

ÓRDENES DE CATEO: ENTRE LA GARANTÍA Y LA EFICACIA

Dr. Jorge Chaires Zaragoza¹



Sumario: I. Introducción II. Reforma constitución al sistema de justicia penal de la LX legislatura. III. Discusión sobre la propuesta para permitir que los policías puedan ingresar a los domicilios sin orden judicial. VI. Conclusiones. Fecha de recepción: 01 septiembre de de 2009/fecha de aceptación 01 octubre de 2009

Resumen: La aplicación del derecho penal se ha enfrentado con el dilema de su efectividad, pero sin afectar las garantías y derechos consagrados en los textos constitucionales. En países como México en donde los índices de violencia son muy altos, estas garantías y derechos son concebidos como un obstáculo en la función de prevenir y perseguir los delitos, sobre todo porque el más mínimo error de la autoridad en el procedimiento es impugnado como violación a las garantías constitucionales del indiciado; aunque también es cierto que los abusos de la autoridad sigue siendo una práctica habitual, que no podemos soslayar. Esta divergencia nos ha impedido avanzar en el tema que analizamos en este breve trabajo, sobre la posibilidad de que los policías puedan ingresar a los domicilios

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor investigador del Departamento de Disciplinas Auxiliares del Derecho. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel 1.

sin orden de cateo en caso de flagrancia. Llama la atención que países como los Estados Unidos de Norteamérica, España, Colombia y Perú, entre otros, contemplan en sus textos constitucionales esta excepción a la garantía de la inviolabilidad del domicilio, además de que la Suprema Corte de Justicia se pronunció sobre dicha posibilidad.

Palabras clave: orden de cateo, flagrancia, allanamiento, eficacia, policía.

Abstract

The application of criminal law has faced with the dilemma of its effectiveness, but without affecting the guarantees and the rights enshrined in the constitutional texts. In countries such as Mexico, where violence rates are very high, these guarantees and rights are designed as an obstacle to prevent and prosecute crimes, especially because the slightest mistake of authority in the procedure is challenged as constitutional violation from the suspect; but it is also true that certain abuses from authority are still common practice, which We can not avoid. This divergence prevented us to make progress on the subject to We discussed in this short work, about the possibility that the police to enter homes without a search warrant in case of flagrante delicto. Draws attention to countries like the United States of America, Spain, Colombia and Peru, among others, that are covered by their constitutional texts this exception to guarantee the inviolability of the home, also Supreme Court commented on that possibility.

I. Introducción.

El 18 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma constitucional en materia de justicia penal, considerada como la más importantes de la historia moderna de México, ya que implicó un cambio integral del sistema de justicia penal, pasando del modelo mixto preponderantemente inquisitivo a uno garantista de corte acusatorio y oral. La reforma comprendió la modificación a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en donde se consideraron procedimientos completamente novedosos dentro de nuestro sistema de justicia penal, como son los juicios orales, jueces de control, mecanismos alternativos de solución de controversias y la facultad investigadora de la policía. Cabe señalar que la propuesta fue bien recibida por prácticamente todos los diputados y senadores, excepto por ciertas modificaciones al artículo 16

que, de acuerdo con algunos legisladores, implicaban violaciones a las garantías individuales prescritas en la Constitución, tales como el acceso por parte del ministerio público a información clasificada en casos de delincuencia organizada, la posibilidad de ingresar a los domicilios sin orden judicial por parte de los policías y la grabación de comunicaciones entre particulares.

La aplicación del derecho penal históricamente se ha enfrentado con el dilema de su efectividad, pero sin afectar las garantías y derechos consagrados en los textos constitucionales. Como lo reconoce Jesús Zamora Pierce, estamos ante un binomio que busca conciliar intereses en principio difícilmente conciliables². Ante los constantes abusos de la autoridad penal los defensores de los derechos humanos han propugnado porque exista una verdadera protección y no sólo un enlistado de garantías o derechos. Por su parte, para las autoridades de seguridad y procuración de justicia las garantías constitucionales muchas veces son vistas como un obstáculo en su tarea de prevenir y perseguir los delitos.

En este breve trabajo analizaremos precisamente uno de los temas que causó mayor polémica dentro de los debates parlamentarios, tanto en la cámara de diputados como en la cámara de senadores, y que fue el de otorgarle la posibilidad a la policía para que pueda ingresar a un domicilio sin orden judicial. En la primera parte del trabajo analizamos el proceso legislativo de la reforma, resaltando las opiniones de los diferentes partidos políticos representados en el Congreso. En la segunda parte, hacemos un recuento del debate parlamentario y de algunas opiniones de especialistas en la materia.

II. Reforma constitución al sistema de justicia penal de la LX legislatura.

² Zamora Pierce, Jesús. "Derecho procesal penal y derechos humanos", en *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI* (Coloquio Internacional). México, INACIPE, 1998, pp. 197 – 201.

