

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO Y REFORMA PENAL: UNA PERSPECTIVA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Noción respecto de las medidas de aseguramiento*. III. *Clasificación de las medidas de aseguramiento*. IV. *La inviolabilidad del domicilio*. V. *La tendencia en la protección de la inviolabilidad del domicilio*. VI. *Reflexión final*.

I. INTRODUCCIÓN

Para que la justicia penal pueda operar es preciso que existan las condiciones que permitan hacer efectiva la consecuencia jurídica atribuible al autor del delito, y para ello se requiere una providencia que haga factible dejar subsistente la materia de dicha consecuencia. Tales medidas se denominan “de aseguramiento o cautelares”, las cuales se establecen para salvaguardar el *imperium iudicis*.

La verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*)¹ y el peligro de la demora (*periculum in mora*) son dos presupuestos tradicionales de dicha gama de medidas, las cuales, a su vez, pueden clasificarse en una doble vertiente: por las personas o los bienes o recursos a que se dirigen, y a su vez, antes de iniciarse un proceso o durante el transcurso del mismo; los ejemplos más característicos de una medida de aseguramiento personal lo constituyen la detención preventiva y el arraigo, en tanto que respecto de

¹ Véase tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. XIII, marzo de 1994, p. 473 (cd-rom IUS: 213282), en la cual se explica que una persona a quien le asiste el derecho y sólo es cuestión de tiempo para que el tribunal lo resuelva debe protegerse.

los bienes, el registro, el cateo, el embargo y el secuestro suelen ser las más recurridas.

La actual tendencia de las reformas en el ámbito de la justicia penal, así como de los ordenamientos internacionales, prevén una nueva dirección en materia de la intervención del Estado, a través de sus servidores públicos, con una aparente intención de disminuir el goce de los derechos de las personas y ampliar las facultades de los servidores públicos, bajo la oferta de una mayor eficiencia en el desempeño institucional,² aun cuando es claro que la reforma legal, por sí misma, difícilmente puede lograr dicho propósito, máxime cuando un sinnúmero de preceptos legales permanecen como letra muerta ante la indiferencia, el desconocimiento o la falta de habilidad práctica para lograr su aplicación.³

Las medidas de aseguramiento han sido reorientadas a direcciones que permiten, en ciertos casos, suponer que se trata propiamente de consecuencias jurídicas, y no de simples aspectos precautorios o cautelares. Tal es el caso de la figura del abandono, prevista en el artículo 44 de la Ley Federal para la Administración de Bienes Asegurados, Abandonados y Decomisados.⁴

De igual manera, el cambio de dirección en aspectos tales como la intromisión ilegal en domicilios, o la realización de cateos al margen de las formalidades esenciales, despiertan serias dudas en torno a la conveniencia de recurrir a soluciones prácticas en aras de un mejor desempeño institucional, aun cuando dicha solución implique una orientación contraria al respeto de los derechos fundamentales.⁵

² Sobre el particular consúltese, entre otros, Cancio Meliá, Manuel, “¿«Derecho penal» del enemigo?”, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 69 y ss.

³ En concordancia con esta idea, es preciso señalar que tal y como lo establece César Becarria en su libro, *De los delitos y las penas*, Buenos Aires, EJEA, 1958, p. 176, “uno de los mayores frenos de los delitos no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad... de los magistrados”, entendiéndose por estos no sólo los órganos jurisdiccionales, sino todos aquellos servidores públicos que tienen la responsabilidad de prevenir, investigar y sancionar los delitos.

⁴ Los bienes asegurados respecto de los cuales el interesado o su representante legal no hayan manifestado lo que a su derecho convenga causarán abandono en los plazos siguientes: I. Cuando se trate de bienes muebles, transcurridos seis meses, contados a partir de la notificación, y II. Cuando se trate de bienes inmuebles, transcurrido un año, contado a partir de la notificación del aseguramiento (1999, abril).

⁵ Al respecto, Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1997, p. 152. “Existe una estrecha relación entre el derecho penal y los derechos humanos”, con ello enuncia los ordenamientos jurídicos en los cuales implican una serie de principios fundamentales, “entre otros aspectos, se refieren a la prohibición de la tortura y de las penas

En la presente exposición quisiera abordar lo relativo al reciente pronunciamiento de la Primera Sala de la SCJN, en relación con lo que ha denominado “la intromisión lícita en los domicilios por parte de servidores públicos, en casos de flagrancia”, la cual plantea una nueva realidad en el ámbito de la práctica de los cateos, y sobre todo de la recolección de indicios y aseguramiento de objetos del delito; en particular, respecto del valor de lo que hasta entonces se definía como prueba ilícita, y que ahora se legitima en dicha resolución jurisdiccional.⁶

