ni adecuadamente delimitada con la enumeración de materias excluidas. Opinamos que sólo los delitos, y, entre ellos, únicamente graves, revisten una importancia tal que, justifique la intervención de las comunicaciones privadas.

## II. LA LIBERTAD CAUCIONAL

El decreto reforma el artículo 20, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece el derecho del inculcado penal a la libertad provisional bajo caución. El texto ahora en vigor dispone:

Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculcado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y prejuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculcado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional.

La fracción I del artículo 20 constitucional es el texto más frecuentemente reformado, de aquellos que integran el capítulo de las garantías individuales. En efecto, el texto original ha sido reformado por decretos pu-

blicados en el *Diario Oficial de la Federación* del 2 de diciembre de 1948, del 14 de enero de 1985, y del 3 de septiembre de 1993. La reforma que estamos estudiando es, pues, la cuarta.

La comparación del texto reformado con el texto anteriormente vigente de la fracción I, nos permite identificar dos temas en los cuales incide la reforma y que requieren comentario: la identificación de las personas que pueden gozar de esa libertad.

Conforme al texto inmediato anterior, todos los procesados tenían derecho a gozar de la libertad caucional, con excepción de aquellos a quienes se les imputan delitos graves, que no permitían la libertad. La reforma, por su parte, eleva a tres el número de hipótesis en las que el procesado no tiene derecho a la libertad: 1) cuando se le impute un delito grave, 2) en caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley, y 3) en caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, cuando éste aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

La iniciativa ha hecho desaparecer los límites claros, netos y precisos que siempre han existido en nuestro derecho entre aquellos casos en que el procesado tenía derecho a la libertad caucional y aquellos otros en que carecía de este derecho. En efecto, desde 1917 hasta el 3 de septiembre de 1994, fecha en la que entró en vigor el decreto del 3 de septiembre de 1993, el límite era la pena media aritmética aplicable al delito que se imputaba al procesado, cuando ésta era mayor de cinco años no permitía la libertad bajo caución. Posteriormente, del 3 de septiembre de 1994 hasta el día de hoy, el límite ha sido el concepto de delito grave, tiene derecho a la libertad todo procesado, excepto aquel a quien se le impute un delito calificado de grave por la ley. Ahora, en términos de la iniciativa, no tienen derecho a la libertad bajo caución los procesados a quienes se impute un delito grave, y tampoco lo tienen aquellos a quienes se impute un delito no grave, si, a criterio del Ministerio Público y del juez, “la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad”. Ese “riesgo”, que la Constitución no precisa, abre una puerta ancha al arbitrio, y, en consecuencia, a la posible arbitrariedad, de las au-

toridades. El día de hoy, todo procesado corre “riesgo” de verse negar el beneficio de la libertad bajo caución.

Le asiste razón al autor de la reforma cuando considera que, en ciertos casos y en determinadas circunstancias, no debe concederse la libertad. Le asiste, también, cuando opina que no es posible individualizar adecuadamente una regla inflexible como lo son la pena media aritmética o el delito grave. Le es reprochable, en cambio, que haga depender la libertad de la existencia, de “un riesgo” que no identifica, siendo así que está identificado y debió serlo en el texto constitucional.

En efecto, el derecho comparado acepta, que la prisión preventiva sin goce de libertad caucional se justifica en los siguientes casos: a) para impedir que el procesado huya, b) para impedir que el procesado cometa un nuevo delito, y c) para impedir que el procesado obstaculice el proceso.<sup>1</sup>

En cuanto al derecho mexicano, el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de enero de 1991, que reformó, entre otros, los artículos 399 del CFPP y 556 del CPPDF, para permitir al juzgador conceder la libertad provisional al procesado en casos en que la pena del delito imputado rebasaba el término medio aritmético de cinco años de prisión, exigía la satisfacción, entre otros, de los siguientes requisitos: “III. Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia y IV. Que no se trate de personas que, por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirán la acción de la justicia”.