El 12 de diciembre del 2007 se presentó ante el pleno de la cámara de diputados el dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, a efecto de reformar los artículos 16, 17, 18, 19 20, 21, 22, 73, 115 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Del artículo 16, se establecieron estándares de prueba para librar órdenes de aprehensión; se suprimió el término de cuerpo de delito; se definieron conceptos como la flagrancia, el arraigo y delincuencia organizada; se dispuso la facultad de acceder a información clasificada en casos de delincuencia organizada; se instituyeron los jueces de control; se abrió la posibilidad de ingresar a los domicilios sin orden judicial y de llevar a cabo grabaciones de comunicaciones entre particulares. Del artículo 17, se fijaron mecanismos alternativos de solución de controversias. En el artículo 18, se cambiaron las denominaciones de pena corporal por el de pena privativa de la libertad, de reo por sentenciado y de readaptación por reinserción; se dispuso la creación de centros de alta seguridad para delincuencia organizada y de otros internos que requieran seguridad especial y se fijaron excepciones en casos de delincuencia organizada. Del artículo 19, se cambió de denominación de auto de sujeción por el auto de vinculación; se previó modificar el estándar probatorio para el libramiento del auto de vinculación a proceso; se fijaron los principios de subsidiaridad y excepcionalidad para la procedencia de medidas cautelares y presión preventiva; se determinó la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal y del proceso en delincuencia organizada. Del artículo 20, se determinaron las bases para el proceso acusatorio y oral. Se reestructuró el artículo en tres partes: en el apartado A, se fijaron los principios del proceso; en el apartado B, se establecieron los derechos del imputado y en el apartado C, los derechos de la víctima o del ofendido. Del artículo 21, se le otorgaron facultades a la policía para investigar los delitos; se fijaron nuevas bases de coordinación del sistema nacional de seguridad pública; se estableció la posibilidad de la acción penal privada y se determinaron los criterios de oportunidad. Del artículo 22, se instituyó el principio de la proporcionalidad de la pena y la figura de la extinción de dominio. Del artículo 73, se propuso la reforma a la fracción XXI a efecto de que sea facultad exclusiva del Congreso de la Unión legislar en materia de delincuencia organizada. Del artículo 115, se precisó la coordinación entre la federación, los estados y los municipios en materia de seguridad pública y, finalmente del artículo 123 se determinaron nuevos criterios en materia laboral para los miembros de las instituciones policiales y de la procuración de justicia.

Los diferentes grupos parlamentarios de la cámara de diputados fijaron su posición en lo general a favor de la reforma, reservando para su discusión en lo particular algunos artículos que consideraron presentaban graves violaciones a los derechos humanos³. Así, por ejemplo, el coordinador de la bancada del Partido de la Revolución Democrática, el diputado Javier González Garza pidió una moción suspensiva a efecto de discutir el dictamen en el siguiente periodo de sesiones, pues dijo que a su partido le preocupaba que se judicialice la protesta y de los movimientos sociales, así como el que existieran tantos presos políticos en nuestro país. Los diputados y diputadas que subieron a la tribuna para pronunciarse en contra, manifestaron que la reforma buscaba institucionalizar la violencia de Estado y que la criminalización de la lucha social era una estrategia de Estado. Hicieron hincapié en la preocupación de incorporar a la Constitución un régimen de excepción bajo el pretexto de la lucha contra la delincuencia organizada, que justifique el Estado policiaco. Advirtieron que la violación a los derechos humanos puede suceder en gran escala si no se ponía freno a la discrecionalidad de la aplicación de esas nuevas medidas⁴. Subrayaron que se oponían a que se constitucionalice la violación de garantías y derechos, y que no era a través de los arraigos, el allanamiento y la incomunicación lo que iba a contribuir a hacer más efectiva la lucha contra el crimen organizado. Después de la postura de los diferentes partidos políticos el dictamen fue votado en lo general y en lo particular los artículos no impugnados por 366 votos a favor por 53 en contra y 8 abstenciones. Se procedió al debate de los artículos reservados, los cuales finalmente fueron desechados por lo que la reforma pasó al senado para sus efectos constitucionales.

El dictamen fue turnado a la cámara de senadores como cámara revisora para su análisis y dictamen correspondiente el día siguiente, que fue el último día del primer periodo ordinario del segundo año de ejercicio, siendo turnado a las comisiones unidas de puntos constitucionales, de justicia, de gobernación, de seguridad pública y de estudios legislativos, segunda. Los grupos parlamentarios

³ Se reservaron los siguientes artículos: 16, párrafo séptimo; 16, párrafo trece; 16, 17, 18, 19 y 20; 16, párrafos diez, once y doce; 16, párrafos ocho, doce, trece y quince; 16, párrafos dos y doce; 16, párrafo segundo; 16, párrafo doce; 16, párrafo doce; 16, párrafo quince; 16, párrafo quince; 16, párrafo quince; 16, párrafo ocho; 16, párrafo 10, suprimir; 16, párrafo 13, suprimir; 17, 18, 19 y 20; 18, párrafo noveno; 18, párrafo octavo y noveno; 18, último párrafo; 19, párrafo sexto; 20, 21, párrafo primero; 21, párrafo primero; 21, párrafo séptimo; 21 párrafo primero; 73, fracción vigésima primera; segundo transitorio; segundo transitorio; adición de un transitorio.

