

ALGUNAS OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA FUTURA REFORMA CONSTITUCIONAL, CON ESPECIAL MENCIÓN A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Rodolfo FÉLIX CÁRDENAS

I. Introducción. II. Reforma constitucional y Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada de 1996. III. Decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentado por el presidente Felipe Calderón Hinojosa al Senado de la República en marzo de 2007. IV. Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados con Proyecto de Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga diversas disposiciones de la Constitución Política.

I. INTRODUCCIÓN

Es de todos conocido que el sistema de enjuiciamiento penal mexicano tiene serias fisuras, por decir lo menos. La inercia que desde años atrás se viene experimentando para abandonarlo y trasladarse a otra vía de enjuiciamiento que se caracterice por su transparencia y eficacia ha conllevado a la formulación de numerosas iniciativas de reforma al texto constitucional,¹ la más reciente, aprobada ya por el Congreso de la Unión circula por las entidades federativas y el Distrito Federal en búsqueda de su voto aprobatorio.²

¹ Véase Moisés MORENO HERNÁNDEZ, "Retos y perspectivas de la reforma penal", en *Examen*, núm. 157, año XIX, marzo de 2008, pp. 27 y 28.

² Ello para culminar el proceso de reforma constitucional en términos del artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La reforma constitucional, que se anuncia como un hecho, toca diversos artículos del texto de la Carta Magna, a pesar de ser objeto de mayor publicidad lo que ya, como lenguaje común, se suele denominar como juicio oral,³ cuya referencia continua por sus promotores se muestra como la mejor moneda –por no decir la única– de dicha reforma.

No debe perderse de vista, sin embargo, que la reforma constitucional va más allá de la propuesta de un nuevo sistema de enjuiciamiento penal; ciertamente presenta algunos temas que me parecen plausibles, por citar sólo algunos, coincido con García Ramírez⁴ en la adopción de medidas alternativas para resolver los conflictos, el fortalecimiento de la defensoría pública y de los derechos de la víctima, como el que se busque privilegiar la libertad, entre otros; sin embargo, dicha reforma toca a la vez otros aspectos también relevantes respecto de los cuales la referencia ha sido menor, a no ser en los distintos foros especializados en que se ha venido discutiendo el tema;⁵ me refiero a la regulación que se propone con relación a la delincuencia organizada; a la nefanda propuesta del uso de grabaciones entre interlocutores que revelen algún hecho delictivo,⁶ como a la intervención de las

³ Esta expresión –juicio oral– no es acertada para denominar lo que se quiere presentar como un sistema de enjuiciamiento penal distinto, al ser tan sólo la referencia a una etapa procesal, si bien importante y característica de éste, pero que no debe confundirse con un sistema de corte acusatorio que es en realidad en lo que consiste la propuesta formulada.

⁴ Véase Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “¿Agua y veneno? Doble sistema penal”, en *Examen*, núm. 157, año XIX, marzo de 2008, pp. 16 y 17.

⁵ Ha encabezado la discusión, desde la iniciativa presentada al Senado de la República en marzo de 2007 por el presidente Felipe Calderón Hinojosa, el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal organizador del Foro: “La Reforma Penal en México. Análisis, críticas y perspectivas”, celebrado en sus instalaciones de la ciudad de México del 23 al 27 de abril de 2007, cuyos trabajos se recogieron en la publicación: “La Reforma Penal. Análisis, críticas y perspectivas”, en la revista *Sistema Penal*, edición especial, agosto de 2007, del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; también en el Foro de discusión organizado por el mismo Instituto de Formación Profesional: “La Reforma constitucional en materia penal y seguridad pública”, celebrado del 7 al 11 de enero de 2008 en sus instalaciones; así como en el Foro de discusión: “Los estados ante la Reforma constitucional en materia penal”, organizado por el mismo Instituto de Formación Profesional, con la Procuraduría General de Justicia del Estado de Veracruz y con la participación de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y la Procuraduría General de la República, celebrado en la ciudad de Xalapa de Enríquez los días 8 y 9 de enero de 2008.

⁶ Me refiero aquí a lo que prevé el artículo 16 constitucional en lo que vendrá a ser su décimo tercer párrafo al señalar: Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancio-

comunicaciones privadas que, si bien no se toca como tal de manera expresa, a mi entender se ve afectada por la reforma constitucional misma; de estos aspectos me ocuparé a continuación.

II. REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA DE 1996

En el año de 1995, los instrumentos jurídicos con los que contaba el Estado mexicano no tenían la capacidad de rendimiento para hacer frente a la delincuencia organizada. En aquel entonces, la Procuraduría General de la República fue la promotora en la búsqueda de posibles soluciones para ello; así, se integró un grupo interinstitucional de trabajo y se decidió acudir al extranjero para tomar nota de la experiencia de países como Colombia, Estados Unidos, Italia, España y Francia; se trataba de conocer de mejor manera cómo en estos países se estaba atacando ese fenómeno delictivo.⁷ La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en aquel entonces a cargo del Dr. José Antonio González Fernández, también tuvo presencia y participación en esos lugares.⁸ El resultado de los trabajos condujo a la elaboración, ya en 1996, del Proyecto de la que hoy conocemos como Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.⁹

ará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, *excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.*

⁷ El grupo de trabajo se integró por distintos sectores y actores; unos cubrieron alguna o algunas etapas otras todas; entre ellos se encontraban por la Procuraduría General de la República el Dr. Moisés Moreno Hernández, el Dr. Samuel González Ruiz, el Dr. Mario Estuardo Bermúdez, el licenciado José Luis Santiago Vasconcelos; por la Presidencia de la República el abogado Fernando Gómez Mont y como legisladores acudieron Eduardo Andrade Sánchez, José Ángel Conchello, Eduardo Zapata Perogordo, Eduardo González Alcocer, Gerardo de Jesús Arellano Aguilar, Ramón Sosamontes, Mauro González Luna, entre otros.

⁸ Acudió en representación de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal el entonces subprocurador Eduardo Ibarrola Nicolín.

⁹ *Diario Oficial de la Federación*, 7 de noviembre de 1996. Un análisis sobre la misma puede verse en Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México* (Porrúa, México, 1997). También en Augusto SÁNCHEZ SANDOVAL, “La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada: un nuevo fuero penal posmoderno”,

Primero, se elaboró este Proyecto de ley, pero frente a su contenido, particularmente en materia de “intervención de comunicaciones privadas”, un importante sector señaló la necesidad de reformar la Constitución Política para que el sustento normativo de la misma quedara precisado a nivel constitucional, estableciéndose ahí mismo, incluso, una serie de prohibiciones para su ejercicio,¹⁰ aun cuando, bajo criterio distinto, ello resultaba innecesario pues se desprendía de la interpretación del primer párrafo del artículo 16 constitucional el control judicial de los actos que causaren molestia a los particulares.¹¹

Desde su origen, la “intervención de comunicaciones privadas” estuvo pensada únicamente para delitos considerados como de Delincuencia organizada¹² o, como refiere García Ramírez, la reforma constitucional de 1996 estuvo regida por el tema de la delincuencia organizada¹³. En este proceso, se habría elaborado primero el Proyecto de la Ley mencionada y después el de reforma constitucional, de tal manera que la reforma al artículo 16 de la Carta Magna que vendría a contemplarla no tuvo otro sustento ideológico que el combate a la delincuencia organizada; no obstante ello, el Constituyente prefirió omitir esa alusión y es así que en el entonces noveno párrafo (hoy

con la colaboración de María Claudia Campuzano Caballero, en *Alter*, Revista Internacional de Teoría, Filosofía y Sociología del Derecho, año I, núm. 3, septiembre-diciembre de 1997, pp. 145-196.

¹⁰ Frente a las experiencias vividas, en que la intervención *ilegal* de comunicaciones privadas era algo frecuente y ante el temor de dejar en manos del legislador ordinario una decisión como ésta, fue notoria la oposición del sector académico, de los especialistas en la materia, de legisladores, que ello ocurriera, con lo cual se propuso elevar al texto constitucional su regulación, siempre con la exigencia de un necesario control judicial previo de la medida adoptada. Se estableció como prohibición la intervención de comunicaciones privadas en diversas materias tales como civil, administrativa, mercantil, laboral, fiscal y las del detenido con su defensor.

¹¹ GARCÍA RAMÍREZ, *Delincuencia organizada*, op. cit., pp. 50-52 y en especial la parte transcrita de la Tesis de la Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada con relación al juicio de amparo directo 1993/86, de cuya interpretación le resulta aconsejable aplicar al caso de intervención de comunicaciones personales los términos en que se regula el acceso a domicilio mediante cateo.

¹² Véase Exposición de Motivos del Ejecutivo Federal y del Legislativo Federal de fecha 19 de marzo de 1996 a la Cámara de Senadores (Cámara de Origen); como los respectivos Dictamen y Discusión en las Cámaras de Senadores y Diputados, consultables en <http://www2.scj.gob.mx/leyes/UnProcLeg.asp?nldLey>.

