

SOBRE EL NUEVO ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL

Miguel CARBONELL*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Requisitos para la orden de aprehensión*. III. *Concepto de flagrancia*. IV. *Arraigo*. V. *Concepto de delincuencia organizada*. VI. *Limitación de la privacidad de las comunicaciones*. VII. *Creación de la figura de jueces de control*.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma del 18 de junio de 2008 en materia de procedimiento penal tuvo importantes repercusiones en el contenido del artículo 16 constitucional. Recordemos que este artículo es uno de los más leídos y citados por los abogados mexicanos, ya que trata de temas esenciales dentro del conjunto de los derechos fundamentales en México.¹ Es el artículo que establece, entre otros asuntos, las obligaciones de fundamentación y motivación de los actos de molestia que realizan las autoridades, así como las causas por las que se puede detener a una persona.

La reforma de junio de 2008 (conocida coloquialmente como la *reforma de los juicios orales*) modifica el contenido del artículo 16 en los siguientes temas: requisitos para librar una orden de aprehensión, concepto de flagrancia, constitucionalización del arraigo, concepto de delincuencia organizada, uso de comunicaciones privadas dentro de un proceso y figura de los jueces de control.² Veamos con algún detalle las implicaciones más obvias de estas seis cuestiones.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Un análisis de su trascendencia, no solamente en materia penal, puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 3a. ed., México, Porrúa-CNDH-UNAM, 2009, pp. 691 y ss.

² Cabe apuntar que después de junio de 2008 el artículo 16 se reformó nuevamente para incluir un segundo párrafo completamente nuevo en materia de protección de datos personales; la reforma en cuestión fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10.

II. REQUISITOS PARA LA ORDEN DE APREHENSIÓN

La reforma constitucional pretende cambiar el “estándar” para librar una orden de aprehensión. Anteriormente se exigía que dicha orden fuera librada solamente si el juez podía advertir que existía una probable responsabilidad y que se había acreditado la existencia del cuerpo del delito. Estas exigencias habían sido a su vez producto de una reforma anterior, de 1999, en la que se eliminaba la exigencia de que se hubieran acreditado los “elementos del tipo penal”, ya que dicho estándar se estimaba exageradamente elevado y dificultaba el libramiento de tales órdenes.³

Con la reforma se exige que se acrediten los “datos que establezcan que se ha cometido” un hecho delictivo y “que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”. Se trata, como puede apreciarse y como lo reconoce expresamente el dictamen de la Cámara de Diputados redactado para efectos de su aprobación, de una “rebaja” en los requisitos para librar la orden. Dicha rebaja, dice el dictamen, ubica la exigencia en un nivel “internacionalmente aceptado”, aunque en el citado documento no se ofrece ningún ejemplo concreto de los países que lo aceptan así. La idea de los autores de la reforma, en este punto, es remover el “cuello de botella” en que se ha convertido la averiguación previa, a fin de que el indiciado pueda tener a salvo todos sus derechos frente a la autoridad judicial.

Sergio García Ramírez ha escrito duras críticas a esta parte de la reforma, a la que ha calificado como “un retroceso histórico, ominoso y evidente... un severo retroceso en el régimen constitucional de derechos y garantías, con notorio riesgo para la libertad y sin verdadero avance para la justicia”.⁴

En realidad no queda muy claro cuál es el objetivo del poder reformador de la Constitución en este punto y por tanto las advertencias de García Ramírez podrían resultar proféticas. Tiene sentido que se rebajen los requisitos para librar una orden de aprehensión cuando un proceso penal está guiado férreamente por el principio de presunción de inocencia

de junio de 2009. En las páginas siguientes nos referiremos a los párrafos del artículo 16 tal como quedaron acomodados después de la reforma de 2009.

³ Véase las observaciones que sobre el tema nos ofrece Díaz Aranda, Enrique, *Proceso penal acusatorio y teoría del delito*, México, Straf, 2008, pp. 443 y ss. Específicamente, Díaz Aranda considera que la citada dificultad para el libramiento de órdenes de aprehensión derivaba de la adopción por parte del poder reformador de la Constitución de la teoría finalista del delito, tal como quedó expresamente señalado en la exposición de motivos de la reforma de 1999 (pp. 478 y 479).