⁴ Incluso, afirmó que las reformas se daban en el marco del inicio de la llamada Iniciativa Mérida, como parte de los acuerdos del gobierno federal con el de Bush.

representados en la cámara de senadores fijaron su postura respecto al dictamen, algunos de ellos haciendo fuertes críticas. El senador Pablo Gómez Álvarez en nombre del Partido de la Revolución Democrática reconoció el gran esfuerzo que significaba la reforma y admitió que tenía varios méritos, entre ellos la idea de los jueces de control, los juicios orales y los métodos alternativos de solución de conflictos. Sin embargo, consideró que haciendo un balance al proyecto albergaba tales violaciones de derechos fundamentales que no permitía el que se evaluara positivamente. Criticó el hecho de que el proceso de dictaminación fuera tan rápido. Manifestó que el constitucionalismo nació para establecer derechos y para poner límites al poder, pero que ahora estaban en un constitucionalismo de reversa, quitando derechos y dándole mayores atribuciones a los poderosos. El Senador Ricardo Monreal Ávila formuló voto particular declarando que le causaba mucha tristeza que bastaron 16 horas para concluir un proceso legislativo trascendente que modifica, derogar y adicionar artículos fundamentales que se contienen en la parte dogmática de nuestra Carta Magna. Preciso el senador Monreal que el problema fundamental que encontraba en la reforma era que simplemente creaba un sistema autoritario, con amplísimas posibilidades de avasallar a los ciudadanos y sin ninguna posibilidad efectiva de combatir al crimen, además de dejar abierta la puerta para combatir con extrema violencia a los adversarios políticos. Y aclaró que a lo largo del proyecto de decreto de reforma se percibían profundos cambios a nuestros esquemas tradicionales, pero que muchos de ellos eran para destruir un sistema de libertades y derechos humanos que nos había llevado décadas construir. Por su parte la senadora Rosario Ybarra aseguró que la reforma destrozaba la esencia constitucional de carácter libertario [SIC] y permitía que manifestaciones de carácter político de cualquier signo ideológico sean consideradas como delincuencia organizada. Pidió a los legisladores que en abono de los derechos humanos, no se convirtieran en sátrapas parlamentarios y que no solapen los ánimos despóticos de los autores de la reforma. El Senador Alejandro González Alcocer del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional fijó la posición de su grupo parlamentario a favor de la reforma. Señaló que a algunos se les olvidaba que la seguridad pública también era un derecho fundamental de los ciudadanos, y que se confundía con otras defensas a ultranza de derechos individuales que a veces pugnan contra derechos sociales en la instauración de un sistema penal. Argumentó que por eso estaban buscando con responsabilidad ese equilibrio entre garantías individuales, seguridad pública y justicia penal. Preciso que no había sido una tarea sencilla, porque se necesitaba transitar de un sistema a otro con un lapso de convivencia entre dos sistemas. Aclaró que no era copia “extra-lógica” de modelos extranjeros puros porque, aseveró, se tenían que hacer de acuerdo a lo que nuestro derecho y nuestra circunstancia nos imponían. Hizo referencia a autores como Luigi Ferrajoli

y Sergio García Ramírez para sustentar que con esa reforma se estaba encontrando la relación armoniosa entre las libertades y garantías y las nuevas exigencias de la seguridad y la paz. Citó, asimismo, un texto de la obra *El Sistema de Justicia Penal y su Reforma*, de Samuel González, Ernesto Mendieta, Edgardo Buscaglia y Moisés Moreno: *“En materia de derechos humanos y su protección se puede calificar a los que proponen estos sistemas desde un plano ideal o, peor aún, principista y dogmático en contra posición a los que proponen pensando ya en su implementación eficiente”*.

El pleno de la cámara de senadores aprobó la minuta con las siguientes modificaciones: **A.- Se eliminó el párrafo décimo** del proyecto en el que se otorgaba la facultad al ministerio público con la autorización del Procurador General de la República para tener acceso directo a documentación de carácter reservado y confidencial para la investigación de los delitos. **B.-Se modificó el párrafo undécimo (antes duodécimo)**, eliminándose las palabras **"información o conocimiento de"**, como parte de las hipótesis que autorizaban a la policía para ingresar a un domicilio particular sin autorización judicial, ante la existencia de una amenaza inminente a la vida o a la integridad de las personas.

Proyecto Cámara de Diputados (cámara de origen)	Cámara de Senadores (cámara revisora)
<p>Art. 16, párrafo décimo.</p> <p>En los casos de delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación, autorizado en cada caso por el Procurador General de la República tendrá acceso directo a la documentación fiscal, financiera, fiduciaria, bursátil, electoral y aquella que por ley tenga carácter reservado, cuando se encuentre relacionada con la investigación del delito.</p>	<p>Art. 16, párrafo décimo.</p> <p>Se suprimió el párrafo.</p>
<p>Art. 16, párrafo duodécimo.</p> <p>La policía podrá ingresar sin orden judicial a un domicilio cuando exista una amenaza actual o inminente a la vida o a la integridad corporal de las personas, así como en el caso de flagrancia cuando se esté persiguiendo materialmente al inculpado, en los términos del párrafo cuarto de este artículo.</p>	<p>Art. 16, párrafo duodécimo.</p> <p>La policía podrá ingresar sin orden judicial a un domicilio cuando exista (información o conocimiento de) una amenaza actual o inminente a la vida o a la integridad corporal de las personas, así como en el caso de flagrancia cuando se esté persiguiendo materialmente al inculpado, en los términos del párrafo cuarto de este artículo, debiendo informar de inmediato a la autoridad competente.</p>