¹³ *Delincuencia Organizada*, op. cit., p. 47.

décimo segundo) del artículo aludido no aparece ninguna mención a la misma.¹⁴

El entonces párrafo noveno (hoy décimo segundo) en mención, dispone que la “intervención de las comunicaciones privadas” sólo puede provenir de una solicitud; en el ámbito federal, de la autoridad federal que faculte la Ley y, en el ámbito local, de quien sea el titular del Ministerio Público, esto es, no cualquiera puede autorizar esa medida. Pero ello no basta, existe también un claro control judicial con relación a la misma al quedar sujeto su otorgamiento a una decisión de juez, además de la necesidad de observar otros requisitos.¹⁵

De esta manera, desde el año de 1996, se puso en marcha el aparato judicial para conocer de solicitudes de “intervención de las comunicaciones privadas”, para “obsequiarlas”, “valorar” el resultado arrojado por ellas, en fin; desde ese entonces se empezó con la construcción de una doctrina judicial que a la fecha cuenta con numerosos criterios en esta temática.¹⁶ No obstante, una queja que parecía provenir más

¹⁴ No obstante ser así, atendiendo a que el origen de la reforma constitucional no fue otro, sino la generación de bases normativas para el combate a la delincuencia organizada, la interpretación del artículo 16 constitucional en su vigente párrafo noveno permite considerar que su diseño encuentra como origen precisamente ese, es decir, la necesidad de implementar instrumentos jurídicos para combatir la delincuencia organizada, de lo que parece correcto suponer que la intervención de comunicaciones privadas como excepción al secreto de las mismas, se pensó como un instrumento para combatir dicho tipo de delincuencia.

¹⁵ El texto vigente del noveno párrafo del artículo 16 constitucional establece: 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.

¹⁶ Existen numerosas tesis de Tribunales Colegiados de Circuito al respecto, p. ej. COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPETAR LA INVOLABILIDAD DE AQUELLAS, CONSTITUYEN UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL, POR LO QUE RESULTAN CONTRARIAS A DERECHO Y NO DEBEN ADMITIRSE POR EL JUZGADOR COPRESPONDIENTE. Materia Constitucional. Novena Época. Segunda Sala. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XII, diciembre de 2000. Tesis: 2a. CLXI/2000; INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS. SUJETO PASIVO DEL DELITO. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Novena Época. Tesis I.4o. p. 2; INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS PRIVADAS. ACREDITACIÓN DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 27 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA

del ámbito de actuación de la Procuraduría General de la República al ser la institución que con mayor frecuencia acude a este mecanismo, apareció como el detonante que se escondía tras la Iniciativa de reforma constitucional que, en este particular aspecto, envió al Senado de la República el presidente Felipe Calderón¹⁷ y es que, en ella se decía que, o bien, los jueces no otorgan con oportunidad la medida, o bien, suelen negarla. Dicho de otra manera, la Iniciativa parecía responder más a un reclamo del Ministerio Público que no obtenía la autorización judicial para "intervenir" y que por ello el control judicial le estorba.¹⁸

De cualquier manera hay que destacar que la realidad fue que toda esa reforma estuvo orientada al combate en contra de la delincuencia organizada. Para delitos de delincuencia organizada fue que se pensó en la "intervención de comunicaciones privadas", sólo que con control judicial previo y sin que esa petición pudiera provenir de cualquier servidor público de las procuradurías.

Ello puede ser apreciado de la parte conducente del Dictamen respectivo de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión que a continuación se transcribe:¹⁹

CONSIDERACIONES I. En la actualidad, el crimen organizado tiene una indudable presencia en nuestro país y su actuación se demuestra en hechos como narcotráfico, secuestros, asaltos y otros, por ello, el Estado mexicano debe promover políticas que permitan enfrentar y combatir eficazmente este tipo de delincuencia, que ha modernizado su *modus operandi* de manera significativa. Consecuente con la po-

ORGANIZADA. Sexto Tribunal Colegiado Penal del Primer Circuito. Novena Época. Tesis I. 6o. p. 52.

¹⁷ Véase *infra*, pp. 7-10.

¹⁸ En la Exposición de Motivos de la Iniciativa de Reforma constitucional ello se hace patente, pues al respecto se dice: La intención es que estas medidas de investigación sean oportunas, pues derivado de la operación de la delincuencia organizada, resulta evidente que, en varios casos, se tiene datos que señalan la necesidad de intervenir comunicaciones de forma inmediata. *En ocasiones acudir a la autoridad judicial dificulta o imposibilita la investigación...* (cursivas añadidas).

¹⁹ Dictamen de la Cámara de Diputados del Congreso Federal relativo al proyecto de Decreto con el que se reforman y adicionan los artículos 16, 20, fracción I y penúltimo párrafo, 21, 22, y 73, fracción XXI constitucionales; Diario de los Debates, correspondiente al Segundo Periodo de Sesiones Ordinarias del Segundo Año de Ejercicio. Legislatura LVI, año II. Segundo Periodo Ordinario. Diario 16 de abril de 1996. Véase *supra*, nota núm. 9.

sibilidad de lograr mejores líneas de acción legal en contra de la delincuencia organizada, el Estado mexicano hace suya la necesidad de crear nuevos instrumentos jurídicos para una mejor procuración de justicia, en beneficio de la sociedad. La existencia de la delincuencia organizada permite fundadamente suponer en su disponibilidad de recursos económicos y tecnológicos de mayor envergadura, lo cual conduce a la necesidad de legislar para establecer las bases que posibiliten la adopción de estrategias necesarias para enfrentar eficazmente este fenómeno... Los legisladores concluyeron que el crimen organizado requiere, para afrontarlo, de un esfuerzo multidisciplinario e internacional. También se sugirió que la legislación contemple procedimientos efectivos para contrarrestar la acción de grupos de delincuentes que trabajen con equipos y tecnologías sofisticados; la realidad impone que se adecuen nuevas formas de investigación que auxilien al Ministerio Público y a la policía; intervención de los medios de comunicación, instauración de programas de protección a testigos, reducción de penas para sujetos que colaboren con la justicia y regulación jurídica de policías encubiertos... La intervención telefónica es un medio que permite a la autoridad investigadora allegarse elementos para cumplir con sus atribuciones, pero este instrumento deberá estar fundado y motivado en las causas legales del tipo de intervención, el sujeto pasivo de esta acción fundamental y su duración, para que queden establecidos con claridad los presupuestos básicos para su autorización por parte de la autoridad judicial federal y, con ello, no se conculque la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas... IV. De las modificaciones realizadas por el Senado de la República al dispositivo legal de las iniciativas. 1. Artículo 16 constitucional. La intervención de comunicaciones telefónicas y de otros medios similares por parte de la autoridad competente, constituyen una de las principales estrategias en la lucha contra el crimen organizado, que permiten recabar pruebas judiciales al interceptar, mediante grabaciones, las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas o similares, que se realicen por quienes colaboren o pertenezcan a este tipo de organizaciones. El tratamiento de esta reforma no es sencillo. La reforma provoca un creciente interés y origina opiniones encontradas sobre sus consecuencias. La prohibición nos conduciría a obstáculos en el diseño de medios eficaces del Estado para mejorar las tareas de investigación policiaca; regularlo

puede llevarnos a la vulneración de las garantías individuales de los sujetos si no se realiza con minuciosidad. La desventaja que trae consigo la prohibición para el Estado implicaría la ventaja para la delincuencia organizada. En la actualidad, esta delincuencia hace gala de su poderío económico en el uso de las técnicas más sofisticadas en la interceptación de los medios de comunicación, aprovechando, sin duda, de los adelantos científicos y tecnológicos más recientes para evadir la acción de la justicia. La intervención telefónica de comunicaciones telefónicas y medios similares, cuyo tópico se considera necesario en la legislación penal como elemento indiscutible en la política anticriminal, provoca preocupación sobre su constitucionalidad, donde se vierten opiniones encontradas, que van desde la autorización con una base constitucional, hasta los que piensan que es una práctica que vulnera los derechos individuales consagrados en la Constitución. Las opiniones que se han vertido sobre la intervención de los medios de comunicación, en el sentido en el que se vulneraría la intimidad o la vida privada de las personas es, ciertamente factible, si la reforma constitucional no se hiciera con cuidado. Existen opiniones que sostienen que como todo acto que cause molestia, debe fundarse y motivarse por mandamiento de autoridad competente, como lo establece el primer párrafo del artículo 16 constitucional; por esta razón, la regulación de la autorización para intervenir comunicaciones telefónicas y similares no puede ser contraria al espíritu de la Constitución. En el análisis sobre la posibilidad de regular la autorización de las intervenciones telefónicas y de otros medios de comunicación similar se plantearon diversas alternativas. La de reformar el párrafo VIII del artículo 16 constitucional, referente a los cateos y al párrafo X, que establece la inviolabilidad de la correspondencia. Si observamos el contenido del párrafo X del artículo 16 constitucional, notaremos que no ha sido alterado desde la Constitución de 1857; en 1983 este párrafo sólo cambió de ubicación, transfiriéndose al artículo 16, pero sin hacer alusión a los modernos medios de comunicación. Es admisible, que tanto la intimidad como la privacidad son bienes jurídicos tutelados por la ley; sin embargo, el Constituyente Permanente no ha considerado en un nivel constitucional, dado que no la protegió frente a los nuevos medios de comunicación; se piensa pues, que para efectos en actos de molestia se considere aplicable el párrafo primero del artículo 16