⁴ *La reforma penal constitucional*, México, Porrúa, 2008, pp. 33 y 36.

y cuando la existencia de la prisión preventiva es en verdad excepcional. En ese caso la orden de aprehensión librada con requisitos “laxos” no tendría más efecto que presentar a una persona ante un juez, a efecto de informarle de la acusación en su contra y darle una oportunidad completa de defensa ante la autoridad judicial, encargada en un primer momento sobre todo de vigilar que se le causen a la persona las menores molestias posibles a lo largo del procedimiento.

Ahora bien, no estamos seguros de que el problema del uso excesivo de la prisión preventiva se haya resuelto en México. Aunque la reforma da un paso adelante mediante la eliminación de esa suerte de cheque en blanco en que se había convertido el concepto de “delito grave” previsto en el apartado A del artículo 20 constitucional,⁵ lo cierto es que tampoco se puede afirmar contundentemente que la prisión preventiva se haya reducido al mínimo indispensable, y ni siquiera que el espacio que le reconoce la Constitución se ajuste a las exigencias internacionalmente reconocidas.

García Ramírez sugiere que el concepto de “hecho delictivo” se debe interpretar como equivalente a “cuerpo del delito”, de tal forma que se impida, por vía de la interpretación, que se materialice el retroceso histórico que representa la reforma.⁶ Es una posibilidad hermenéutica que merece ser tomada en cuenta.

III. CONCEPTO DE FLAGRANCIA

En México la Constitución se ha reformado en tantas ocasiones que ya nadie parece indignarse por el hecho de que se tenga que modificar una vez más para efecto de revertir una mala interpretación de su texto por parte del legislador o incluso del juez. En el caso que nos ocupa, la reforma penal del 18 de junio se tuvo que abocar a la definición constitucional de la flagrancia dado que el legislador ordinario había extendido dicho concepto hasta aspectos que no le son propios, a través de la regulación de la llamada “cuasi-flagrancia”, que permitía detener sin orden judicial cuando ya habían transcurrido 24 o incluso 48 horas de la comisión del delito.

Esta ventana de “oportunidad” para los policías era utilizada con frecuencia, al grado de que un porcentaje relevante de detenciones se

⁵ Una crítica de dicho precepto puede verse en Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM-RENACE, 2009, pp. 102-109.

⁶ *La reforma penal constitucional, cit.*, p. 32.

efectúan sin orden judicial, por haberse aprehendido a la persona en flagrancia o en flagrancia equiparada.⁷

La reforma constitucional señala con claridad en el artículo 16, párrafo quinto, que cualquier persona puede detener al “indiciado” en el momento mismo en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido. No se permite, por tanto, la figura de la quasi-flagrancia o flagrancia equiparada.

Este supuesto de detención autorizado por el texto constitucional se verifica única y exclusivamente cuando se sorprende a una persona en el momento mismo de la comisión del hecho o bien durante su persecución material inmediata posterior.

Es importante llamar la atención del lector sobre una disposición de la reforma constitucional que impacta directamente en el procedimiento de detenciones en flagrancia: nos referimos a la obligación constitucional de crear un registro “inmediato” de detenciones, que figura en la última frase del párrafo quinto del artículo 16.

Respecto de ese registro García Ramírez opina, acertadamente, que debería aplicarse a cualquier modalidad bajo la que se practique una detención, sin que se limite a los casos de flagrancia previstos por el párrafo cuarto. De esa manera habría una constancia registral “inmediata” (hay que tener siempre presente el calificativo que usa la Constitución), de toda detención, arresto, prisión preventiva, reclusión penitenciaria, internamiento de inimputables, etcétera.⁸

¿Qué autoridad tiene la obligación de configurar el registro? Consideramos que tiene que ser la primera autoridad que lo practique, con independencia de que la autoridad “de custodia” a la que se entregue el detenido (por ejemplo el Ministerio Público o el juez de paz) tenga a su cargo otro registro.