II. NOCIÓN RESPECTO DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

En cuanto a la definición y precisión de las medidas de aseguramiento, es conveniente mencionar que existe una diversidad terminológica,⁷ de ahí que suelen ser identificadas con términos tales como proveimientos cautelares; de conservación o cautelares;⁸ providencias de naturaleza cautelar; provisionales de cautela; preventivas de seguridad, providencias cautelares o precautorias, e incluso “instrumento del instrumento”, aludiendo al

y tratos crueles, inhumanos o degradantes... En general, establecen bases fundamentales vinculadas con un procedimiento que respete el alcance de los principios de legalidad, jurisdiccionalidad y de la dignidad e incolumidad de las personas. Todas estas disposiciones, naturalmente complementan y reafirman, en su caso, el contenido de las disposiciones previstas en la Constitución Política de cada uno de los Estados y sirven para conformar y delimitar las características del *ius puniendi*, a nivel internacional e interno, conformando con ello las bases de una conciencia universal acerca del respeto a la persona”; igualmente, véanse las aportaciones de Díez Ripollés, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2000.

⁶ Dicha resolución da paso a la arbitrariedad de las autoridades, ya que so pretexto de una mayor seguridad pública, se conculcan derechos constitucionalmente consagrados, sin que se resuelva el problema de fondo de la falta de capacitación dentro de las corporaciones policíacas.

⁷ De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, el término “asegurar” tiene múltiples acepciones, como son: “1. tr. Dejar firme y seguro; establecer, fijar sólidamente; 2. tr. Poner a alguien en condiciones que le imposibiliten la huida o la defensa; 3. tr. Librar de cuidado o temor; tranquilizar, infundir confianza. U. t. c. prnl; 4. tr. Dejar seguro de la realidad o certeza de algo; 5. tr. Afirmer la certeza de lo que se refiere. U. t. c. prnl; 6. tr. Preservar o resguardar de daño a alguien o algo; defenderlo e impedir que pase a poder de otra persona U. t. c. prnl; 7. tr. Dar firmeza o seguridad, con hipoteca o prenda que haga cierto el cumplimiento de una obligación”. Todas y cada una de esas situaciones nos proporcionan la idea de confianza, protección y seguridad, fines primordiales de todo Estado de derecho.

⁸ Chioyenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, Reus, 1992, p. 260.

carácter realizativo del proceso, y apunta que las medidas tienden a asegurar tal realización.⁹

De lo anterior, podemos concluir que las medidas de aseguramiento o cautelares son de carácter temporal, y su objetivo primordial es contribuir a alcanzar el esclarecimiento de la verdad histórica dentro de un procedimiento, así como garantizar la eficacia del *ius puniendi*.

Los fines se orientan en dos vertientes. La primera de ellas está enfocada a una fase previa al proceso, que se circunscribe a la investigación de los delitos, en la que el objetivo será asegurar la averiguación del delito, así como la determinación del probable responsable; la segunda finalidad se orienta a garantizar la ejecución penal.

De igual manera, las medidas de aseguramiento pueden implicar la afectación de la libertad de la persona, y esa constatación evidente llevó al legislador a solicitar para su aplicación una serie de requisitos de orden sustancial y formal.¹⁰ En el primer caso, se exige “por lo menos un indicio de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso”, y en el segundo evento se prevé una determinación que contenga mención de los hechos investigados, su calificación jurídica y la pena respectiva, así como de los elementos probatorios acerca de la existencia del hecho y de la probable responsabilidad del sujeto como autor o partícipe. Los requisitos que en forma tan sucinta se relacionan tienen un soporte jurídico innegable en el artículo 16 de la Constitución, que exige el mandato escrito de autoridad competente, debidamente fundado y motivado.

En particular, tratándose de la vulneración de la privacidad del domicilio, a través de un cateo, la referencia a la autoridad judicial que contiene el artículo 16 constitucional, párrafo octavo, y la aplicación de una medida de aseguramiento, es un acto procesal de carácter jurisdiccional que dispone relevantes restricciones a la inviolabilidad del domicilio para los fines de la investigación.

La interferencia de derechos fundamentales en el cumplimiento de las funciones de las instituciones encargadas de investigar los delitos, de brindar adecuada protección y efectividad a los derechos, debe estar acompañada a la ineludible necesidad de que el órgano encargado de adoptar

⁹ Podetti, J. Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, Buenos Aires, Ediar, 1969, p. 15.

¹⁰ Al respecto, el artículo 181 del CFPP prevé que “Los instrumentos, objetos o productos del delito, así como los bienes en que existan huellas o pudieren tener relación con éste, serán asegurados a fin de que no se alteren, destruyan o desaparezcan”.

medidas susceptibles de afectarlos no actúe de manera arbitraria en el ejercicio de sus competencias, sino sometido al imperio de la ley, y, por lo mismo, garante de la observancia de la legalidad y del debido proceso (artículos 14 y 16 de la Constitución), del respeto al derecho a la dignidad, en relación directa con los postulados de un Estado democrático de derecho, celoso de las prerrogativas del individuo, guardián de la dignidad humana y promotor de la consolidación de ciertos valores que, como la justicia, la igualdad o la libertad, impregnan el contenido del ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, la función que cumple el agente del Ministerio Público durante la etapa de investigación no se reduce a la recolección de indicios del delito y de la probable responsabilidad para su ulterior puesta en conocimiento de la autoridad judicial, sino que se encuentra obligado a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al indiciado y, en términos generales, a respetar en sus actuaciones los derechos fundamentales y las garantías procesales consagradas en la Constitución Política y en la ley penal.