constitucional. Los avances científicos y tecnológicos que implica, facilitan la invasión en la esfera privada de los sujetos, mediante sofisticados medios de vigilancia electrónica, por lo que resulta inútil intentar salvaguardar la privacidad de las personas mediante fórmulas jurídicas tradicionales. Se considera conveniente entonces, se adicione un párrafo noveno del artículo 16 constitucional para que se regulen expresamente las intervenciones en los medios de comunicación privados, con una base constitucional para cumplir los fines de la justicia. La propuesta de reforma es precisa; la intervención de los medios de comunicación privada es un medio extraordinario de allegarse de elementos que permitan al Estado cumplir con sus atribuciones, siempre autorizados por la autoridad judicial federal, lo que garantiza que esta práctica no se vuelva arbitraria sancionando penalmente a quien sin cumplir las formalidades de ley, lo haga... 3o. Para los efectos de la regulación de la intervención de las comunicaciones privadas por las leyes secundarias, se enfatiza que en ninguna autoridad federal, inclusive el Ministerio Público de la Federación, aun cuando estuviera facultada por ley para realizar la intervención, podrá llevarla a cabo sin estar previamente autorizada por el Poder Judicial de la Federación, pese a que se alegue urgencia, notoria necesidad o cualquier otra razón. 4o. Sólo el Poder Judicial de la Federación, a través del órgano que determine la ley que expida el Poder Legislativo de la Unión, estará facultado para autorizar la intervención de comunicaciones privadas con estricto apego a todos los elementos regulatorios en la Constitución y en las leyes secundarias. Aun la facultad de apreciación de la autoridad judicial federal competente para atender lo solicitado, estará restringida y condicionada por los fundamentos, causas legales, requisitos, límites y necesidades en los términos que lo dispongan las leyes que apruebe el Congreso de la Unión. 5o. La Ley secundaria determinará el tipo idóneo de autoridad judicial que permita una intervención de las excepcionalmente contempladas en el artículo 16 constitucional, cuya reforma se propone. Para tal efecto, el legislador ordinario analizará acuciosamente todo el espectro del Poder Judicial Federal. Jueces federales de jurisdicción especial, jueces federales que no tengan competencia especial, tribunales colegiados y aun ministros de la Corte, para decidir cuál o cuáles de ellos, en razón de la mayor conveniencia para la sociedad, deben ser investidos de la delicada función

de otorgar las autorizaciones multicitadas. 6o. No basta que las leyes secundarias faculten a una autoridad federal a solicitar autorización para intervenir comunicaciones privadas, sino que dichas leyes reglamentarias deberán contener necesariamente una estricta regulación respecto de las materias o hechos en que se justifique la intervención, enumeren las causas legales que deben sustentar la solicitud respectiva, incluyan los demás requisitos que se deriven de la naturaleza de ese acto de autoridad, y establezcan los límites precisos de forma, tiempo y espacio de su ejecución. Igualmente, la ley reglamentaria, por ningún motivo omitirá normas acerca de regular la intervención y sus resultados, y las que sean necesarias para precisar controles y responsabilidades, así, las autoridades federales a las que se refiere el texto del artículo 16 constitucional propuesto, incluido el Ministerio Público Federal, podrán actuar sólo si están facultadas por la ley, lo cual constituye el elemento básico para la protección de la nueva garantía individual de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. 7o. En virtud, primero, de que la adición al artículo 16 constitucional propone “fundar y motivar las causas legales de la solicitud” de autorización para intervenir comunicaciones privadas; segundo, que se dará una especial relación entre autoridades locales y federales y, tercero, que precisamente será el Poder Judicial de la Federación quien otorgue la autorización, la atribución concedida a los titulares de los Ministerios Públicos de los estados y del Distrito Federal, para solicitar a los jueces federales autorizaciones de intervención en comunicaciones privadas, no es una norma constitucional autoaplicativa; más aún, la instancia judicial competente sólo concederá la autorización que aquellos le soliciten: a) si median en la petición respectiva las fundamentaciones y motivaciones respecto de causas previstas en las leyes federales, que se exijan a las autoridades de ese orden de gobierno; b) si se solicitan para averiguaciones previas de delitos calificados como graves en la legislación local respectiva y c) si se cumplen los demás requisitos y condiciones determinados en las leyes locales. Lo anterior implica, igualmente, que el otorgante de la autorización concedida al Ministerio Público local, deberá estar facultado para darle seguimiento a su ejecución.

III. DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN
 DIVERSOS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN
 POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
 PRESENTADO POR EL PRESIDENTE FELIPE CALDERÓN
 HINOJOSA AL SENADO DE LA REPÚBLICA
 EN MARZO DE 2007

En el mes de marzo de 2007 el Ejecutivo Federal presentó al Senado de la República un Decreto reformativo de diversos artículos constitucionales, como de otras normativas,²⁰ entre ellas, sin modificar el texto del entonces párrafo noveno (salvo su orden) del artículo 16 constitucional en lo referente a la intervención de comunicaciones privadas, la Iniciativa de reforma propuso la adición de un nuevo párrafo a dicho precepto que habría venido a quedar como párrafo décimo cuarto y en el que se facultaba al Ministerio Público a autorizar, “sin control judicial previo”, la “intervención de comunicaciones privadas” en caso de delincuencia organizada, aun cuando se señalaba que la validez de ello estaría sujeta a la revisión posterior de la autoridad judicial en términos de la ley.²¹ No se trataba de modificar el noveno párrafo del artículo 16 constitucional, sino de adicionar uno nuevo, de tal forma que ambos convivieran en lo que, de su simple lectura y con los antecedentes expuestos, se mostraba como una vía inaceptable.²²

La iniciativa enunciada, llevaba a la conclusión de que, de adoptar la tesis que sostiene que las disposiciones previstas en la Constitución

²⁰ El 9 de marzo de 2007 el Ejecutivo Federal presentó ante la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión un Decreto por el que se reforman los artículos 16, 17, 18 y 73, fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los diversos 25, 336, 343 bis, tercer párrafo y 343 ter del Código Penal Federal y otros de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

²¹ El texto que proponía la Iniciativa era del siguiente tenor: Tratándose de delitos considerados como delincuencia organizada, el Ministerio Público podrá ordenar la realización de arraigos, cateos e *intervención de comunicaciones privadas, cuya validez estará sujeta a revisión judicial posterior en los términos que determine la ley.*

²² Se ha visto que el origen y la ideología que se esconde detrás del entonces noveno párrafo del artículo 16 constitucional (hoy párrafo décimo segundo) no es sino el combate a la delincuencia organizada, de ahí que, una doble regulación de “intervención de comunicaciones privadas” en sentido diferente, no resultaba ser adecuada.

no se contraponen sino que se armonizan;²³ en un esfuerzo de armonización la interpretación que se podía ofrecer de ambos preceptos, partiendo de que, si el texto del entonces noveno párrafo (hoy décimo segundo) que no menciona a la delincuencia organizada como objeto exclusivo de la “intervención de las comunicaciones privadas”, no obstante que a ello se vincula su origen y, el párrafo que proponía la Iniciativa, refería a la procedencia de la intervención de comunicaciones privadas sólo en caso de delincuencia organizada, se extraía que dos textos con contenido diferente habrían coexistido en el artículo 16 constitucional aconteciendo así, lo siguiente:²⁴

- a) Como el texto que proponía la Iniciativa era expreso en referirse a la delincuencia organizada, mientras que el entonces párrafo noveno no lo hace; se habría tenido que concluir que se trataba de dos regulaciones distintas, por ello, referidas a supuestos diferentes; uno para delincuencia organizada y otro para delitos que no son de delincuencia organizada. O lo que es igual, el entonces párrafo noveno que nació en razón de la delincuencia organizada y que es la base constitucional de la ley,²⁵ habría dejado de guardar relación con delitos de delincuencia organizada a pesar de su origen, al ser improcedente suponer dos vías con control y exigencias distintas para intervenir el mismo tipo de comunicación.²⁶

²³ Elizur ARTEAGA NAVA, *Derecho constitucional*, Oxford University Press, Harla-México, Colección Juristas Latinoamericanos, México 1998, p. 10, señala al respecto: En teoría el texto de la constitución es un todo armónico y congruente; todas sus partes están conformadas de tal manera que nada sobre ni falte; que unas a otras no se contradigan o neutralicen y que, más bien, se complementen y adecuen.

²⁴ Al respecto puede verse mi aportación, “La intervención de las comunicaciones privadas en la Reforma constitucional”, en la revista *Sistema Penal*, Edición especial, agosto de 2007, Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, pp. 25-32.

²⁵ Me refiero aquí a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

²⁶ Pues mientras el párrafo noveno del artículo 16 constitucional establecía que la solicitud debía provenir en materia federal de la autoridad que diga la Ley y en la local del titular del Ministerio Público y que, ello a la vez debe ser autorizado por el juez previamente a la intervención; conforme a la Iniciativa presentada por el presidente Felipe Calderón, cualquier Ministerio Público la habría podido solicitar sin necesidad de acudir previamente a un juez que lo autorizara, aun cuando su actuación fuere objeto de revisión judicial posteriormente.