García Ramírez nos alerta sobre la necesidad de que el registro de detenciones no se limite a consignar el nombre del detenido, sino que ofrezca datos que pudieran ser relevantes en el curso de los actos pro-

⁷ Los datos que justifican esta afirmación pueden verse en Carbonell y Ochoa Reza, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, cit., pp. 3-4. Véase también las cifras que presentan Bergman y otros, *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la segunda encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*, México, CIDE, 2006, pp. 53 y 54, donde además de la distancia temporal entre la comisión del hecho ilícito y la detención, los autores reparan en el tiempo que transcurre entre la detención y la puesta a disposición de la autoridad ministerial (en el 20% de los casos ese tiempo es de 3 a 6 horas; en el 11% de 7 a 24 horas y en un 5% es de más de 24 horas; sobra recordar que la Constitución dispone que la puesta a disposición debe hacerse inmediatamente).

⁸ García Ramírez, *La reforma penal constitucional*, cit., p. 71.

cedimentales que deben darse a continuación (por ejemplo, para la calificación de las condiciones de la detención que, eventualmente, tendría que hacer el juez de control o juez de garantías): “El registro, verdaderamente indispensable como medio de control que evite abusos de la autoridad, no sirve solamente a la identificación del sujeto, sino trasciende a las diversas consecuencias que pueden provenir de una privación de libertad”.⁹ Habría, en consecuencia, que precisar las circunstancias que rodearon a la detención: hecho, momento, agente que la llevó a cabo, etcétera.

IV. ARRAIGO

Uno de los argumentos más recurrentes que esgrimen las autoridades para justificar su fracaso en la prevención y persecución del delito es que no cuentan con las herramientas legales para tener éxito. Es decir, las autoridades sostienen que necesitan más facultades, dado que las que tienen no son suficientes para enfrentar adecuadamente a la criminalidad. Parece que se trataría de una cuestión vinculada exclusivamente con un régimen jurídico que impediría actuar de forma eficiente a los encargados de aplicar la ley.

En este contexto, hay algunas autoridades que pretenden resolver los problemas de la inseguridad a través de reformas legales, como si los delincuentes estuvieran suscritos al *Diario Oficial* y lo primero que hicieran por la mañana fuera dedicarse afanosamente a su lectura. Lo que ninguna autoridad ha hecho es demostrar que utiliza cabalmente y sin fisuras (internas o externas) las facultades legales que efectivamente tiene; esto es importante ya que si no demuestra que ha “agotado” el espacio que le otorga la ley para combatir a la criminalidad, difícilmente se justificaría que pidiera una ampliación de facultades o que argumentara que las actuales no son suficientes.

Lo anterior viene a cuento porque la reforma constitucional que estamos analizando parece que dio por buenos tales argumentos y les proporcionó una herramienta muy delicada a los agentes de la autoridad encargados de la investigación de los delitos. Nos referimos al arraigo previsto ahora en el párrafo octavo del artículo 16 de la carta magna.

La reforma señala que el arraigo será decretado solamente por la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y cuando se trate de delitos considerados como de delincuencia organizada. Además de esa reserva “competencial”, el párrafo en cuestión determina que el arraigo

⁹ *Idem.*

podrá durar un máximo de 40 días, los cuales, sin embargo, podrán ser extendidos por otros 40. Es decir, una persona puede permanecer arraigada durante casi 3 meses sin que se formalice en su contra una acusación o se le vincule a proceso.

La reforma precisa que el arraigo solamente se podrá imponer cuando “sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia”.

Frente a su regulación anterior (en el nivel legislativo), la disposición constitucional que comentamos tiene la virtud de que limita la aplicación del arraigo a las investigaciones que se realicen por la presunta comisión de delitos calificados como de delincuencia organizada; hay que considerar que tales delitos caen bajo la competencia federal únicamente, según el artículo 73, fracción XXI, adicionada también mediante la reforma publicada el 18 de junio de 2008.

Infortunadamente, el artículo undécimo transitorio de la misma reforma extiende la potestad de los jueces de todos los niveles de gobierno para conceder el arraigo hasta por 40 días, cuando se trate de delitos graves. Tal potestad no existe para aquellas entidades federativas en las cuales ya se haya producido la declaratoria de la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal, tal como lo exige el artículo segundo transitorio, siempre del decreto del 18 de junio. Esta regla se aplica tanto a las entidades federativas que ya cuentan con el nuevo sistema penal como para aquellas que lo irán implementando en los siguientes años. Lo peligroso es que la reforma permite extender el uso del arraigo hasta por 8 años (en el caso límite) y lo hace ahora desde el propio texto constitucional, por lo que no podrá determinarse la inconstitucionalidad de la figura, que ya se había determinado por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Cabe destacar que el transitorio autoriza nada más el “arraigo domiciliario”, por lo que no podrá decretarse que el detenido sea ubicado más que en su propio domicilio, con lo cual se extingue la posibilidad de llevarlos —como ha sucedido durante tantos años a casas de seguridad o “centros de arraigo”—.