Ahora bien, no solamente la Constitución y el marco jurídico secundario se ocupan de enunciar los derechos y las garantías que tienen relevancia dentro del proceso penal; también los instrumentos internacionales recogen aspectos de esta materia, con notable incidencia sobre las medidas de aseguramiento. Baste mencionar a este respecto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (artículo 9o.)¹¹ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 7o. y 8o.).¹²

Las labores de investigación, de acusación y también las de juzgamiento, deben contribuir a otorgar efectiva vigencia a los derechos fundamentales,

¹¹ Dicho instrumento internacional fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, y entró en vigor el 23 de marzo de 1976; de conformidad con el artículo 49, el proceso legislativo que se dio en nuestro país fue el siguiente: La vinculación al pacto fue por adhesión el 23 de marzo de 1976, aprobado por el Senado el 18 de diciembre de 1980 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 1981 y entró en vigor el 23 de junio de 1981. Dicho artículo señala que “todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”, prohíbe la detención o prisión arbitrarias, establece la necesidad de que se cumpla con el procedimiento establecido en la ley, entre otros derechos humanos de los que debe gozar el inculcado en el ámbito penal.

¹² También conocida como Pacto de San José, fue adaptada el 22 de noviembre de 1969, por los Estados miembros de la OEA. La adhesión de México se produjo el 24 de marzo de 1981, y fue aprobada por el Senado el 18 de diciembre de 1980, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 1981, y entró en vigor el 24 de marzo de 1981. El artículo establece el derecho de toda persona a la libertad y seguridad personales.

porque el proceso penal no agota el conjunto de sus objetivos en la sola satisfacción de un propósito de eficacia, sino que está dirigido a cumplir la doble misión de dotar al poder estatal de medios adecuados para establecer la verdad e impartir justicia de manera pronta, completa e imparcial,¹³ garantizando a la vez el respeto de la dignidad humana y de los derechos fundamentales.

En un auténtico Estado de derecho, la coacción que el poder público ejerce, en cuanto involucra la afectación de derechos individuales, debe estar lo suficientemente justificada. El acto que a primera vista tenga potencialidad para infringir un derecho debe tomarse con la mayor cautela, cuidando de que efectivamente se configuren las condiciones que lo autorizan y atendiendo los requisitos señalados para su procedencia; en otras palabras, la actuación procesal debe interferir el ámbito de la libertad lo menos que le sea posible, atendidas las circunstancias del caso concreto.

El control que la norma constitucional prevé respecto de los actos de autoridad actualiza el ideal que Santiago Nino reconoce a la democracia liberal; esto es, que “entre el individuo y la coacción estatal se interponga siempre un juez”. No sobra recordar la advertencia de Carrara en contra del “empleo inútil e insensato de la detención preventiva”, del “fanatismo de los investigadores” y de “la falta de control de la investigación”; ni las esclarecedoras palabras de Vincenzo Manzini:

... puesto que la pretensión, finalidad del proceso penal, es la de comprobar el fundamento de la potestad punitiva del Estado en el caso concreto y no la de hacerla a toda costa realizable, es natural que, junto a los medios encaminados a declarar la certeza, la culpabilidad, se dispongan otros para evitar el error y la arbitrariedad, y que por tal camino junto al interés represivo encuentre tutela en el Estado libre también el interés, eventualmente en peligro, de la libertad individual.¹⁴

¹³ Dicha protección se encuentra consagrada en el párrafo segundo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precepto que establece el acceso efectivo a la justicia, que es un derecho fundamental consistente en la posibilidad de formar parte en un proceso planteando diversas pretensiones, las cuales serán resueltas de forma expedita en pro de la seguridad jurídica tutelada por nuestro marco normativo.

¹⁴ Para ver más sobre la coerción procesal consultar Manzini, Vicenio, *Tratado de derecho procesal penal*, Caracas, Cultura Jurídica, 1987, t. III, p. 553.

III. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Las medidas de aseguramiento pueden ser clasificadas de muy diversa manera. Para Clariá Olmedo, se parte de la restricción que se hace de los derechos personales o patrimoniales, e impuesta en la realización penal con la finalidad de obtener o asegurar los fines del proceso, el esclarecimiento de la verdad histórica y la aplicación de la ley sustantiva;¹⁵ por su parte, Vázquez Rossi destaca diversas características de las medidas, al distinguir el carácter instrumental accesorio al proceso, ya que sin él no podría subsistir; otra característica es el propósito asegurativo, el cual se alcanza al impedir que se dé una variación en las condiciones de hecho que obstaculicen la aplicación del derecho, y otra más, muy distintiva, es que al ser proporcionadas deben guardar una relación directa con lo que se pretende asegurar. La necesidad e idoneidad, como características, se refieren a que sirvan para el objetivo que fueron dictadas; que sean verosímiles, esto es, que guarden relación con el fondo del asunto, y sería posible también señalar que son de interpretación restrictiva. Esto se traduce en que las autoridades, en el momento en que las aplican, deben ceñirse a la norma, ya que existen procedimientos bien determinados, tanto sobre su procedencia como sobre su aplicación; por último, que son judiciales, esto es, que los únicos que las pueden dictar son los órganos jurisdiccionales competentes.