- b) Si la reforma calderonista se hubiere aprobado, habría sido el único aplicable para intervenir comunicaciones privadas en delincuencia organizada, luego, el entonces noveno párrafo —que ya no serviría para ello— tendría que haber sido utilizado para intervenir comunicaciones privadas en casos de delitos que no son de delincuencia organizada, con lo cual, *la reforma que así se proponía postulaba una desmedida ampliación de la intervención punitiva del Estado al facilitar esa intervención en cualquier delito*. La invasión en la esfera particular que se habría ocasionado resultaba sumamente grave, pues la mayoría de los delitos que prevén las leyes penales no son de delincuencia organizada y, ni siquiera en muchos de ellos podría pensarse en lo más mínimo en la posibilidad de una intervención de comunicaciones privadas.²⁷
- c) El trabajo realizado por el Poder Judicial de la Federación en poco más de diez años, se habría perdido, o al menos, habría corrido riesgo de verse perdido de manera sustancial, ya que las interpretaciones generadas con los años respecto del tema —intervención de comunicaciones privadas— simplemente habrían dejado de tener aplicación a consecuencia del inicio de la vigencia de esa Iniciativa de reforma constitucional, si la misma se hubiera aprobado.²⁸
- d) Habría quedado autorizada la intervención de comunicaciones privadas en toda materia, pues las prohibiciones relativas a dichas comunicaciones del defensor con el detenido, así como las relacionadas con las materias fiscal, laboral, administrativa, mercantil y civil que en el párrafo vigente no pueden ser autorizadas por el juez, sí lo habrían sido por el Ministerio Público conforme pregonaba esa Iniciativa presidencial. Así

²⁷ Por ejemplo, no es posible sostener que sea procedente intervenir comunicaciones privadas en delitos que no son graves, mucho menos en delitos culposos o en aquéllos que tienen asignada pena alternativa, pues dicha intervención supone el sacrificio de un derecho fundamental, para lo cual, bajo este supuesto estaría ausente toda proporcionalidad en dicha medida.

²⁸ Así, las tesis y distintos criterios surgidos a lo largo de los años en interpretación del entonces noveno párrafo del artículo 16 constitucional que se comenta, dejarían de tener aplicación sin poder ser utilizados para nuevos casos que no serían de delincuencia organizada.

todos, prácticamente en cualquier actividad de nuestra vida cotidiana habríamos podido ser escuchados, leídos, etcétera.

- e) La Iniciativa facultó que cualquier Ministerio Público fuera el que acordara la intervención de las comunicaciones privadas, con lo cual no sólo se difuminaba el control de una decisión de tal magnitud, sino que se facilitaba el camino a la corrupción²⁹ y una menor calidad jurídica en el contenido y control de la medida, hecho que habría impactado decisivamente en la validez de las pruebas que se obtuvieran con motivo de la intervención así autorizada.

La medida adoptada en la Iniciativa que se comenta, no aportaba nada positivo, muy por el contrario se mostraba como una medida abiertamente restrictiva de derechos fundamentales al ampliar el ámbito de intromisión estatal en la esfera de privacidad de los particulares.

IV. DICTAMEN DE LAS COMISIONES UNIDAS DE PUNTOS CONSTITUCIONALES Y DE JUSTICIA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS CON EL PROYECTO DE DECRETO QUE REFORMA, ADICIONA Y DEROGA DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La iniciativa de reforma constitucional presentada al Senado de la República por el presidente Felipe Calderón fue rechazada. No obstante, a los pocos meses diversas iniciativas que se habían recibido desde el mes de septiembre de 2006 hasta octubre de 2007 por la Cámara de Diputados en las que se formulaban propuestas de reforma a diversos artículos de la Constitución Política fueron consensuadas para así, en diciembre de 2007 –bajo el sello del consenso entre partidos políticos– llegar a ser dictaminadas como una sola, incluso, en ello se consideró la Iniciativa presidencial aludida.³⁰

²⁹ No es difícil imaginar que bajo una aparente legalidad, surgirían intervenciones originadas en actos de corrupción.

³⁰ Véase Dictamen Cámara de Diputados, pp. 1-12.

Para el propósito que me ocupa, tres son los aspectos a destacar: 1) la federalización de la delincuencia organizada y la previsión de diversas reglas en torno a la misma, así como su definición en el texto constitucional y el arraigo; 2) la previsión –como excepción mal entendida– al derecho al secreto de las comunicaciones privadas, con la aceptación de grabaciones efectuadas por particulares a sus interlocutores cuando contengan información relacionada con un delito y 3) la intervención de las comunicaciones privadas.

1. La federalización de la delincuencia organizada

Uno de los aspectos que destaca del trabajo del Constituyente es convertir la materia de delincuencia organizada en una de competencia exclusivamente federal. A tal efecto, se propuso reformar el artículo 73, fracción XXI, de la Carta Magna para preverla así en favor del Congreso de la Unión.³¹ No existe ninguna alusión en los trabajos del referido cuerpo legislativo que refieran el porqué se tomó una decisión como esa –federalizar el combate de la delincuencia organizada–, desconociendo con ello que este fenómeno delictivo, que por sí no bastara exige para su combate de instrumentos jurídicos de excepción, se encuentra presente a lo largo y ancho del territorio nacional operando también en el ámbito local, es decir fuera de la competencia federal. Se desnuda así a las entidades federativas y al Distrito Federal a quienes se constriñe a combatir sólo a la “delincuencia común”, quizá pretendiendo que bastaría con reformar los textos penales locales apadrinando con distinto nombre la misma figura para salvar el escollo, cuando lo cierto es que la delincuencia organizada es lo que es y no otra cosa, se le denomine como se le denomine, “no hay aquí etiqueta que valga”.³²

³¹ El texto propuesto dice: Artículo 73. El Congreso tiene facultad: XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, *así como legislar en materia de delincuencia organizada*.

³² Al respecto, se suele referir por algunos, que en el caso de las entidades federativas como del Distrito Federal la solución estaría en agravar la asociación delictuosa o quizá, en crear otro delito con tales características que sin ser lo mismo que la delincuencia organizada, se trate como si lo fuera. La realidad es que no se puede etiquetar a la delincuencia organizada bajo otra denominación y pretender así dar la vuelta a la reforma, sobre todo porque se olvida que tratándose de esa forma de criminalidad se hace procedente el uso

Con ello, cabe cuestionar, ¿cómo combatir a la delincuencia organizada local si la prohibición se endereza en ese camino?, o es que acaso, ¿lo que existe aquí es una trampa que se esconde tras la reforma en comento? Piénsese que si la delincuencia organizada sólo ha de ser aquella que así se califique por la ley federal, la “delincuencia organizada de suyo local”, dejará de serlo porque así se manda en la reforma constitucional mas no porque deje de ser delincuencia organizada; luego, como será desprendida de esa etiqueta tendrá que ser tenida como “delincuencia común” por cruenta, organizada y sofisticada que sea, con lo cual, todas las entidades federativas como el Distrito Federal se obligan a combatirla –al pasar a ser delincuencia común– sólo que ahora sin la posibilidad de utilizar para ello los instrumentos propios de lucha en contra de aquel tipo de criminalidad.³³ Por decreto, como se ve, sólo habrá un tipo de delincuencia organizada –la federal– que será lo que a tal efecto señale la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y se corresponda en sus elementos con la definición de ésta, que absurdamente se incorporó a la vez al texto constitucional; fuera del enunciado de la referida ley, no habrá delincuencia organizada aun cuando en las distintas entidades federativas del país, como en el Distrito Federal su existencia sea innegable.

Este desacierto del Constituyente encuentra eco en otro más que no hace sino volver a destacar el descuido que se ha tenido –al menos en lo que es motivo de este análisis– en la elaboración de la reforma constitucional que se comenta. Me refiero aquí al régimen de transitoriedad que se prevé para que cobre vigencia la regulación en materia de delincuencia organizada. En efecto, el régimen de transitoriedad presenta diversos supuestos para el inicio de la vigencia de la reforma, y en el caso de delincuencia organizada acontece que el artículo SEXTO TRANSITORIO, en su parte primera, establece que tratándose de delincuencia organizada las legislaciones de las entidades federativas mantendrán su vigencia *hasta en tanto el Congreso de la Unión*

de ciertos instrumentos procesales para combatirla que no se piensan para la delincuencia común y que, por lo mismo, su utilización no se justifica en este último caso.

³³ Sería ilusorio pretender sostener que el mismo fenómeno delictivo sea previsto en las legislaciones locales con nombre diferente para combatir de esa manera la delincuencia organizada, pues reunidos los requisitos que la ley federal señale como tal, se estará en un supuesto de delincuencia organizada cuya regulación pasa a ser de exclusiva competencia federal, vedando, en consecuencia, a los estados y al Distrito Federal legislar sobre la misma.

no ejerza la facultad que le concede el artículo 73, fracción XXI, que también se reforma,³⁴ o lo que es igual, hasta que el Congreso de la Unión legisle en esta materia.