La constitucionalización del arraigo ha generado fuertes críticas por parte de los especialistas. Se trata de uno de los aspectos más cuestionables o débiles de la reforma, ya que lleva hasta la carta magna el muy vernáculo principio de “detener para investigar”, cuando en la mayoría de países democráticos del mundo sucede lo contrario: primero se investiga a una persona y, cuando se reúnen los elementos suficientes, se

le detiene. Los autores de la reforma quisieron ser muy “internacionales” en ciertos temas, pero resultaron excesivamente domésticos en otros.

En el fondo de las críticas que se le han hecho a esta parte de la reforma late un problema más general, sobre el que tendremos oportunidad de volver en su momento: el problema de si el combate a la criminalidad organizada puede hacerse con las reglas comunes del procedimiento penal o si, por el contrario, hacen falta reglas específicas que permitan enfrentar a las grandes bandas de asaltantes, contrabandistas, tratantes de personas, roba-coches, secuestradores o narcotraficantes. Se trataría de discutir sobre la justificación y el espacio que se le debería dar (o no dar) a un “derecho penal de excepción” o con “garantías atenuadas”.

Desde luego, la Constitución mexicana parece haberse inclinado por la creación de un subsistema penal aplicable a la delincuencia organizada, como lo demuestra el párrafo que estamos analizando y el que le sigue en la enunciación del artículo 16. Al elegir esta ruta nuestro país no está inventando nada, sino que se suma a las experiencias parecidas de otros Estados, de los que tenemos, sin embargo, mucho que aprender.¹⁰

V. CONCEPTO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA

El párrafo noveno del artículo 16 constitucional señala, a partir de la reforma, que 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”.

Se trata de una disposición que nos ofrece una de las claves de comprensión de la reforma en su conjunto y que puede dar lugar a distintos puntos de análisis.

Comencemos por su aspecto más evidente: el puramente gramatical. La enunciación del párrafo es, a simple vista, tan amplia como imprecisa. El poder reformador de la Constitución decidió tomar como base para su concepto de delincuencia organizada dos coordenadas, de entre las muchas posibles: una numérica, vinculada con el número de integrantes de un grupo o banda (3 o más personas) y otra temporal, relacionada con la duración de sus actividades delictivas (las cuales deberán ser “permanentes” o “reiteradas”, para encajar en la definición constitucional).

La definición del párrafo noveno contiene un elemento adicional que conviene observar: hace una remisión a la ley en su última parte, de

¹⁰ Véase, sobre el tema, las consideraciones que realiza Luigi Ferrajoli, a propósito del subsistema penal de excepción en Italia, dentro de su magna obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2004, pp. 695 y ss.

modo que le ofrece al legislador la habilitación para que intente ser más preciso y cuidadoso, cabe suponer que con el objetivo de que no se abra un boquete enorme para los derechos fundamentales bajo el amparo de la lucha contra la criminalidad organizada. Desde luego, la ley no podrá extender los supuestos de restricción de derechos ni ampliar el concepto ofrecido por la Constitución para definir lo que debe entenderse por delincuencia organizada. Pero sí podrá restringir su alcance, a fin de que el régimen jurídico para la delincuencia organizada se aplique al menor número de casos, a aquéllos en que de verdad sea imprescindible.

Con todo, cabe apuntar que el legislador no cuenta con un cheque en blanco para definir lo que se debe entender por delincuencia organizada. Además de estar limitado por el propio texto constitucional expreso, considero que debe remontar una especie de “carga de la prueba” en la que tendría que demostrar que una determinada conducta efectivamente puede ser definida como de delincuencia organizada y estar sujeta —en esa virtud— a un régimen de garantías atenuadas. En su caso, la determinación legislativa tendría que pasar un test de proporcionalidad a cargo de los jueces constitucionales.