En virtud de que la cámara de senadores hizo modificaciones al proyecto de dictamen de la cámara de diputados, ésta a su vez debía aprobar dichos cambios, de acuerdo con el inciso e) del artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que minuta fue turnada de nueva cuenta a la cámara de diputados el 1º de febrero del 2008. En sesión celebrada el 26 de febrero de 2008, el pleno la cámara de diputados procedió a la discusión y votación de la minuta, en donde se coincidió con la colegisladora respecto a la eliminación del párrafo décimo, mas no así a las modificaciones referentes al párrafo undécimo, sino que se pronunció por eliminar finalmente el párrafo de la propuesta con la aprobación de 462 votos por 6 en contra y 2 abstenciones. La minuta se devolvió de nueva cuenta a la cámara de senadores el mismo día 26 de febrero para que actuara como revisora, únicamente en lo concerniente a la propuesta de modificar el párrafo undécimo. Finalmente, la propuesta fue aprobada por el senado por 71 votos por 25 en contra, para ser turnado a las legislaturas de los estados para su discusión y votación correspondiente de acuerdo con el artículo 135 de la Constitución⁵.

⁵ Cabe señalar que en el sanado se denunció de inconstitucional el proceso legislativo, ya que, se dijo, la cámara de diputados no había respetado lo establecido en el inciso e) del artículo 72 de la Constitución. El senador Ricardo Monreal Ávila señaló que la cámara de diputados había cometido un error de procedimiento, ya que en lugar de haber aprobado o desechado sólo las modificaciones que se hicieron por la cámara de senadores, es decir, la eliminación del párrafo décimo y la eliminación de las palabras “**información o conocimiento**” del párrafo undécimo, procedió a eliminar éste último párrafo con lo cual, para el senador Monreal, incurrió en un exceso. Debemos reconocer que dicho inciso e) no es muy claro por lo que se presta a diversas interpretaciones⁵, veamos: el inciso señala que “...*Si un proyecto de ley o decreto fuese desechado en parte, o modificado, o adicionado por la Cámara revisora, la nueva discusión de la Cámara de su origen versará únicamente sobre lo desechado o sobre las reformas o adiciones, sin poder alterarse en manera alguna los artículos aprobados*”. Más adelante el mismo inciso e) precisa que: “...*Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fueren reprobadas por la mayoría de votos en la Cámara de su origen, volverán a aquella para que tome en consideración las razones de ésta, y si por mayoría absoluta de votos presentes se desecharen en esta segunda revisión dichas adiciones o reformas, el proyecto, en lo que haya sido aprobado por ambas Cámaras, se pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción A*”. Para los que denunciaron la violación de este precepto la votación de la cámara de diputados debió versar sólo en aprobar las modificaciones o en desecharlas, no en desechar y **modificar**, en este caso suprimir un párrafo.

III. Discusión sobre la propuesta para permitir que los policías puedan ingresar a los domicilios sin orden judicial.

En punto neurálgico de la propuesta de reforma constitucional fue precisamente el párrafo decimosegundo del artículo 16 de la Constitución, en donde se proponía la posibilidad de que la policía pudiese ingresar al domicilio de las personas sin contar con orden de cateo. *“Estimados colegas, este es tal vez el más delicado precepto...”*, declaró el senador Pablo Gómez Álvarez en la tribuna del senado.

El texto propuesto señalaba que: *“La policía podrá ingresar sin orden judicial a un domicilio cuando exista una amenaza actual o inminente a la vida o a la integridad corporal de las personas, así como en el caso de flagrancia cuando se esté persiguiendo materialmente al inculpado, en los términos del párrafo cuarto de este artículo”*. La inviolabilidad del domicilio constituye uno de los derechos fundamentales más importantes frente a la autoridad. Este derecho lo encontramos proclamado en documentos históricos como en la famosa *Carta Magna* otorgada por Juna Sin Tierra en 1215, o en los textos fundamentales de los Estados Unidos de Norteamérica (enmienda IV), en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, así como en las sucesivas constituciones revolucionarias de Francia, incluso en *Los Sentimientos de la Nación* de Morelos se dispuso: “Que a cada uno se le guarden sus propiedades y respete en su casa como en un asilo sagrado, señalando penas a los infractores”. Esta garantía la encontramos consagrada en prácticamente todos los textos constitucionales de los países democráticos, además de que es reconocida en documentos internacionales como en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. El constituyente de 1917 prescribió condiciones muy precisas para que se pudiese ingresar a un domicilio particular: primero, sólo la autoridad judicial puede expedir órdenes de cateo; segundo, deben ser por escrito; tercero, debe expresar el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia y cuarto, se debe levantar un acta circunstanciada en presencia de dos testigos. Ahora bien, históricamente se ha aceptado como excepción a esta garantía el que la autoridad sólo puede ingresar a un domicilio ya sea con el consentimiento del titular o bien por resolución judicial. En tal sentido, la propuesta no era un tema menor, ya que se establecía una excepción más a una de las garantías constitucionales más importantes.