La parte segunda de dicho transitorio se muestra como la coronación de ese descuido, al señalar que tanto los procesos penales como las sentencias dictadas, ambos en las distintas entidades federativas –aplicando desde luego las leyes locales en materia de delincuencia organizada– no se afectarán con motivo de *la entrada en vigor de la legislación federal*, la cual, según el referido transitorio, se da a entender surgirá *hasta en tanto cuanto el Congreso de la Unión ejerza la facultad* que con la reforma le concede el artículo 73 constitucional, fracción XXI, de legislar en materia de delincuencia organizada,³⁵ rematando con la indicación de que los procesos penales estatales y las sentencias estatales (lo que incluye al Distrito Federal) en esa materia, deberán ser concluidos o bien ejecutarse conforme a las regulaciones estatales y del Distrito Federal que señala como vigentes *hasta antes de que entre en vigor la legislación federal que se espera*.

De ello puede extraerse que, para el Constituyente, el otorgar la facultad exclusiva al Congreso de la Unión para legislar en materia de delincuencia organizada, conlleva a la expedición de una ley federal para tales efectos [o una reforma a la vigente Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada], la cual se espera a futuro tal y como si el referido cuerpo legislativo no contase con esa facultad –la de legislar en esa materia– que siempre ha tenido al gozar de competencia para legislar en delitos federales como se desprende del párrafo primero del artículo 73 constitucional, fracción XXI, luego, la exclusividad que se pretende con la reforma constitucional, debe entenderse como exclusión de los ámbitos locales para legislar tratándose de delincuencia organizada.

No es derivado de la reforma constitucional en estudio que el Congreso de la Unión adquiere la facultad para legislar en materia de delincuencia organizada, ya que dicha facultad no surge de la re-

³⁴ Véase *supra*, nota núm. 31.

³⁵ Así, el artículo SEXTO TRANSITORIO, en su parte segunda, dice: Los procesos penales iniciados con fundamento en dichas legislaciones, así como las sentencias emitidas con base en las mismas, no serán afectados *por la entrada en vigor de la legislación federal*. Por lo tanto, deberán concluirse y ejecutarse, respectivamente, conforme a las disposiciones vigentes *antes de la entrada en vigor de esta última*.

forma aludida al ser que ésta ya se tenía desde el momento en que el aludido cuerpo legislativo puede legislar en materia penal federal, lo que no debe confundirse con el hecho de que lo que ahora se produce con la reforma sea que los estados de la República, como el Distrito Federal que hasta antes de la misma podían legislar igualmente en esa materia pero en su régimen local,³⁶ hoy encuentren prohibición de hacerlo por pasar a ser dicha regulación de exclusiva competencia de la federación. Con la reforma constitucional “no nace” para el Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia de delincuencia organizada, sino lo que nace es la prohibición para los estados y el Distrito Federal de legislar en la misma, convirtiendo esta materia en una de exclusiva competencia federal.

No parece entonces adecuado sostener que deba mantenerse la vigencia de la normatividad local en materia de delincuencia organizada hasta que ocurra que el Congreso de la Unión produzca una ley federal en la materia, pues dicha ley ya existe al ser el caso que esa facultad que la reforma en comento concede al Congreso de la Unión—legislar en materia de delincuencia organizada— fue ejercida desde el año de 1996 cuando ese cuerpo colegiado dio lugar a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada que se encuentra en vigor, sin que “esa exclusividad competencial” que nace con la reforma constitucional produzca efectos abrogatorios en dicha ley pues no ha sido sino el mismo legislador federal quien en su ámbito competencial le dio origen, ya que de no ser así, habría que sostener—lo que no comparto— que la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada vigente se abroga por efecto de la reforma que se comenta, quedando en espera de esa actividad legislativa—a futuro— del Congreso de la Unión que dé lugar a una ley en esa materia, produciendo así la conclusión de toda investigación y proceso penal que exista por aplicación de esa ley; el dejar sin efecto las sentencias condenatorias en que se ha aplicado la misma y la consecuente liberación de sujetos miembros de las organizaciones criminales hoy condenados con su aplicación. Es evidente que aun con la reforma constitucional se mantiene vigente la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada de 1996.

Por su parte, el artículo PRIMERO TRANSITORIO precisa como la regla general de inicio de vigencia de la reforma constitucional, al

³⁶ Véanse los artículos 122 C, Base primera, fracción V, inciso h) y 124 constitucionales.

día siguiente en que la misma se publique en el *Diario Oficial de la Federación*.³⁷ De entre las excepciones a esa regla que aparecen en distintos artículos transitorios,³⁸ no se encuentra la relativa al artículo 73, fracción XXI, que concede al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia de delincuencia organizada federalizando así esa materia, con lo cual, para el inicio de vigencia de dicha disposición deberá estarse a lo previsto en la regla general del artículo PRIMERO TRANSITORIO. Siendo así, la delincuencia organizada será “únicamente un problema federal” y con ello, sólo podrá existir el delito de delincuencia organizada como un “delito federal”, lo que acontecerá precisamente a partir del inicio de vigencia de esa facultad otorgada al Congreso de la Unión.

La delincuencia organizada será “solamente federal” a partir de que el poder constituido se encuentre en posibilidad de legislar—lo que ocurrirá al “día siguiente” de que se publique la reforma en el *Diario Oficial de la Federación*— sobre de ella y esto no puede confundirse con un momento distinto y posterior como lo es cuando el Congreso “ejerza” esa facultad. No es derivado del “ejercicio de la facultad” enunciada que nace la misma, sino en razón del previo inicio de su vigencia según se ha expuesto.

Así las cosas, si a futuro se espera que se expida por el Congreso de la Unión una nueva ley en sustitución de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada “en ejercicio de la referida facultad”, ello no puede prolongar la vigencia de las diversas regulaciones estatales como del Distrito Federal en esa materia hasta que tal situación ocurra, *pues no es derivado de una reforma ordinaria federal* (la generación de una nueva Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada o una futura reforma a dicha ley) *que se abrogan las legislaciones estatales y distrital en la materia, sino en razón de la reforma constitucional que la federaliza, creando con ello un único tipo penal de delincuencia organizada que será siempre un “tipo penal federal”*, con lo cual todos los tipos penales de delincuencia organizada previstos en las distintas regulaciones estatales como en la del Distrito Federal quedarán derogados al ser el caso que el delito en cita será

³⁷ Dicho transitorio establece: El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, con excepción de lo dispuesto en los artículos transitorios siguientes.

³⁸ Véase particularmente los artículos transitorios segundo, tercero, cuarto y sexto.

solamente federal, por lo cual, no habrá ya más tipos penales locales de delincuencia organizada.

Una futura ley o una futura reforma a la ley vigente de delincuencia organizada federal, por ser una “ley ordinaria” tampoco podría abrogar las leyes estatales y del Distrito Federal en esa materia, no sólo porque ello lo prohíbe el pacto federal,³⁹ sino porque nada podría ya abrogar al ser que ese efecto abrogatorio se surtirá previamente derivado –no de esa futura ley ordinaria– sino de la Constitución Política misma, ya que, conforme al artículo PRIMERO TRANSITORIO de la reforma, la federalización de la materia de delincuencia organizada ocurrirá al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* y ello traerá consigo –de inmediato–, ese efecto.

Por otro lado, es también inexacto, por absolutamente improcedente, que en la parte segunda del SEXTO TRANSITORIO de la reforma se quiera sostener la aplicación de las normas procesales y sustantivas que se estén aplicando para los procesos locales por delitos de delincuencia organizada de competencia estatal; o bien que ello también se pretenda de las sentencias dictadas por dichos delitos hasta en tanto no se legisle en la materia a futuro por el Congreso de la Unión ya que, si bien las normas procesales frente a una reforma legal suelen no verse afectadas en su aplicación para las situaciones que regían, lo cierto es que, para el caso que nos ocupa, lo que cobra relevancia no es ya la materia procesal, sino la materia eminentemente sustantiva [me refiero aquí a los delitos de delincuencia organizada estatales], pues si como habrá de acontecer, solamente existirá el delito de delincuencia organizada “que será federal” a *contrario sensu* “no habrá más delitos locales de delincuencia organizada” y ello acontecerá así a partir del “día siguiente” en que se publique la reforma constitucional en el *Diario Oficial de la Federación*.