Para otro sector, las medidas de aseguramiento pueden clasificarse en atención a la calidad del sujeto al que van dirigidas, en medidas para sujetos imputables y medidas para sujetos inimputables.¹⁶

Para los sujetos imputables se establecen: la detención preventiva, la caución, la prohibición de salir del país, que opera como complementaria de la detención preventiva, y del arraigo domiciliario, que funciona como sustitutiva de la detención preventiva.

Para los sujetos declarados inimputables se refieren las siguientes medidas: la internación preventiva y la libertad vigilada.

¹⁵ Cafferata Nores, José Ignacio, *Medidas de coerción en el proceso penal*, Buenos Aires, Lerne, 1983.

¹⁶ Véase más al respecto en Sanpedro Arrubla, Julio Andrés, “Las medidas de aseguramiento para inimputables en el proceso penal colombiano”, *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Bogotá, vol. XV, núm. 51, septiembre-diciembre de 1993, pp. 23-46.

En el ámbito de la justicia penal alemana, Claus Roxin¹⁷ ha señalado que las medidas de seguridad pueden ser clasificadas en:

1) Injerencias en la libertad individual, dentro de las cuales caben la orden de presentación, la detención, la prisión preventiva, el encarcelamiento, la internación en un hospital psiquiátrico para examinar el estado de salud mental, el registro de la persona, la realización de radiografías, y también la privación provisional del permiso para conducir.

2) Injerencias en la integridad corporal; extracción de pruebas de sangre, encefalograma.

3) Injerencias en la propiedad: el aseguramiento judicial de objetos, en especial el secuestro.

4) Injerencias en la inviolabilidad del domicilio: registro de lugares, vigilancia acústica.

5) Injerencias en el secreto postal, epistolar y de las comunicaciones a distancia.

6) Injerencias en el derecho fundamental de la libertad de ejercer la profesión.

7) Injerencias en el derecho a la autodeterminación informativa: búsqueda en redes, bases de datos, comparación de datos, empleo de medios técnicos, empleo del agente encubierto.

8) Intervenciones procesales penales en servicios de multimedios.

Atento a lo anterior, podemos afirmar que en el marco de la lucha contra la criminalidad organizada, de una idea reforzada hacia la seguridad en el derecho penal y de métodos de pesquisa que intervienen cada vez más enérgicamente en los derechos fundamentales, la protección de la persona amenaza salir perdiendo en el derecho procesal penal moderno. Tal es el caso de las previsiones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.¹⁸

¹⁷ Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, 25a. ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pp. 250 y ss.

¹⁸ Dicho ordenamiento jurídico fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de noviembre de 1996, y se puede consultar en la página <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>, fecha de consulta: 13 de abril de 2007.

IV. LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

En nuestro país, desde los primeros documentos constitucionales, el domicilio ha sido protegido y considerado como inviolable. Así se observa en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, que en el artículo 32 señalaba: “la casa de cualquier ciudadano es un asilo inviolable: sólo se podrá entrar en ella cuando un incendio, una inundación o la reclamación de la misma casa haga necesario este acto. Para los objetos de procedimiento criminal deberán preceder los requisitos prevenidos por la ley”.¹⁹

Las Leyes Constitucionales de la República Mexicana, decretadas por el Congreso General de la Nación en 1836, en el artículo 2o., fracción IV, de la primera, se estableció:

2. Son derechos del mexicano:

...

IV. No poderse catear sus casas y sus papeles, si no es en los casos y con los requisitos literalmente prevenidos en las leyes.²⁰

Las Bases de Organización Política de la República Mexicana, sancionadas en 1843, en el artículo 9o., fracción XI, señalaron:

Artículo 9o. Derechos de los habitantes de la República:

...

XI. No será cateada la casa, ni registrados los papeles de ningún individuo, sino en los casos y con los requisitos literalmente prevenidos en las leyes.²¹

En la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 se estableció, en el artículo 16, lo siguiente:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En

¹⁹ *Cfr.* “Antecedentes históricos y Constituciones políticas de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, Secretaría de Gobernación, Orden Jurídico Nacional México, 2006, p. 27.

²⁰ *Ibidem*, p. 136.

²¹ *Ibidem*, p. 189.

el caso de delito infraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata.²²

El actual artículo 16, en sus párrafos primero y octavo, establece:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.²³

...