Cabe señalar que existe un debate sobre la eficiencia de la seguridad y procuración de justicia y la protección de los derechos humanos. Así, por ejemplo, mientras que el Dr. Marco Antonio Díaz de León reconoce que si bien es cierto que con el arraigo se vulneran como excepción algunos derechos del inculcado, también es cierto que se tutelan los intereses de toda la sociedad. De esta forma, el arraigo se tolera y se debe analizar desde la óptica del funcionalismo, ya que sirve, nos dice el Dr. Díaz de León, como medida precautoria para preservar la eficacia de la consignación, pues impide que el indiciado se dé a la fuga⁶, Sergio García Ramírez considera que el arraigo es jurídicamente una monstruosidad, una detención anticipada que viola el plazo constitucional de las 72 horas. En el mismo sentido el Dr. Wolfgang Shöne advierte que existe una tendencia en Alemania de que en el nombre de la eficacia del sistema se estén bajando los derechos de la defensa, y pone como ejemplo, el que tan sólo con la presospecha de que una persona pueda ser un delincuente se permita escuchar dentro de un domicilio privada⁷.

El tema del allanamiento no escapa de este debate. En aras de la eficiencia algunos países han aceptado establecer como excepción a la inviolabilidad del domicilio, los casos de flagrancia. Así, por ejemplo, los Estados Unidos de Norteamérica han establecido excepciones a esta garantía, a través de una figura similar que se conoce como “*no-knock warrant*”. La Constitución española consagra en su artículo 18.2 que el domicilio es inviolable, y precisa que ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo un caso de flagrante delito. La Constitución de Colombia prescribe en su artículo 32 que si los agentes de la autoridad persiguen a un delincuente y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él para el acto de aprehensión, pero aclara que si se refugia en un domicilio ajeno, deberá proceder requerimiento al morador. Perú también establece esta excepción en caso de flagrancia⁸.

⁶El arraigo y la prohibición de abandonar una demarcación geográfica en el código federal de procedimientos penales. <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/131/11.pdf>

⁷“Corrientes internacionales de la Reforma Procesal Penal”, en *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI* (Coloquio Internacional). México, INACIPE, 1998, pp. 169-175.

⁸ Constitución Política de Perú. Art. 2, 9. Toda persona tiene derecho “A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la

Cabe señalar que nuestro máximo tribunal de justicia se había pronunciado ya al respecto en una jurisprudencia por contradicción de tesis que inspiró la reforma.

“INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS, CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA.

Si bien, la diligencia de cateo prevista en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación ministerial y la probabilidad de que en el domicilio que se registrará se encuentra el sujeto activo o los objetos relacionados con el ilícito; ello no sucede en todos los casos, pues tratándose de flagrante delito, con fundamento en que la demora puede hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, la autoridad policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio particular en el que se está ejecutando el delito, ya que en ese caso, el propio artículo 16 constitucional señala expresamente una excepción al respecto al permitir a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado, además de que el Estado -como garante de los bienes de la sociedad- debe actuar de inmediato en casos de flagrancia; por lo que en esas condiciones, los medios de prueba obtenidos como consecuencia de la intromisión de la autoridad a un domicilio sin contar con orden de cateo, motivada por la comisión de un delito en flagrancia, tienen eficacia probatoria, ya que al tratarse de hipótesis distintas, a efecto de determinar su valor probatorio, no se aplican las mismas reglas que tratándose de un cateo precedido por una investigación ministerial. Así, las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecen de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irruman en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia tienen eficacia probatoria, aun cuando no exista orden de cateo. Debiendo precisarse que tratándose del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia, ésta debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio sin orden de cateo, los cuales deben aportarse en el proceso en caso de consignarse la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez tenga elementos que le permitan llegar a la convicción de que efectivamente se trató de flagrancia, pues de no acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante dicha intromisión, carecen de eficacia probatoria”⁹.

persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley”.

⁹ **Registro No.** 171739. **Localización:** Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXVI, Agosto de 2007. Página: 224. Tesis: 1a./J. 21/2007. Jurisprudencia. Materia(s): Penal

Contradicción de tesis 75/2004-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. 17 de enero de 2007. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño

Dentro del debate parlamentario de la cámara de diputados, el representante del Partido de la Revolución Democrática Andrés Lozano Lozano defendió la propuesta considerando que era necesario ver la realidad, pues se estaba viviendo un verdadero problema con la delincuencia organizada. Expuso que: *“A veces, en persecuciones se pierde el delincuente y se mete a una casa, no lo sacas, para solicitar una orden de cateo se tardan 48 horas a veces los jueces y salen ya con un amparo. Tenemos que ver la realidad, tenemos que certificar a la policía para tener verdaderos elementos”*. En el mismo sentido, el senador Ulises Ramírez Núñez respaldó la iniciativa haciendo alusión a la tesis de jurisprudencia en materia penal identificada con el número 1/J.21-2007 aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 7 de febrero de 2007, pues consideró que podría ayudar a la discusión y en donde se señala que en los casos de flagrancia la autoridad policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio particular en el que se está ejecutando el delito. Aclaró que lo que hace la propuesta es limitar lo que la Suprema Corte ha interpretado, salvo en los casos en que esté en riesgo la integridad física o la vida de una persona. Refutó, por otro lado, la aseveración que se había hecho respecto de que el precepto propuesto era una aberración constitucional: *“...Y quiero señalar que justamente del estudio que hicimos de este tema en particular las constituciones más garantistas de América Latina la contienen, de tal suerte que en Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, España, Nicaragua y Venezuela, entre otros, contienen la facultad constitucional para que la policía en casos de flagrancia abierta pueda introducirse a un domicilio”*. Precisó que lo que estaban haciendo era limitar la flagrancia que la Suprema Corte ha dejado abierta, para que no se tenga que pedirle permiso a una víctima que están a punto de asesinar. Y concluyó señalando que ese era el sentido de la reforma, que era garantista y que no se estaba abriendo la puerta ni se estaba dejando que las policías actúen impunemente, sino al contrario, que estaban interpretando en sentido contrario siendo una garantía evidentemente para los gobernados.