Ahora bien, como se apuntaba en el inciso anterior, preceptos como el que estamos comentando nos convocan a pensar en las posibilidades de éxito del Estado mexicano en su lucha frente a la criminalidad organizada y sobre si el procedimiento penal ordinario permite dicho éxito o más bien lo impide, dificulta o estorba. Y en este punto la pregunta esencial es si los problemas de la impunidad generalizada son una cuestión de eficacia y preparación de los encargados de aplicar la ley, o bien de falta de facultades a favor de los agentes del Estado mexicano. La respuesta parece obvia, a la luz de la evidencia disponible y no hace falta abundar demasiado en ella. En todo caso, se debe señalar que un régimen diferenciado debe justificarse con mucha puntualidad y ser interpretado de forma restrictiva (como se interpretan siempre las excepciones). Por tanto, se puede afirmar que el procedimiento penal ordinario debe ser el que se aplique como regla general, a menos que haya elementos indudables que hagan aplicable el régimen de delincuencia organizada.

VI. LIMITACIÓN DE LA PRIVACIDAD DE LAS COMUNICACIONES

La nueva redacción del párrafo decimosegundo del artículo 16 constitucional abre un flanco de debilidad para el principio de que las comuni-

caciones privadas no deben ser intervenidas, ni pueden tener valor en un juicio, a menos que exista una orden judicial previa que autorice su registro. En efecto, la reforma constitucional permite ahora que las comunicaciones privadas puedan aportarse a juicio, siempre que esto se haga de forma voluntaria por una de las partes que intervienen en las mismas.

El juez de la causa está facultado para valorar el alcance de la aportación que haga una de las partes de la comunicación, de modo que la reforma establece, desde el texto de la carta magna, un principio de libre valoración de la prueba a favor de la autoridad judicial. Libertad evidentemente anudada a los principios de la lógica y la argumentación jurídica.

El mismo párrafo citado señala una limitación importante: ninguna conversación puede ser admitida en un juicio si viola un deber de confidencialidad establecido legalmente (un deber previsto por el legislador, por tanto).¹¹

En los documentos que se redactaron a propósito de la reforma por parte de los legisladores federales, se expuso que esta medida tenía por objetivo permitir que una conversación grabada por los familiares de la víctima de un secuestro pudiera ser aportada en juicio, sin que un juez pudiera declarar su nulidad. Ahora bien, podría haberse llegado a dicha conclusión sin modificar el texto constitucional, a través de una interpretación adecuada del límite al correspondiente derecho fundamental. Tal límite estaría ubicado en la frontera de la conducta penal.

En efecto, ningún derecho fundamental puede servir para la comisión de delitos. La libertad de tránsito no alcanza para violar la propiedad privada de nuestro vecino, la libertad de expresión no sirve para insultar o vejar a las demás personas, el derecho a una vivienda digna no avala la invasión de terrenos o casas particulares, el derecho a la salud no solapa el robo a una farmacia y así por el estilo. El derecho penal, en términos generales, es un límite a los derechos fundamentales, siempre que los tipos penales puedan justificarse en relación a otro derecho fundamental.

En este contexto, por citar un ejemplo, el delito de secuestro atenta contra la libertad de tránsito de la persona, contra su integridad física y contra otros bienes de rango constitucional o protegidos por los tratados

¹¹ Es evidente, para nosotros, que la norma remite a la ley por cuanto hace a la existencia del deber de confidencialidad, el cual puede desde luego surgir y tomar forma, en un caso concreto, a partir de la existencia de un contrato o de un nombramiento. No hay en esto, nos parece, ninguna confusión ni puede haberla. Véase, sin embargo, las observaciones de García Ramírez, *La reforma penal constitucional, cit.*, p. 81.

internacionales. En esa medida, el correspondiente tipo penal puede ser esgrimido como un límite al derecho fundamental de inviolabilidad de las comunicaciones privadas. No hacía falta modificar la Constitución para llegar a esa conclusión.