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará 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, levantándose al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.²⁴

Actualmente, en el artículo 16 de la Constitución vigente de 1917 se establece como garantía de seguridad, la protección al domicilio contra actos de molestia de la autoridad, protección que quedó sujeta únicamente al contenido del propio precepto constitucional; esto es, a que el acto de molestia se llevara a cabo en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que fundara y motivara la causa legal del procedimiento.

Esos actos de molestia, de intromisión al domicilio, deben atender al principio de legalidad y seguridad jurídica en beneficio del particular afectado, lo que implica que la autoridad debe cumplir con los requisitos establecidos, en primer término, en la Constitución y, además, en las leyes que de ella emanen; así, tratándose de la orden de cateo, ésta debe limitarse a un propósito determinado: la búsqueda de personas y objetos relacionados con un delito.

Cabe señalar que la protección a la inviolabilidad del domicilio también ha sido considerada en ordenamientos internacionales, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual en su artículo 17 dispone:

²² *Ibidem*, p. 249.

²³ *Ibidem*, p. 305.

²⁴ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006, pp. 29-31.

Artículo 17:

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 11.2, señala:

Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad

...

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación...

V. LA TENDENCIA EN LA PROTECCIÓN DE LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

El 7 de febrero de 2007, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitió dos resoluciones de contradicción de tesis, a partir de las cuales establece determinados criterios respecto de la legalidad de las intromisiones de servidores públicos policiales en los domicilios, sin orden de cateo,²⁵ con lo que se cambia la orientación de dichas medidas a una perspectiva totalmente diversa a la que se había manejado por el Tribunal Colegiado de Circuito (TCC), mismo que a continuación analizaremos.

Las tesis planteadas por el TCC se fundamentaban en diversos argumentos que fueron esgrimidos durante la sustanciación de un proceso, en

²⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “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”, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 7 de febrero de 2007, así como también la tesis de jurisprudencia titulada “Cateo. En acatamiento a la garantía de inviolabilidad del domicilio, la orden emitida por la autoridad judicial, debe reunir los requisitos previstos en el artículo 16 de la Constitución, de lo contrario dicha orden y las pruebas que se hayan obtenido como consecuencia directa de la misma, carecen de existencia legal y eficacia probatoria”, de igual fecha (ambas por publicarse).

el cual se le imputa a un sujeto la comisión del delito de posesión de arma de fuego del uso exclusivo del ejército, que fue encontrada en el interior del negocio del inculcado, lugar en el que se introdujeron dos elementos policiales sin contar con órdenes de cateo, bajo el argumento de que el lugar era público (un bar), y por ende no se requería dicha orden para inspeccionarlo, ya que ello sólo es necesario para registrar y allanar un domicilio particular, por lo cual esa diligencia era válida.

Otro argumento que se esgrimió en pro de las actuaciones realizadas por dichos servidores públicos fue que aun en la hipótesis de prescindir del valor probatorio que pudiera tener la intromisión sin orden de cateo, las restantes pruebas, consistentes en las declaraciones ministeriales del inculcado y de los testigos, así como la prueba de video grabado al momento en que se practicó, deben ser consideradas lícitas, porque la ilegalidad de una diligencia de cateo no anula las pruebas así obtenidas, ya que la ley procesal no lo contempla de esa manera, y por consiguiente debe subsistir el valor probatorio de los diversos medios de convicción distintos al impugnado de ilegalidad.

El TCC estimó que no es correcto afirmar que el hecho de que una negociación mercantil preste sus servicios al público implica la posibilidad de autorizar la intromisión de agentes policiales que sin orden de autoridad competente decidan ingresar a ésta a realizar pesquisas con el pretexto de investigar la posible comisión de cualquier delito, lo cual, además de ilegal, por disposición expresa de los artículos 61 y 284 del Código Federal de Procedimientos Penales, interfiere con el derecho a la inviolabilidad del domicilio y de la prohibición de los actos de molestia en las propiedades y posesiones, que tutelan los artículos 14, segundo párrafo, y 16, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Con dicha determinación, el TCC no pretende tutelar conductas de naturaleza ilícita o de impedir que la autoridad persiga los delitos o castigue a los delincuentes, sino asegurar que las autoridades actúen siempre con apego al marco normativo y con objeto fundamental de alcanzar un efectivo respeto a los derechos fundamentales del individuo, en pro de la paz y seguridad públicas.

La exigencia de una orden escrita de cateo cumple con la función de brindar seguridad jurídica a los ciudadanos, ya que aun cuando las injerencias en el domicilio se encuentran previstas en el marco constitucional y han sido definidas como el “registro y allanamiento de un domicilio particular por la autoridad, con el propósito de buscar personas u objetos que

están relacionados con la investigación de un delito”, ello no implica que deban llevarse de forma arbitraria.

Es importante hacer mención al concepto casa-habitación del individuo, pues los titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio son las personas físicas y morales, por lo que el concepto “domicilio” no debe entenderse de forma restrictiva, ya que con él no sólo se alude al hogar, sino también el despacho, la oficina, la bodegas, el almacén, entre otros, y por lo que respecta a la personas morales el sitio donde tengan establecida su administración, incluyendo las sucursales o agencias con que cuentan.