En contraposición, la diputada Aleida Alavez Ruiz criticó la posibilidad de que la policía ingrese a los domicilios de la población sin orden judicial, ya que ello

Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Tesis de jurisprudencia 21/2007. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha siete de febrero de dos mil siete.

ponía en riesgo la seguridad y certeza jurídica de las familias y que evidentemente constituía un acto de autoritarismo represor del cual no era posible en un Estado de Derecho. En el mismo tenor el diputado Mario Enrique del Toro señaló que el simple hecho de que se faculte a los policías los cuales, de acuerdo con el diputado no gozan de un buen prestigio y que se sabía la calidad moral con la que se desempeñan, se ponga en riesgo a los ciudadanos de que el día de mañana a alguien le sembraran alguna droga y con ese pretexto puedan meterse a su domicilio. Consideró el diputado que mientras no se tengan policías con un espíritu y una convicción adecuada a lo que los ciudadanos reclaman, no podían ampliarle sus facultades. En tanto que el diputado Itzcóatl Tonatiuh Bravo Padilla manifestó que el ejecutivo federal en los últimos años había reconocido la abierta penetración en las policías de todos los niveles por el poder del crimen organizado, por lo que preguntó: ¿si estas policías son las que ahora estamos autorizando constitucionalmente a que puedan violar o presentarse en los domicilios particulares bajo la figura o las figuras que se establecen en el proyecto de reforma? Por su parte, en la cámara revisora el senador José Luis Lobato Campos se pronunció en contra de permitir el ingreso a los domicilio sin orden judicial, argumentando que eso significaba retroceder al más profundo oscurantismo constitucional, ya que desde 1915 [sic], la Carta Magna de Juan sin Tierra en la Gran Bretaña se sienta un precedente toral sobre el particular. Señaló que se estaban borrando de un plumazo caso 800 años de derechos constitucionales en el mundo, y arduas luchas del Constituyente mexicano para preservar la garantía de legalidad, en el sentido de que nadie puede ser molestado en su domicilio sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, una vez que ha fundado y motivado la causa legal del procedimiento. Advirtió a las señoras y señores legisladores sobre la tónica de invocar la seguridad pública y el combate a la delincuencia bajo los procedimientos y argumentos del país del norte, porque –afirmó– han producido efectos negativos en el sistema judicial norteamericano. Precisó que *“...pretender limitar las garantías constitucionales, arguyendo para ello el combate a la delincuencia, no sólo es regresar a los tiempos oscuros de la guerra sucia, la represión y la fabricación de delitos por parte de las corporaciones policíacas, sino que además nos estarían rolando en el modo artero, en que algunos países intentan legitimar las continuas violaciones a los derechos humanos”*. Aseveró que lejos de abatir la delincuencia y la impunidad, propicia la desviación de los principios clásicos en materia penal. Y concluyó diciendo que: *“Una apertura indiscriminada a la policía, es riesgosa, porque nuestras corporaciones no tienen una capacidad integrada al respecto, además de que aún en el sistema actual se reportan altos índices de corrupción y abusos policiales”*. La Senadora Rosario Ybarra consideró que no había ninguna manera más atroz de abrirle la puerta al despotismo y al atropello, *“...ninguno de*

ustedes, señores Senadores, y ningún mexicano estará seguro si sobre su hogar pesa la amenaza de un allanamiento ilegal por cualquier policía". La senadora se opuso rotundamente a la aprobación de la reforma propuesta, con el argumento de que no se tenía cuerpos policíacos ni siquiera empapados en la noción de los derechos humanos para que les otorguemos semejante poder. Y aclaró que las personas no tenían por qué pagar con el menoscabo a sus derechos la ineficacia de la autoridad para darle seguridad. Expresó que: *"El mismo Senador Manlio Fabio Beltrones que trabajó en Gobernación podrán preguntarle lo que hacía Miguel Nazar Haro, Salomón Tanús, Miyazawa Alvarez y todos los policías de la ilegal Dirección Federal de Seguridad cuando llegaban golpeando puertas y entrando y robando y golpeando a las personas que estaban por ahí sacándolos de los cabellos, arrastrándolos y llevándolos a circular de Morelia No. 8 o al campo militar No. 1, a torturarlos. ¿Quieren volver a eso?"*. Uno de los opositores más férreos fue el Senador Pablo Gómez Álvarez, quien señaló que se estaba estableciendo más bien como derecho del policía a ingresar a los domicilios y no como derecho del individuo a ser defendido por la policía. Dijo que según el texto propuesto la policía podrá sin orden judicial ingresar en un domicilio en tales circunstancias, o sea, salvaguardar la vida, la seguridad corporal, pero que todos sabían que los 400 mil policías tendrán su propio criterio y podrían entrar a las casas con la Constitución en la mano. Cuestionó el hecho de que se le otorguen derechos a los policías, pues afirmó que la policía no puede tener derechos, sino que tiene obligaciones. *"Pero fíjense como lo redactaron, la policía podrá, no dicen, toda persona tiene el derecho de llamar a la policía o de recibir auxilio de la policía para defender su vida y su integridad corporal, no, no está redactado así, señores, no, no; lo redactaron exactamente al revés con el criterio de un estado policiaco, así se redactan las leyes en un estado policiaco donde domina el despotismo, así, dando derechos a la autoridad, a la policía, al Ejército, etc., pero no se les ocurrió redactarlo al revés"*. Criticó el que los diputados, "bien intencionados pero con muy mal tino" agregaran al texto "Cuando existe información o conocimiento de una amenaza actual"; les reprochó que habían creído que con ello lo arreglaban, pero que más bien lo habían empeorado porque, según el senador, ahora ya no era la amenaza actual, sino la información sobre la amenaza actual.