Siendo así, si a partir de ese momento los “tipos penales estatales” de delincuencia organizada quedarán derogados como efecto directo de ese inicio de vigencia de la norma constitucional, lo que procede “no es sostener” la validez de los procesos penales estatales que

³⁹ En términos de los artículos 122 C, Base primera, fracción V, inciso h) y 124 constitucionales respectivamente, los tipos penales para el Distrito Federal y para los estados de la República se crean en sus ámbitos particulares por sus órganos legislativos, modificándose o derogándose por su mismo proceso de creación, por ello, una ley ordinaria federal cuya fundamentación es otra, no puede incidir en ese proceso.

se estén instruyendo por delitos locales de delincuencia organizada, como tampoco las sentencias que se hubieren dictado con base en las regulaciones de los estados y del Distrito Federal en esos delitos, tal y como lo señala el aludido artículo transitorio en su parte segunda, sino “la derogación” de los delitos de delincuencia organizada que todas las leyes especiales o códigos penales, según el caso, del Distrito Federal y de las distintas entidades federativas contengan, con lo cual los respectivos procesos penales habrán de sobreseerse y los condenados por esos delitos deberán ser puestos en libertad dado que, sin esa materia sustantiva, como lo es, los “delitos locales de delincuencia organizada” que se derogan, ningún proceso por los mismos es sostenible, como tampoco lo son las sentencias dictadas en torno a ellos precisamente porque con la reforma constitucional se descriminalizan las conductas punibles asociadas a los mismos.⁴⁰

2. Definición de delincuencia organizada

En otro aspecto de la reforma, el constituyente, bajo una deficiente justificación propone una definición de delincuencia organizada, incorporada al artículo 16 constitucional en los siguientes términos: *por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.*

La argumentación aducida por el poder constituyente para llevarla al texto constitucional, haciendo de lado que para ello existe un Código penal, no encuentra ninguna justificación, pues para ello se sostiene que en *aras de la claridad*⁴¹ que debe tener la norma suprema para hacerla asequible a cualquier habitante del país y entonces generar seguridad jurídica, establecer de manera general qué se entiende por delincuencia organizada, señalando que para ello se incorpora una definición que en esencia es *sustracción de los principales elementos*

⁴⁰ Véase, por ejemplo, los artículos 10 y 121 del Código Penal para el Distrito Federal y 56 del Código Penal Federal. Reglas como éstas existen en todos los códigos penales estatales.

⁴¹ En el dictamen de la Cámara de Diputados, en su p. 19 se dice: Así que es pertinente, en “aras de la claridad” que debe tener la norma suprema, para hacerla asequible a cualquier habitante del país y entonces generar seguridad jurídica, establecer de manera general qué se entiende por delincuencia organizada.

de las concepciones contenidas en el marco jurídico vigente.⁴² Como se ve, un argumento es el de “la claridad” en los conceptos que se refiere como la vía para que el ciudadano conozca la norma y el otro, la “diversidad de conceptos” que sobre delincuencia organizada existen en el marco jurídico del país. Empiezo por esto último.

Si es el caso que en las legislaciones de las distintas entidades del país, como del Distrito Federal se puede llegar a encontrar diferentes definiciones de lo que se tiene como delincuencia organizada, debe entenderse que ello acontece así en razón de que con anterioridad a esta reforma todas ellas podían legislar en esta materia al ser, sin más, materia penal aplicada a delitos de delincuencia organizada pero locales; por ello, como llega a suceder con algunos otros tipos penales (caso muy común, por ejemplo, en delitos de servidores públicos) las entidades federativas los generan conteniendo en ocasiones elementos distintos que en otras. Al ser esto así, el Constituyente busca justificar llevar al texto constitucional una definición de delincuencia organizada frente a esa diversidad de conceptos, esto es, *para que sólo exista uno*.

Esto raya en la incongruencia pues, si se federaliza la competencia para legislar en materia de delincuencia organizada, sólo podría existir una sola definición de la misma que sería precisamente la que se diera en la ley federal (o la que existe actualmente en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada).⁴³ Luego entonces, cómo pretender justificar que se trastoque la Constitución Política en esos términos cuando no sólo ya ninguna de las legislaciones locales en la materia estará vigente (y con ello sus definiciones de delincuencia organizada), sino cuando lo que se perseguía era acabar con esa multiplicidad de definiciones buscando tener sólo una, la definición dada por la ley federal. Por ello, nada interesa lo que digan las distintas legislaciones locales pues con la reforma quedan abrogadas, de ahí

⁴² En este apartado del Dictamen de la Cámara de Diputados, p. 19, se dice: Se incorpora, por tales motivos, una definición que en esencia es “una sustracción de los principales elementos de las concepciones contenidas en el marco jurídico vigente”, misma que viene a delimitar el ámbito de aplicación de las limitaciones a las garantías individuales, desde luego con la posibilidad de que la legislación secundaria pueda otorgar mayor amplitud a las garantías restringidas en principio por la definición constitucional.

⁴³ La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en su artículo 2, dice qué se entiende por la misma.

que se muestre como un absurdo y como un argumento intolerable que de esa manera se trastoque la Constitución Política para elevar a ese nivel una definición como la referida, cuando bastaba con la definición que adopta el legislador penal en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, o, bien, la que se pudiera adoptar en una futura ley ordinaria que rijan la materia.

Como se ve, el Constituyente Permanente tocó sin utilidad alguna a la Constitución Política, dejando de lado en la reforma que su función al modificar el texto constitucional no es la de generar en la Carta Magna definiciones de corte penal, olvidando lamentablemente que la Constitución Política de los mexicanos está muy por encima de ello.

El otro argumento: la claridad en los conceptos. Llevar a la Constitución Política una definición de delincuencia organizada implica restringir su contenido a los elementos que se precisan en esa definición, de ahí que si el legislador ordinario federal exige menos de esos elementos en la construcción del respectivo tipo penal, actualizará un supuesto de inconstitucionalidad de ley, pero si exige más, actuará ampliando garantías, pues la definición que da el Constituyente tan sólo establece el contorno de lo que deberá ser tenido en consideración mínima para la construcción del tipo penal de delincuencia organizada.

Una definición como la que ofrece el constituyente de lo que entiende por delincuencia organizada, conduce a cuestionar si esto constituye o no un tipo penal, precisamente el “tipo penal de delincuencia organizada”, me pregunto ¿si ello da la claridad al texto que invoca el Constituyente?

El único antecedente que hasta ahora se ha tenido en el texto constitucional y que condujo al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a sostener la existencia de un tipo penal en la Constitución Política,⁴⁴ se encuentra en el artículo 109, fracción III, tercer párrafo,

⁴⁴ Tesis: ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL ESTABLECER LA CONDUCTA DELICTIVA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, agosto de 2002. Tesis P. XXXIX/2002, p. 9. Novena época. Instancia: Pleno. Materia: Constitucional, Penal, particularmente es de destacarse al caso lo que al respecto sostiene el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la parte conducente de dicha Tesis que de manera textual se transcribe: “la preocupación del Cons-

de la Carta Magna relativo al delito de enriquecimiento ilícito.⁴⁵ Cabe destacar que el hecho de que el Constituyente haga referencia en alguna norma constitucional a un delito, aun cuando, como ocurre en el caso que se menciona, prevea algunos elementos a considerar como integrantes de la estructura típica, ello no conlleva a aseverar que exista en el texto constitucional un tipo penal, como equivocadamente sostuvo el Tribunal Pleno.⁴⁶ De nueva cuenta, con la desafortunada inclusión en el artículo 16 de la Carta Magna de la definición de delincuencia organizada, el cuestionamiento vuelve a surgir: ¿se trata de un tipo penal en la Constitución o es que simplemente esa referencia dibuja el contorno de lo que el legislador ordinario federal debe considerar para generar el tipo penal de delincuencia organizada?

Las disposiciones de la constitución política de un Estado poseen un alto grado de abstracción, que llega a su máxima amplitud respecto de las normas de principio o de carácter programático. Como afirman Fix-Zamudio y Valencia Carmona⁴⁷ se trata de disposiciones que en su mayor parte formalizan principios y valores que el Constituyente ha considerado esenciales para la comunidad política. Es forma de ser y de estar constituido; en ella se recogen las garantías individuales, las decisiones políticas fundamentales, la forma de gobierno que se asume, la forma de Estado, la organización y funcionamiento de los poderes públicos, etc., “mas no se constituye en un ordenamiento punitivo”. Ciertamente, la Constitución Política reconoce en su normatividad diversas figuras e instituciones, pero no las reglamenta, ni

tituyente de regular, en los diferentes ámbitos, las conductas desplegadas por los servidores públicos, lo condujo a establecer en la propia Constitución el tipo penal de enriquecimiento ilícito el cual, con todos sus elementos integradores, en forma similar fue reiterado en el Código Penal Federal”.

⁴⁵ El artículo 109, fracción III, en su tercer párrafo, dispone: III Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivo del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten sustancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que corresponda.

⁴⁶ Al respecto en sentido crítico, Rodolfo FÉLIX CÁRDENAS, “Enriquecimiento ilícito y principio de legalidad, el criterio del Tribunal Pleno (análisis de la tesis de Jurisprudencia número XXXIX/2002)”, en *Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 32, México, 2004, pp. 363-408.

⁴⁷ Héctor FIX-ZAMUDIO y Salvador VALENCIA CARMONA, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, México, 1999, p. 164.

si quiera está para contener ni definir sus estructuras, mucho menos para servir como Código Penal.⁴⁸

En el caso particular, la definición que aporta el Constituyente Permanente de delincuencia organizada queda sometida a los términos en que la ley que rija la materia establezca para configurar el tipo penal de delincuencia organizada, pues basta para ello la consideración de los delitos asociados a esa forma de criminalidad que están ausentes en el texto de la Constitución Política y que la mención de los elementos recogidos en la definición del artículo 16 no basta por sí misma para configurar el tipo penal referido. Piénsese, como simple ejemplo, que la ley ordinaria, además de decir en cuáles delitos se podrá estar frente a la delincuencia organizada, diga también que esos delitos deban cometerse utilizando armas de fuego, o bien, que establezca algún elemento subjetivo del injusto (por ejemplo, un especial ánimo o propósito) en la actuación de la organización criminal, etcétera.