De igual forma ocurre con las visitas domiciliarias, que también deben sujetarse a las formalidades exigidas para los cateos, ya que no podrían ser practicadas por las autoridades administrativas para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía, ni exigir la exhibición de libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, y si se atendiera al concepto histórico de domicilio, ni los militares en tiempo de guerra podrían exigir alojamiento en domicilios particulares que no fueran casas-habitación.

Por lo que se refiere al concepto de “lugar público”, es indispensable señalar que los negocios que prestan servicios o bienes al público, tales como cines, lavanderías, tiendas de autoservicio, farmacias, restaurantes, permiten el acceso público; sin embargo, también dichos lugares cuentan con espacios reservados en los que sólo el personal autorizado puede introducirse.

Otro aspecto que hay que abordar es el relativo a la residencia o despacho de cualquiera de los poderes federales o de los estados, que no pueden ser cateados sin que previamente la autoridad judicial recabe el permiso de sus titulares, a quienes está encomendado velar por la inviolabilidad del recinto donde sesionan.

Atento a lo anterior, podemos afirmar que es inexacto señalar que la autoridad no requiera de orden de cateo para ingresar a una establecimiento público, la allane y registre con el propósito de localizar objetos relacionados con la búsqueda de un delito, en atención a que, como ya se estableció, no es un lugar público (pues públicos, en todo caso, son, por ejemplo, las calles, las plazas o parques), sino un lugar abierto al público, que sí está protegido por las disposiciones constitucionales en comento, lo que impone la obligación de contar para ese efecto con orden escrita de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Otras resoluciones planteaban que si bien la ilegalidad del cateo priva de eficacia probatoria el parte informativo suscrito y ratificado por quienes

participaron en esa actuación, no ocurre de igual forma con la declaración ministerial rendida por la parte quejosa, pues aun cuando con motivo del cateo fue privada de su libertad, puesta a disposición del Ministerio Público y tomada su versión de los hechos, es necesario tener presente que en el momento en que se constituye ante el juez de la causa y manifiesta su conformidad con los hechos manifestados en la averiguación previa, purga el vicio que pudiera revestir esa primera manifestación ante el órgano acusador.

Lo anterior se sustenta en que los vicios de ilegalidad del cateo no tienen el alcance de anular la inspección de los bienes asegurados, ni la pericial realizada sobre ellos, ya que estas pruebas fueron aportadas en la averiguación, de acuerdo con las reglas que rigen su obtención y con total independencia del cateo ilegal; esto es, su originalidad o fuente no deriva del cateo ni de los sujetos que lo realizaron, y por otra parte se encuentran vinculadas con la confesión que respecto a su existencia y finalidad rindió ante el Ministerio Público el indiciado.

La tutela del domicilio no sólo atiende a criterios objetivos, sino también toma en cuenta el elemento subjetivo del domicilio; esto es, al propósito o destino que el sujeto concede a determinado espacio en el que desarrolla actos y formas de vida calificadas como íntimas o privadas, que por su importancia deben ser tomadas en cuenta, ya que la tranquilidad con la cual se desarrolla el individuo no puede soslayarse; de lo contrario se corre el riesgo de tolerar determinadas injerencias en el domicilio que causan graves daños psicológicos a quienes las padecen.

Así, la señalada protección del domicilio no sólo está encaminada al bien inmueble, a la del espacio físico, sino también, y de manera esencial, al ámbito del asiento de intimidad de la persona.

Ello en virtud de que si bien el primer párrafo del artículo 16 constitucional se refiere a “domicilio”, lo cierto es que el octavo párrafo del mismo precepto sólo señala “lugar”, debiendo entenderse por éste, aquel en el que el gobernado se asienta y realiza actos relativos a su privacidad, a su intimidad.

En efecto, al encontrarse el cateo dentro del ámbito de la materia penal, es de considerarse que el concepto de domicilio en esta materia es más amplio, pues comprende también cualquier localización o establecimiento de la persona, de naturaleza accidental y transitoria, en donde lleve a cabo actos comprendidos dentro de su esfera privada.

Lo anterior se corrobora con lo establecido en los artículos 285 y 384 bis del Código Penal Federal; dichos preceptos protegen contra los delitos de allanamiento de morada y robo aun en los lugares movibles, de lo que podemos desprender que una casa rodante encuadraría en este supuesto.

Otro aspecto clave que hay que resaltar es la necesaria intervención de la autoridad jurisdiccional, pues esto garantiza de manera efectiva y a favor del gobernado la tutela de su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, ya que la finalidad del cateo es la de aprehender a una persona mediante orden dada por autoridad competente, así como la búsqueda de objetos que se presume se encuentran en el lugar en donde se va a llevar dicha diligencia, aspectos que deben estar relacionados con la comisión de algún delito.