Algunos especialistas en la materia se pronunciaron en contra de la reforma al artículo 16 de la Constitución, como fue el caso de Sergio García Ramírez, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien consideró la reforma como *un engendro diabólico*. El Dr. Ricardo Franco Guzmán, Doctor

Honoris causa por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) de la Procuraduría General de la República, previno sobre el grave riesgo de que se constituya la formalización de la autorización a los atropellos policíacos y a la violación de derechos humanos elementales. El profesor Jesús González Schmal opinó que la reforma al sistema de justicia penal planteaba serias dudas que no pueden soslayarse por el riesgo de que pueda ser peor el remedio que la enfermedad. Cuestionó que en aras de una mayor velocidad en los procedimientos penales, se otorguen facultades amplias y discrecionales a la autoridad de la materia para interferir llamadas telefónicas, irrumpir en domicilios particulares, arraigar y someter a incomunicación a cierto tipo de presuntos delincuentes¹⁰. Los juristas Bárbara Zamora, Eduardo Miranda y Dolores García coincidieron en que con la reforma en materia de seguridad y justicia penal que se estaba debatiendo en el Congreso constituía un retroceso en las garantías individuales de los mexicanos, que de concretarse nos regresaría a la época de la *guerra sucia*, cuando la policía entraba a los domicilios y se llevaba a las personas sin orden judicial. Bárbara Zamora, defensora de derechos humanos acusó que la reforma no era para combatir el crimen organizado, sino para atacar cualquier brote de disidencia. Sostuvo que de entrar en vigor los movimientos sociales estarían en riesgo, debido a que las principales víctimas de las detenciones y allanamientos de morada sin justificación judicial serían las personas que han hecho algún tipo de protesta o que han reclamado sus derechos. Expuso que el ingreso a domicilios sin orden judicial alguna es un acto arbitrario que cancela todos los derechos consagrados en la Constitución, y es la autorización a acciones que contravienen lo suscrito y ratificado por el Estado mexicano en convenciones y tratados de derechos humanos. Esperaba que no se llegara a concretar porque –aseguro– estaríamos totalmente expuestos a la arbitrariedad de los cuerpos policíacos y del ministerio público¹¹. Por su parte, el jurista Eduardo Miranda, miembro de la Unión de Juristas de México, afirmó que la reforma judicial en materia penal planteada por el ejecutivo con apoyo de la mayoría del Congreso pretendía establecer un sistema de control sobre las dirigencias de los movimientos sociales, principalmente los de oposición, ya que se pretendía criminalizar la oposición al régimen y la protesta social. Agregó que además de tratarse de una enmienda “inútil”, porque no se consideraba el desarrollo de procesos judiciales de los últimos años en el país, tenía un claro interés de adecuar la legislación mexicana a las de Estados Unidos y Canadá en materia de procuración de justicia. En tanto que Dolores García, especialista de posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM),

¹⁰ El Universal (12 de enero de 2008).

¹¹ La Jornada (17 diciembre de 2007).

lamentó que al aprobar la enmienda judicial los legisladores hayan olvidado que una de las mayores conquistas del derecho constitucional en México ha sido la garantía de la privacidad de domicilio, fruto de un movimiento armado que vivimos el siglo pasado. Sostuvo que si bien el Senado restringió el ingreso de los policías a los domicilios sólo cuando se trate de una amenaza inminente y de un caso de flagrancia, las reformas van quedando deficientes y totalmente parchadas, porque una vez que se apliquen, sus limitaciones quedarían evidenciadas¹².

Juristas como los doctores Samuel González Ruiz, Miguel Carbonell y Ernesto López Portillo coincidieron en que sí se anulaban párrafos referentes al arraigo, facultades de la policía para catear sin orden judicial y que llamadas telefónicas sean un elemento de prueba, se estaría cerca de una importante reforma en materia de impartición de justicia. Samuel González Ruiz, experto en la materia, destacó las bondades de la propuesta y consideró que las reformas en materia de impartición de justicia eran de suma importancia porque cambiaban un modelo inquisitivo por un modelo acusatorio más transparente gracias a los juicios orales. En tanto que Miguel Carbonell, del Instituto del Investigaciones Jurídicas de la UNAM lanzó un llamado para detener puntos como la falta de control a las policías. Ernesto López Portillo también especialista en el tema, indicó que un nuevo sistema de justicia es una necesidad, pero es necesario considerar puntos de la reforma que no atienden necesidades civiles. Añadió la necesidad de un plan a mediano plazo que reconstruya las policías, antes de darle facultades que excedan sus capacidades¹³.