Sin embargo, con la adición realizada al párrafo decimosegundo se corre el riesgo de que las autoridades puedan utilizar a particulares para obtener información de ciertas personas a las que se esté investigando, sin tener que pedir la correspondiente orden judicial. García Ramírez apunta que “es obvio que la autoridad puede valerse de particulares o los propios infractores pueden preparar elementos de descargo o motivos de benevolencia a través de la grabación de comunicaciones. Aquéllos serían aportadores «voluntarios» de registros”.¹²

Por otro lado, la disposición añade un importante grado de incertidumbre en las comunicaciones, ya que cualquiera podría pensar que está siendo grabado y que lo que diga podría terminar siendo presentado en un juicio, generando de esa forma un efecto inhibitorio en el ejercicio del correspondiente derecho fundamental.

La norma no es clara cuando señala que la valoración del juez se hará siempre que la conversación esté relacionada con la comisión de un delito. ¿Significa eso que solamente se podrán aportar grabaciones dentro de juicios penales o también se podrán aportar en juicios de otras materias, cuando lo grabado pudiera tener alguna “relevancia” penal?

Para terminar este apartado, queremos destacar que no deja de ser curioso que la reforma ponga en cuestión la oponibilidad del derecho a la privacidad de las comunicaciones justo cuando la Suprema Corte había reconocido que dicha privacidad podía ser violada también por los particulares (aceptando de esa manera la teoría más moderna de los derechos fundamentales, que les reconoce “efectos horizontales” a los mismos, en la medida en que obligan tanto a las autoridades como a los particulares).¹³ Las tesis en cuestión fueron las siguientes:

¹² *La reforma penal constitucional*, cit., p. 81.

¹³ Sobre el tema, Bilbao Ubillos, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997; *id.*, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, BOE, 1997; Vega, Pedro de, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)”, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002; Ferrajoli, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, en varios autores, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002; Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; Mijangos y González, Javier, “El amparo en revisión 2/2000: una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en

Comunicaciones privadas. El derecho a su inviolabilidad, consagrado en el artículo 16, párrafo noveno, de la Constitución Federal, es oponible tanto a las autoridades como a los gobernados, quienes al transgredir esta prerrogativa incurren en la comisión de un ilícito constitucional. Del análisis de lo dispuesto en diversos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la misma contiene mandatos cuyos destinatarios no son las autoridades, sino que establece deberes a cargo de los gobernados, como sucede, entre otros casos, de lo dispuesto en sus artículos 2o., 4o. y 27, en los que la prohibición de la esclavitud, el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, así como los límites a la propiedad privada, constituyen actos u omisiones que deben observar aquéllos, con independencia de que el mandato constitucional constituya una garantía exigible a las autoridades y que, por ende, dentro de su marco competencial éstas se encuentren vinculadas a su acatamiento. En tal virtud, al establecer el Poder Revisor de la Constitución, en el párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución General de la República, que las “comunicaciones privadas son inviolables”, resulta inconcuso que con ello estableció como derecho fundamental el que ni la autoridad ni los gobernados pueden intervenir una comunicación, salvo en los casos y con las condiciones que respecto a las autoridades establece el propio numeral y, por tanto, la infracción de los gobernados a tal deber conlleva la comisión de un ilícito constitucional, con independencia de los efectos que provoque o del medio de defensa que se prevea para su resarcimiento, en términos de la legislación ordinaria correspondiente. *Tesis aislada. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, diciembre de 2000, novena época, Segunda Sala, Tesis 2a. CLX/2000, p. 428.

Comunicaciones privadas. Las pruebas ofrecidas dentro de un juicio civil, obtenidas por un gobernado sin respetar la inviolabilidad de aquéllas, constituyen un ilícito constitucional, por lo que resultan contrarias a derecho y no deben admitirse por el juzgador correspondiente. El artículo 16, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las comunicaciones privadas son inviolables; que 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

las relaciones entre particulares”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 14, 2003; Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2004; Valadés, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, SCJN, 2005 y Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México, cit.*, pp. 132 y ss.

correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada; que dicha petición deberá ser por escrito, en la que se funden y motiven las causas legales de la solicitud, expresando el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración; y que no se podrán 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. El párrafo décimo de dicho numeral señala que las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes, y que los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio. Ante ello, debe estimarse que fue voluntad del Poder Revisor de la Constitución establecer como derecho fundamental la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y, en contrapartida, la obligación exigible tanto a las autoridades como a los gobernados de respetar dicha prerrogativa, lo que da lugar a que si un gobernado realiza la intervención de alguna comunicación privada sin el consentimiento expreso e irrefutable de los que la entablan, incurrirá en un ilícito constitucional; por ende, si dentro de un juicio civil, en cualquiera de sus especies, una de las partes ofrece como prueba la grabación de una comunicación privada que no fue obtenida legalmente, tal probanza debe estimarse contraria a derecho y, por tanto, no debe admitirse por el juzgador correspondiente, pues ello implicaría convalidar un hecho que en sí mismo es ilícito. *Tesis aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, diciembre de 2000, novena época, Segunda Sala, Tesis 2a. CLXI/2000, p. 428.