El Código Federal de Procedimientos Penales, en observancia a la garantía de inviolabilidad del domicilio, en su artículo 61, establece la necesidad de que el Ministerio Público solicite a la autoridad judicial competente la expedición de las órdenes de cateo. Dicho precepto prevé la posibilidad de que no se pueda localizar al juez, lo que propicia que el Ministerio Público solicite directamente la orden de cateo siempre y cuando sea por escrito, y cumpliendo con los requisitos establecidos en nuestro marco normativo; de lo contrario, se corre el riesgo de que la diligencia de cateo carezca de todo valor probatorio.

Atento a lo anterior, la sanción que establece el mencionado artículo 61, en el sentido de que carecerá de valor probatorio la diligencia de cateo que no se realice conforme a los requisitos en él señalados, los cuales son congruentes con lo señalado en el artículo 16 constitucional, limita la discrecionalidad de dichos actos y fomenta una cultura de la legalidad, ya que de lo contrario la autoridad se vería tentada a actuar de manera irregular. Así se estará en imposibilidad de otorgar eficacia probatoria a los objetos localizados en el registro domiciliario respectivo, y lo asentado en el acta correspondiente.

En efecto, las pruebas obtenidas con vulneración a la inviolabilidad del domicilio, es decir, la intromisión de la autoridad al domicilio de un gobernado sin contar con orden judicial, carecen de eficacia probatoria alguna.

En este orden de ideas, debe considerarse que todo acto que tenga su origen en un cateo que no cumpla con los requisitos constitucionales carece de existencia legal, pues los actos que tengan su origen en un cateo hacen que carezca de valor probatorio, y en términos del artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales no puede tener existencia legal.

Ahora bien, de acuerdo con la regla procesal de exclusión de pruebas ilegalmente obtenidas, no puede darse valor legal en juicio a pruebas obtenidas con violación al debido proceso legal; en esa virtud, resultaría contrario con tal regla considerar las actuaciones y pruebas realizadas con motivo de un cateo efectuado sin cumplir con los requisitos constitucionales.

Además que darles valor a tales actos sería tanto como convalidar de manera parcial el cateo realizado en dicha forma en beneficio de la autoridad, toda vez que si bien se declararía carente de valor probatorio el cateo, lo cierto es que las pruebas en él encontradas, que derivan de tal diligencia, no podrían ser consideradas en contra de quien fue molestado en su domicilio.

En esas condiciones, se dejaría en plena libertad a la autoridad para practicar cateos que no reúnan los requisitos constitucionales, pues de todos modos los objetos que se encontraran en el mismo tendrían valor probatorio; ello también equivaldría a desatender los requisitos que el artículo 16 constitucional, en su octavo párrafo, establece para las órdenes de cateo; dicho precepto señala que la diligencia respectiva debe limitarse a lo indicado en la orden, con relación al lugar que ha de catearse, así como a los objetos que se buscan, pues cualquier otro objeto encontrado en el mismo podría también ser considerado por la autoridad, y con ello se violaría la privacidad del domicilio.

Cabe apuntar que el mandato constitucional, respecto de la orden de cateo, va dirigido a las autoridades que se encuentran inmersas en la procuración y administración de justicia, y que con su actuar pueden violar derechos fundamentales del gobernado, que trascienden en su domicilio, libertad y seguridad jurídica, por lo cual dichas autoridades están obligadas a respetar el marco constitucional y legal establecidos para esos efectos.

Si bien la orden de cateo presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación y la probabilidad de que en el mismo recinto se encuentra el activo o los objetos relacionados con el delito, lo cierto es que no en todos los casos hay una investigación ministerial de un delito previamente cometido, en la que existan datos del presunto responsable u objetos relacionados con el delito que se encuentren en el domicilio particular.

En este momento es oportuno precisar que lo señalado en líneas anteriores, de conformidad con la determinación del TCC, no resulta acorde al criterio emitido el 7 de febrero de 2007 por la Primera Sala de la SCJN,²⁶ en la resolución de contradicción de tesis, al afirmar que ciertamente exis-

²⁶ Véase nota 25, sobre la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

ten casos de flagrancia cuando se está en presencia de actos delictivos que se están ejecutando o se acaban de ejecutar; por ejemplo: cuando la autoridad policial recibe información en el sentido de que en determinado domicilio tienen secuestrado a un sujeto (delito permanente), o que se está cometiendo una violación (delito instantáneo), que se posee droga o armas (delito permanente), que hay tráfico de personas (delito instantáneo), pederastia (delito instantáneo), casos en los que no se requerirá, necesariamente, orden judicial de cateo que autorice la intromisión o allanamiento del domicilio particular, ya que existiendo flagrancia, el propio artículo 16 constitucional expresamente permite a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado, y lógicamente hacer cesar la agresión delictiva.

Lo anterior, con independencia de que el delito en flagrancia se ejecute en el domicilio particular, toda vez que la Constitución no establece acotamiento alguno al respecto.