Si la definición del Constituyente Permanente fuera un tipo penal, bastaría con ella para realizar su aplicación directa al crimen organizado, sin necesidad de una ley ordinaria; sin embargo, dicha definición puede en sí misma ser pasada por otra forma en que la delincuencia se manifiesta, como lo es, la “asociación delictuosa”,

⁴⁸ Como refiere ARTEAGA NAVA, *op. cit.*, p. 44, un intento interpretativo de la Constitución debe partir de la premisa de que ella es un documento legal, con vista a logra una convivencia ordenada y pacífica dispone la existencia de poderes y órganos de autoridad, con facultades, atribuciones, limitaciones y prohibiciones y establece derechos a favor de los individuos. FIX-ZAMUDIO y VALENCIA CARMONA, *ibid.*, p. 41, tras señalar que el derecho constitucional cubre un dominio muy vasto, refieren que éste engloba un conjunto de reglas que fundan al Estado, determinan su forma, le procuran su estructura y sus principios de organización. Todos estos postulados básicos deben ser desenvueltos por la legislación ordinaria; por eso se ha dicho que la Constitución imprime al Estado su “arquitectura constitucional” que tiene que ser complementada en su detalle por la legislación de los niveles inferiores. *Cursivas añadidas.* Miguel Ángel APARICIO PÉREZ, “Modelo constitucional de Estado y realidad política”, en Perfecto Andrés IBÁÑEZ, Luigi FERRAJOLI, Miguel Ángel APARICIO PÉREZ, Salvatore SENESE, Miguel Ángel GARCÍA HERRERA, Pier Luigi ZANCHETA, Guiliano TURIONE, Clemente AGUGER LIÑAN, Michele TARUFFO y Ernesto PEDRAZ PENALVA, *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Ed. Trotta, Madrid, 1996, p. 30, refiere que la Constitución no es identificable con el resto de las normas jurídicas. No sólo porque en su interior existen preceptos puramente valorativos, mandatos incompletos, sino también porque, ante todo, es un documento político que pretende nada menos que organizar el funcionamiento del aparato estatal y de la sociedad misma. *Cursivas añadidas.* Cfr. Conrado HESSE, “Constitución y derecho constitucional”, en Benda MAIHOFFER, VOGUEL; Hayde, *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 5.

por ello se precisa que sea el legislador ordinario federal quien dé lugar al correspondiente tipo penal de delincuencia organizada, sin perjuicio de que frente a la vigencia que se sostiene de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada ello acontece ya en su artículo 2. Por otro lado, si se aceptara que el tipo penal de delincuencia organizada se previó en el artículo 16 reformado, dejaría de cobrar aplicación la ley ordinaria que hoy lo contempla al verse desplazada por la norma constitucional o bien, a futuro, una nueva regulación ordinaria en la materia que pretendiera establecer el aludido tipo penal estaría de sobra pues habría que aceptar que el mismo se encontraría ya en el texto de la Carta Magna y, siendo así, carecería de sentido su incorporación legal frente al desplazamiento que del mismo haría la norma constitucional.

A pesar de la definición de delincuencia organizada que el constituyente permanente proporciona, ésta no configura el tipo penal de delincuencia organizada, sino tan sólo proporciona los elementos mínimos que debe contemplar el legislador penal ordinario para la generación de aquél y, mientras ello no acontezca este extremo se encuentra satisfecho con la descripción contenida en el artículo 2o. de la vigente Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada que absorbe todos sus elementos.

3. Arraigo en delincuencia organizada

En otro aspecto de la reforma, el Constituyente Permanente, partiendo del reconocimiento que hiciera la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de que la figura del arraigo es inconstitucional,⁴⁹ elevó al texto de la Carta Magna dicha figura previendo en el séptimo párrafo del artículo 16 su procedencia para el caso de delincuencia organizada.⁵⁰ Por otro lado, en el régimen transitorio de la reforma,

⁴⁹ Véase *Diario Oficial de la Federación*, 10 de mayo de 2007, que contiene la publicación de la acción de inconstitucionalidad 20/2003 que promovieron los diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua en contra del Congreso del Estado y del Ejecutivo estatal, por considerar que el artículo 122 bis del entonces Código de Procedimientos Penales de la entidad referente al arraigo, violaba la garantía de libertad personal, al no ser una excepción prevista en la Constitución Política que autorizare la restricción de la dicha garantía.

⁵⁰ Al respecto el séptimo párrafo del artículo 16 constitucional que se reforma dice: La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia

específicamente en el artículo UNDÉCIMO,⁵¹ se prevé que los agentes del Ministerio Público *que determine la ley*, podrán solicitar el arraigo en caso de delitos graves y que ello será así hasta el momento en que inicie la vigencia del sistema de enjuiciamiento penal que adopta la reforma, según se vaya poniendo en vigor por las distintas entidades federativas como por el Distrito Federal, lo cual tendrá que acontecer en un plazo no mayor de ocho años a partir del inicio de vigencia de la misma.⁵²

Como se aprecia, a partir de que inicia la vigencia de la reforma constitucional conforme al artículo PRIMERO TRANSITORIO, el arraigo en materia de delincuencia organizada se regirá por lo dispuesto en el artículo 16, séptimo párrafo y, como a partir de ese momento la delincuencia organizada será ya un tema de exclusiva competencia federal,⁵³ conforme al texto constitucional sólo procederá el arraigo en caso de "delincuencia organizada federal" ya que los delitos de "delincuencia organizada locales" desaparecen con la misma; por ello, sólo el Ministerio Público federal podrá invocar esa norma para pedir de un juez el arraigo en contra de uno o más miembros de la delincuencia organizada.

Pero junto a esta disposición, acontecerá que el Ministerio Público que determine la ley, ya sea federal o del fuero común de cualquier

organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

⁵¹ Dicho artículo establece: en tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días.

Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.

⁵² En términos del artículo SEGUNDO TRANSITORIO, que dice: El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; veinte y veintiuno, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

⁵³ Véase *supra*, pp. 10-15.

estado de la República y del Distrito Federal, también podrán solicitar el arraigo a un juez penal, sólo que fundamentados en el artículo DÉCIMO PRIMERO TRANSITORIO de la reforma que contiene un supuesto distinto, como lo es el arraigo para el caso de delitos considerados como "graves" atento a las respectivas legislaciones, sin que en ello tenga cabida la "delincuencia organizada estatal" que desaparece aun cuando sea así estimada, pues el delito de delincuencia organizada se convierte en enteramente federal.

El precepto transitorio aludido restringe la posibilidad de pedir el arraigo a ciertos ministerios públicos, al señalar que ello quedará en manos del "Ministerio Público que determine la ley", con lo cual, no será cualquiera ni todos, sino sólo aquéllos que la ley diga que gozan de esa facultad.⁵⁴

Estas dos disposiciones convivirán en el tiempo hasta un plazo no mayor de ocho años que es el que se concede para que en todo el territorio nacional entre en vigor el nuevo sistema de enjuiciamiento que se propone, con lo cual dependerá del momento en que cada estado y el Distrito Federal generen su nuevo Código de Procedimientos Penales, que en cada caso particular se mantenga en vigor dicho artículo transitorio.⁵⁵ Siendo así, coexistirán en tiempo y en esos términos, esas dos posibilidades para arraigar.

Sin embargo, acontece con la reforma que, cuando el sistema de enjuiciamiento se ponga en marcha, acorde con lo dispuesto por los artículos TRANSITORIOS SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO y deje de aplicarse el diverso DÉCIMO PRIMER TRANSITORIO, entrará en vigor el nuevo párrafo décimo tercero del artículo 16 constitucional, conforme al cual, los futuros jueces de control, entre otros, estarán facultados para resolver sobre la concesión de "medidas cautelares". Sucederá entonces que esta disposición abrirá la puerta para que el arraigo no sólo sea una figura limitada a la delincuencia organizada, sino que, por

⁵⁴ Las leyes orgánicas de las distintas procuradurías o sus reglamentos no suelen definir cuáles serán los ministerios públicos que gocen de la facultad para pedir el arraigo, por lo que se entiende que lo son todos, ya que ello es acorde con el ejercicio de su actividad; sin embargo, al acotarse esa facultad a sólo aquéllos "que determine la ley" será conveniente prever quiénes serán tales ministerios públicos, o simplemente una regla general que diga que dichos servidores públicos serán todos, para evitar así argumentaciones en contra que sostengan que no se tiene la facultad para solicitar el arraigo.

⁵⁵ Si bien es cierto que los artículos transitorios de una ley forman parte de la misma, también lo es que su vigencia se extiende hasta el momento en que cumplen su cometido.

ser una medida cautelar de carácter personal, será posible realizar su solicitud para aquellos delitos respecto de los cuales se establezca su procedencia en los códigos de procedimientos penales que surgirán. Esta medida tendrá sustento constitucional pues aun cuando en otro apartado del propio artículo 16 de la Carta Magna se prevé de manera expresa que el arraigo sea para la delincuencia organizada, lo cierto es que dada su naturaleza de medida cautelar personal será posible su procedencia, fundamentado ello en este otro sustento constitucional, siempre y cuando así se prevea en los ordenamientos adjetivos estatales, como del Distrito Federal, que serán creados.