Las propias Comisiones Unidas de Estudios Legislativos, Primera Sección, del Distrito Federal, de Puntos Constitucionales y de Justicia, del Senado de la República, al rendir su dictamen sobre la iniciativa de reforma constitucional que estamos estudiando, dijeron: “El objetivo en la reforma constitucional es evitar que se permita la libertad a individuos que pueden aprovechar esta garantía para cometer nuevos ilícitos o para evadir la acción de la justicia”.

Ahora debemos luchar, para que la ley procesal penal consagre estas tres hipótesis (riesgo de fuga, riesgo de comisión de nuevo delito y riesgo de que se obstaculice el proceso) como las únicas en las cuales podrá el

1 Koering-Joulin, René, “The preparatory phase of the criminal proceeding: Major trends in European jurisprudence”, en *The Criminal Process and Human Rights*, Dordrecht, Boston, London, Mantinus Nijhoff Publishers, p. 19; Spencer, John, “Criminal procedure in England” *The Criminal Process and Human Rights*, Dordrecht Boston London, Mantinus Nijhoff Publishers, p. 70.

Ministerio Público pedir que se niegue y el juez negar el beneficio de la libertad caucional.

Por último, y por lo que hace a las cauciones que deben otorgarse para gozar de la libertad caucional. En el derecho mexicano, y hasta antes de la entrada en vigor del decreto del 3 de septiembre de 1993, el procesado se encontraba obligado a otorgar una única caución, que servía para garantizar que se sometería a las consecuencias del proceso. Si el procesado huía, esa caución se hacía efectiva en beneficio del Estado. Habiendo entrado en vigor el decreto del 3 de septiembre de 1993, el legislador ordinario, por decreto del 10 de enero de 1994, reformó, entre otros, los artículos 399 del CFPP y 556 del CPPDF, para exigir que el procesado otorgue tres diversas garantías para poder gozar de la libertad caucional: una por el monto estimado de la reparación del daño, otra por las sanciones pecuniarias que, en su caso, puedan imponérsele y una tercera para caucionar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso. Las cauciones deben otorgarse por separado, pues, en caso de revocación de la libertad caucional, tendrán diferente destino: la garantía relativa a la reparación del daño se hará efectiva a favor de la víctima o del ofendido por el delito, en tanto que las que versen sobre las sanciones pecuniarias y para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del proceso se harán efectivas a favor del Estado (artículo 569, CPPDF; artículo 417, CFPP). Estas normas procesales se fundaban en el texto de la fracción I, en vigor hasta el 3 de julio de 1996, que ordenaba al juez otorgue la libertad bajo caución al procesado “siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que, en su caso, puedan imponerse al inculpado”. Texto muy elogiado por cuanto se preocupa por garantizar a la víctima del delito el pago de la reparación del daño sufrido.

El texto de la iniciativa presidencial conservaba textual la exigencia de esa doble caución de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias. También el estudio y dictamen de la iniciativa, elaborado por la Cámara de Senadores, (del 28 de marzo de 1996), reiteraba, en los mismos términos, el requerimiento invariable al inculpado de que garantizara la reparación del daño y las sanciones pecuniarias como condición para gozar de la libertad. Pero el proyecto de decreto elaborado y aprobado por la Cámara de Senadores (del 1o. de abril de 1996), inexplicablemente, elimina toda mención a esas dos garantías. En su lugar nos deja únicamente un párrafo segundo que dice:

El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponérsele al inculpado.

Como vemos, la Constitución ya no exige la garantía de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias como un requisito previo indispensable para el otorgamiento de la libertad, tales garantías ya no son una condición *sine qua non* de la libertad. Ahora, la Constitución apenas si menciona la reparación del daño y la sanción pecuniaria como meros puntos de referencia, entre otros, que el juez debe tomar en cuenta “para resolver sobre la forma y monto de la caución”. Y se refiere a ésta, repetidas veces, en singular, como caución única.

Luego entonces, hemos vuelto al sistema de caución única, destinada a garantizar el cumplimiento de las obligaciones procesales; y los artículos 399 del CFPP y 556 del CPPDF, y sus relacionados, han perdido el indispensable apoyo constitucional; y la víctima ha perdido su derecho a que se le garantice el pago de la reparación del daño... al menos hasta la próxima reforma al artículo 20, fracción I.