VII. CREACIÓN DE LA FIGURA DE JUECES DE CONTROL

El párrafo decimocuarto del artículo 16 constitucional, a partir de la reforma del 18 de junio de 2008, crea la figura de los “jueces de control” y señala su ámbito esencial de competencia: resolverán las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, cuando requieran control judicial; en el ejercicio de dichas facultades deberán velar por la garantía de los derechos de los indiciados y los de las víctimas u ofendidos.

Las solicitudes de medidas cautelares serán atendidas por los jueces de control “de inmediato” y resueltas “por cualquier medio”. Para evitar una completa “desformalización” en el ejercicio de tales atribuciones, el nuevo texto constitucional ordena que exista un registro “fehaciente” de todas las comunicaciones entre los jueces de control, el Ministerio Público y las demás autoridades competentes.

SOBRE EL NUEVO ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL

Quizá se trate de una de las medidas más importantes y acertadas de toda la reforma que estamos analizando.¹⁴ A través de los jueces de control se logran varios objetivos que apuntan en la dirección correcta: por un lado se contribuye a la “judicialización” de las investigaciones; por otra parte se ordena una completa jurisdiccionalidad en la garantía de los derechos tanto del indiciado como de los ofendidos, dentro de las etapas iniciales del procedimiento penal; además, se prevé constitucionalmente la celeridad de las solicitudes de medidas cautelares, lo que puede redundar en una imposición más efectiva de las mismas y de esa manera contribuir a evitar los episodios de todos conocidos en los que algún juez se ha tardado casi una semana en librar una orden de cateo, mientras las fuerzas de policía tenían rodeado un domicilio en el que estaban encerrados presuntos delincuentes, incluso con víctimas de secuestro dentro del mismo domicilio.

El legislador encargado de emitir los ordenamientos que desarrollen la reforma tiene un reto formidable por lo que hace a la regulación de los jueces de control, tanto a nivel federal como local. Hay al menos cuatro cuestiones relacionadas con los jueces de control que tendrán que ser atendidas por el legislador:

a) Se tendrán que determinar las facultades concretas que podrán ejercer.

b) Se deberán precisar los requisitos para sus actuaciones y la forma de cumplir con el mandato constitucional de registro de comunicaciones entre los propios jueces y las demás autoridades.

c) Deberá ser capaz el legislador, adicionalmente, de coordinar adecuadamente la función investigadora del Ministerio Público y la facultad, también establecida constitucionalmente, de los jueces relacionada con las técnicas de investigación.

d) Finalmente, será importante precisar en la legislación secundaria la relación que debe existir entre los jueces de control y los jueces de la causa, a fin de que no se superpongan atribuciones (por ejemplo en relación a las medidas cautelares, las cuales pueden ser impuestas en la etapa de la investigación pero permanecer vigentes durante la etapa del proceso).

Ahora bien, quizá el reto mayúsculo, como siempre, vaya más allá de lo normativo y resida en la necesidad de seleccionar adecuadamente a

¹⁴ Incluso algunos de los críticos más informados de la reforma reconocen que se trata de una medida “plausible”; véase García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional*, cit., p. 59.

las personas que serán jueces de control y en que tales personas asuman un compromiso serio con la legalidad y con el profesionalismo que requiere su delicada función.¹⁵ Los jueces deben efectivamente ejercer “control”, sin limitarse a obsequiar de forma laxa los pedimentos de las demás autoridades. La celeridad es importante, pero no tanto como la justicia. Veremos si el Estado mexicano está a la altura de la encomienda, aunque sea por una vez.

¹⁵ Sobre el tema general del papel de los jueces, además de las obras que se han citado en notas anteriores, Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2008.