Como se ve, el arraigo no será entonces ni una figura de exclusiva aplicación federal, ni tan sólo para la delincuencia organizada.

4. Intervención de comunicaciones privadas

La reforma constitucional de 1996 fue la que dio origen al entonces párrafo noveno, hoy décimo segundo del artículo 16 constitucional, como a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, previendo la posibilidad de intervenir comunicaciones privadas como una excepción al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones privadas.

Si bien dicha reforma tuvo como sustento ideológico el combate a la delincuencia organizada y para ello, entre otros instrumentos, precisamente se incorporó a nuestro régimen legal la posibilidad de intervenir comunicaciones privadas en el entonces noveno párrafo del artículo 16 constitucional;⁵⁶ no obstante ello, el Constituyente Permanente no llevó al texto referido la mención de que la aludida intervención de comunicaciones privadas tan sólo fuese procedente en caso de delincuencia organizada; muy por el contrario, dejó abierta la posibilidad de su realización para todo delito al no plasmar la excepción mencionada.

A pesar de ser así, la doctrina de nuestros tribunales y la praxis judicial, entendió no sólo que esa posibilidad operaba únicamente para delitos de delincuencia organizada, no sólo por la grave afectación de derechos fundamentales que conlleva su utilización, particularmente en la afectación al secreto de la comunicación privada, sino

⁵⁶ Que pasa a ser con la reforma constitucional en estudio el décimo segundo párrafo.

porque fue en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada que la misma se reguló.⁵⁷

Acontece con la reforma constitucional en estudio, que si bien es cierto que el contenido del entonces noveno párrafo del artículo 16 no es tocado por la misma, también lo es que en razón de que con ella se produce la “federalización de la delincuencia organizada”, puede sostenerse que ello conlleva a ampliar desmedidamente la facultad del Estado de intervenir en la vida privada de los habitantes de este país al facilitar que, con el nuevo modelo de enjuiciamiento, la intervención de comunicaciones privadas no sólo se pueda realizar con relación a delitos de delincuencia organizada que serán de “naturaleza federal”, sino respecto de otros delitos, pues es claro que al estar facultado el titular del Ministerio Público de los estados y del Distrito Federal, es decir, el procurador local y el del Distrito Federal, a solicitar de un juez federal la intervención de comunicaciones privadas y, siendo que ello no podrá suceder más en delitos de delincuencia organizada por convertirse éstos en “delitos federales” y, por tanto, dejar de existir en el ámbito local; esa solicitud sólo se podrá formular entonces por delitos que “no son de delincuencia organizada”, con lo cual resulta evidente que si anteriormente la intervención aludida se limitó siempre al ámbito de la delincuencia organizada, ahora se ampliará a otros delitos fuera de la misma y de esta manera acontecerá una mayor intromisión del Estado en la vida de los particulares con la evidente restricción de garantías que ello conlleva.

Siendo así, nos aproximamos a una época en que las comunicaciones privadas serán objeto de intervención fuera de la consideración de si existe o no delincuencia organizada, rompiendo con ello lo que hasta esta reforma constitucional –la presencia de delincuencia organizada– se había considerado como lo que podía motivar ese tipo de diligencia.

5. El uso de grabaciones entre particulares como prueba

La reforma constitucional también contempla la posibilidad de usar como prueba en un proceso penal las grabaciones que se efectúen

⁵⁷ Lo mismo aconteció posteriormente en la Ley de Seguridad Nacional, como en las distintas legislaciones especiales en la materia de las entidades federativas y del Distrito Federal que legislaron de esa manera en delincuencia organizada.

entre particulares que participan en una conversación, si es el caso que sean aportadas de manera voluntaria a la investigación.

La motivación del Constituyente Permanente para elevar a rango constitucional una prueba como ésta, se sustenta en considerar lo ilícito que para el común de las personas es la intervención de comunicaciones privadas. Esto es, equiparando este último supuesto al de la grabación de una conversación entre los interlocutores de la misma, el Constituyente destaca que, como para la gente la intervención de comunicaciones privadas es una actividad ilícita,⁵⁸ se precisa entonces llevar al texto constitucional –pensando seguramente en salvaguardar un problema de inconstitucionalidad de ley, que por supuesto es imaginario– las grabaciones entre particulares como prueba de un delito, cuando acontece que, entre este último supuesto y la intervención de comunicaciones privadas no hay ninguna similitud, y mucho menos se trata de lo mismo.

Dicho de otra manera, es un desacierto del Constituyente que justifique llevar a la Constitución Política la reforma que aquí se comenta, porque el que la intervención de comunicaciones privadas practicada fuera del marco constitucional se estime como ilícita, no es el mismo supuesto que la “grabación de una conversación entre particulares” al ser que esta última se desarrolla en un contexto diferente, pues en la misma no ocurre la intromisión ilegal de un tercero en la comunicación que sostienen otros, sino que es uno de los que participa en la conversación quien al hacerlo, y por ello, de manera voluntaria revela datos relacionados con un delito, renunciando así a su derecho al secreto de lo que comunica al otro interlocutor.

De esta manera, el Constituyente coloca en la reforma constitucional como medio de prueba “las grabaciones entre particulares que tengan un contenido delictivo”, al entender, con pleno equívoco, que ello es una excepción a la prohibición de intervenir comunicaciones

⁵⁸ De manera que podría considerarse que eso es suficiente para tener por salvado el problema, pero lo cierto es que, al igual que en el allanamiento policial, esa medida para el público en general es ilícita, por la creencia generalizada de que invariablemente las comunicaciones privadas son confidenciales, aunado a que como es del dominio de los juristas, la jurisprudencia de los tribunales es una interpretación de un determinado texto en un momento histórico que en cualquier momento puede interrumpirse y quedar sin efectos, por lo que es necesario establecer la licitud de esa conducta en las circunstancias precisadas, con carácter general y permanente.

privadas, tras equiparar aquella acción con la de intervenir de manera ilegal una comunicación privada; de ahí que eleve su permisión a la Carta Magna, a pesar de ser claro que tratándose del caso de “grabaciones entre particulares” no existe una ilegal intromisión en la esfera del secreto, por existir precisamente lo contrario, esto es, la libre divulgación del mismo en renuncia del derecho fundamental al secreto de la comunicación privada; así que “las grabaciones entre particulares” no son en realidad una excepción de la referida “intervención ilegal de comunicaciones privadas”. En estos términos el Constituyente es nuevamente desafortunado al llevar al texto constitucional ese medio probatorio, el cual, por cierto, tiene cabida en el Código de Procedimientos Penales como un indicio.⁵⁹

Las grabaciones entre particulares se consideran como indicios en el procedimiento penal, por lo que el hecho de plasmarlas en el artículo 16 constitucional no se traduce en el nacimiento de esa prueba o en el reconocimiento de una nueva prueba para el proceso; esa prueba ha existido y lo sigue haciendo como lo que es, “un documento”, y por ello, siempre ha podido ser ofrecida como tal. De esta manera, es del todo innecesaria su previsión constitucional, de ahí que, de nueva cuenta se trastoque la Constitución Política sin ninguna utilidad y, todo ello, porque dicho poder –en su lamentable confusión– no ha sabido distinguir entre dos pruebas distintas pensando, sin razón, que se trata de lo mismo.

Además, se dice en la reforma constitucional que esto no puede proceder en todo caso porque también hay excepciones y éstas tienen que ver con aquéllos obligados a guardar el secreto profesional. Se trata del abogado, del sacerdote.⁶⁰

Vuelve a trastocarse inútilmente la Constitución Política, pues resguardar el secreto recibido en razón de la actividad profesional da

⁵⁹ Véanse, por ejemplo, los artículos 135, 230, 251, 252 y 261 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y 206, 272 y 285 del Código Federal de Procedimientos Penales y 210 A del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁶⁰ En el undécimo párrafo del artículo 16 constitucional que surge con la reforma se dice: Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

cobertura al profesionista para no revelarlo. Es un problema que se resuelve también a la luz del derecho penal y que por ello no necesita de una reforma a la Carta Magna.⁶¹

Pero habrá que pensar en que el obligado a guardar el secreto lo revele, ¿qué consecuencias traería esto en términos de la reforma constitucional? Si el secreto recibido por el profesional precisamente con dicho carácter es revelado por el mismo, se actualizará una violación, ciertamente directa a un derecho fundamental –que no es sino el derecho a la confidencialidad– que surge con motivo de la reforma en estudio. Esa violación, dada su ilicitud, estará impregnada de una nulidad de pleno derecho y, por lo mismo, de su revelación nada podrá ser extraído.⁶²

⁶¹ Me inclino por considerar que el secreto del profesional bajo ninguna circunstancia debe ser revelado y que el silencio que con motivo de ello se guarde no podría traer consecuencia penal alguna al profesional.

⁶² En términos del artículo 20, apartado A, fracción IX, de la reforma constitucional.