Finalmente, el tan debatido párrafo duodécimo fue suprimido por la cámara de diputados. El diputado Felipe Borrego Estrada sustentó la propuesta de eliminar el párrafo considerando que: *“Los diputados debemos tener sensibilidad social. Saber escuchar y valorar las voces de todos. Por lo mismo, los miembros del Partido Nueva Alianza, del Verde Ecologista, del Revolucionario Institucional y del Partido Acción Nacional hemos sentido, con responsabilidad, que en este momento se modifique el dictamen y se suprima el párrafo 11, el del llamado “allanamiento”*. En este momento me permito entregar a la Secretaría el texto como se está proponiendo”. Aclaró que estaban convencidos de que es una figura importante que el Estado cuente con ella, pero que también con conciencia

¹² La Jornada (17 diciembre de 2007).

¹³ Terra (diciembre 12 de 2007).

estaban convencidos de la oportunidad debida. Reiteró que con ello estaban escuchando voces de la academia, de investigadores y a algunos actores de la sociedad, por lo que estaban respondiendo a un mandato democrático. “Queremos actuar con prudencia política”, dijo.

IV. Conclusiones.

La reforma constitucional en materia de justicia penal aprobada por la LX Legislatura fue una de las más importantes y polémicas, ya que implicó un total replanteamiento del sistema de justicia penal. No obstante, también venía acompañada con algunas propuestas que fueron consideradas como violatorias de ciertas garantías constitucionales, entre ellas, la posibilidad de que la policía pudiese entrar a los domicilios sin la autorización de un juez. Existieron fuertes cuestionamientos al respecto, sobre todo por el recuerdo de la represión de la *guerra sucia* en nuestro país. Los defensores de la propuesta hicieron alusión a una tesis de jurisprudencia en donde se les otorgó la posibilidad a los policías a ingresar a los domicilios particulares sin orden judicial en casos de flagrancia. Invocaron el derecho comparado para defender su propuesta, argumentando que en países como Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, España, Nicaragua y Venezuela, entre otros, contienen la facultad constitucional para que la policía en casos de flagrancia pueda ingresar a un domicilio. Los detractores de la propuesta fueron muy enérgicos y la tacharon como una medida característica de un Estado represor que pretende reprimir la protesta social. Pero, sobre todo, se criticó porque se prestaría a muchos abusos por parte de los policías que no están debidamente capacitados en materia de derechos humanos. Se estimó que no era posible otorgarles ese grado de discrecionalidad a los policías quienes, con dicha propuesta podrían, entrar a los domicilios con la Constitución en la mano. Además, porque era evidente el grado de penetración de la delincuencia organizada en los cuerpos policiacos, por lo que se estaba abriendo la puerta no a la autoridad sino a la delincuencia. Después de un fuerte debate, finalmente la propuesta fue retirada del proyecto de reforma constitucional.

En tema de la lucha contra la delincuencia organizada existen posturas muy fuertes sobre la necesidad de restringir ciertas garantías o derechos de las

personas en aras de la eficiencia en el combate contra la delincuencia, con el argumento de que la seguridad pública también constituye un derecho fundamental de los ciudadanos. Así, por ejemplo, los Estados Unidos de Norteamérica ha permitido la afectación de los derechos humanos frente a la seguridad nacional, considerada como un bien jurídico superior, a través de figuras como la “*no-knock warrant*”. La Constitución española, efectivamente, consagra en su artículo 18.2 la posibilidad de ingresar a un domicilio sin consentimiento del titular o resolución judicial, en casos flagrante delito. La Constitución de Colombia en su artículo 32 también permite que los agentes de la autoridad ingresen a un domicilio si el delincuente se refugia en su propio domicilio. Llama la atención que los defensores de la propuesta reconocieron que no obstante que es importante que el Estado cuente con esta medida, no era el momento para proponerla, por lo que debemos esperar que los partidos políticos insistan en presentarla. El tema de la eficacia de la persecución del delito frente a los derechos humanos no es, con mucho, un tema acabado, muy por el contrario debemos seguir debatiéndolo y confrontarlo con nuestra realidad.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADA

Díaz de León Marco Antonio. *El arraigo y la prohibición de abandonar una demarcación geográfica en el código federal de procedimientos penales.*

<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/131/11.pdf>

Wolfgang Shöne. “Corrientes internacionales de la Reforma Procesal Penal”, en *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI* (Coloquio Internacional). México, INACIPE, 1998, pp. 169-175.

Zamora Pierce, Jesús. “Derecho procesal penal y derechos humanos”, en *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI* (Coloquio Internacional). México, INACIPE, 1998, pp. 197 – 201.

Jurisprudencia. Registro No. 171739. **Localización:** Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXVI, Agosto de 2007. Página: 224. Tesis: 1a./J. 21/2007. Jurisprudencia. Materia(s): Penal.

Diario de los Debates de la Cámara de Diputados.

<http://cronica.diputados.gob.mx/>

Diario de los Debates de la Cámara de Senadores.

<http://www.senado.gob.mx/diario.php?ver=diario&legislatura=LX&a=II&diario=34&periodo=Primer%20Periodo%20Ordinario&fecha=Dic%2013%2C%202007>

El Universal <http://www.el-universal.com.mx/noticias.html>

El Observador Diario. <http://www.elobservadordiaro.com/>

La Jornada. <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/>

Terra. <http://www.terra.com.mx/usa/>