Así, sólo en los casos en que se trate de un delito cometido en flagrancia, previsto en el precepto constitucional y legal citado, puede la autoridad introducirse a un domicilio sin contar con orden de cateo, fundado en que la demora podría hacer ilusoria la investigación de los delitos y la aplicación de las penas correspondientes.

Lo anterior significa que la autoridad policial puede irrumpir en el domicilio de un gobernado sin contar con orden de cateo sólo cuando se esté cometiendo el delito dentro del domicilio; igualmente, cuando después de ejecutado un delito en flagrancia el inculcado es perseguido hasta el domicilio particular.

Ahora bien, si como quedó establecido, en los supuestos de flagrancia no se requiere, necesariamente, de orden de cateo, lógicamente las pruebas que se encuentran vinculadas directa o indirectamente con dichas detenciones no se rigen por los supuestos que contemplan los numerales 61 y 284 del Código Federal de Procedimientos Penales, pues tendrán eficacia probatoria, y corresponderá al juzgador valorarlas conforme a las reglas relativas.

La diligencia de cateo prevista en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, como ya se apuntó, presupone una investigación ministerial de un hecho delictivo previamente cometido y la necesidad de buscar o detener al presunto implicado en el mismo o, en su caso, de buscar las pruebas que acrediten la existencia misma del delito o la probable responsabilidad del inculcado, lo cual no sucede en los casos de flagrancia.

La razón anterior obedece también al hecho de que las procuradurías de justicia, como las instituciones policiales, tienen el deber de velar por la seguridad y protección de la ciudadanía, por lo que se convierte en garante de los bienes de la sociedad, y por contrapartida tiene el derecho de hacer que cese dicha afectación, sin esperar que se lo autorice expresamente la autoridad judicial.

En efecto, en la Constitución se establecen los requisitos de la orden de cateo, sin los cuales la misma será ilegal, pero también se establece la facultad punitiva del Estado como garante de la existencia de la sociedad, de ahí que también prevea el delito flagrante.

Lo anterior permite apreciar, que entre ambos mandatos constitucionales, el de la orden de cateo y el de la facultad punitiva del Estado, debe existir un equilibrio: que ya no se puede concebir una orden de cateo que no cumpla con los requisitos correspondientes, en atención a los bienes tutelados que afecta, como tampoco, que ante conductas constitutivas de delitos, el Estado no actúe.²⁷

Así, la regla para realizar un cateo está constituida por todos los requisitos que establece el artículo 16 constitucional descritos con anterioridad, y la excepción, cuando se verifique en caso de flagrante delito.

De acuerdo con lo antes señalado, la Primera Sala concluyó que 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 carecerán de eficacia probatoria; ello, con independencia de la responsabilidad en que pudieran incurrir las autoridades que irruman en el domicilio; en cambio, las pruebas que se obtengan como consecuencia de la intromisión de la autoridad policial a un domicilio en caso de flagrancia tendrán eficacia probatoria.

También debe precisarse que en caso de flagrancia la autoridad debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio, datos que se deberán aportar en el proceso, en caso de llegarse a consignar la averiguación correspondiente, a efecto de que el juez pueda tener elementos de evaluación para determinar si en el caso efectivamente se trató de flagrancia. En caso de que no se acredite que la intromisión al domicilio fue motivada por un delito flagrante, tal intromisión, así como lo que de ello derive, resultará ilegal.

²⁷ *Idem.*

VI. REFLEXIÓN FINAL

Las medidas de aseguramiento y su orientación siempre deben ocurrir dentro del marco de la ley, para no abrir la puerta a la ilicitud, o sobre todo a permitir que una prueba ilícita pueda tener relevancia penal.

Es necesario regular la denominada “intromisión en el domicilio” sin orden de cateo por parte de elementos de policía ante el supuesto delito flagrante, a efecto de evitar que se violen los derechos fundamentales, en particular a la inviolabilidad del domicilio.

Finalmente, el ejercicio de las facultades por parte de los servidores públicos debe estar sujeta a los límites previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y la interpretación extensiva que se realizó por la SCJN establece la posibilidad de una nueva figura, hasta ahora considerada como un delito, y desvía el sentido de la prueba ilícita sobre la base de la razón del Estado organizado o por razón de procuración de justicia, pero que se legitima sobre la base del desempeño institucional; sin embargo, el marco jurídico deberá adecuarse para dejar de manera muy precisa los límites de los servidores públicos respecto de la inviolabilidad del domicilio, las reglas de valoración de las pruebas y, lo más importante, las responsabilidades civiles, penales e incluso administrativas ante el exceso.

Asimismo, la función que cumple el agente del Ministerio Público durante la etapa de investigación no se reduce a la recolección de indicios del delito y de la probable responsabilidad para su ulterior puesta en conocimiento de la autoridad judicial, sino que se encuentra obligado a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al indiciado y, en términos generales, a respetar en sus actuaciones los derechos fundamentales y las garantías procesales consagradas en la Constitución Política y en la ley penal. La procuración de justicia no está reñida con el respeto de los derechos humanos; por el contrario, debe configurarse en el mejor garante de éstos.