

IV. VOTO CONCURRENTES QUE FORMULA EL MINISTRO MARIANO AZUELA GÜITRÓN*

El Pleno de este Alto Tribunal determinó ejercer la facultad de atracción para conocer del juicio de amparo directo en el que se emite el presente voto concurrente, con motivo de que su resolución entraña la fijación de un criterio de interés y trascendencia para el orden jurídico nacional en tanto que se debe interpretar el artículo 16 de la Constitución General a efecto de determinar si los policías que participan en un cateo pueden o no tener el carácter de testigos.

En la sentencia se sostiene que aun cuando sobre el tema de que se trata ya existía "jurisprudencia" de la Primera Sala, lo cierto es que dada la trascendencia de éste resulta conveniente que el Pleno de este Alto Tribunal fije el

* *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, Tomo XXIX, marzo de 2009, p. 515; IUS: 40164.

criterio definitivo correspondiente. La "jurisprudencia" de la Primera Sala a la que se alude es la que sustentó al resolver por mayoría de tres votos la contradicción de tesis 147/2007-PS y que dice:

"DILIGENCIA DE CATEO Y PRUEBAS QUE FUERON OBTENIDAS EN LA MISMA. CARECEN DE VALOR PROBATORIO, CUANDO LA AUTORIDAD QUE LA PRACTICA, DESIGNA COMO TESTIGOS A LOS POLICÍAS QUE INTERVINIERON MATERIALMENTE EN LA EJECUCIÓN DE LA MISMA.—De la interpretación del artículo 16, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, de contenido similar a la norma constitucional de mérito, se desprende que la autoridad que practica la diligencia de cateo, ante la ausencia o negativa de designación de testigos por parte del ocupante del lugar cateado, puede designar con tal carácter a cualquier persona que asista a la diligencia. Si bien es cierto que esta facultad de la autoridad ministerial no se encuentra expresamente acotada o limitada por el Poder Constituyente, también lo es que, dado el carácter intrínseco de la figura de testigo, tercero ajeno a la actividad o hecho sobre el cual va a dar noticia con plena independencia y libertad de posición, la designación debe recaer en personas que no hayan tenido participación directa en la ejecución de la orden de cateo, pues sólo así podrán relatar hechos ajenos que les constan. En esa circunstancia, si la designación como testigos por parte de la autoridad ministerial, recae en elementos de la policía que no han participado materialmente en su desahogo, entonces la diligencia de cateo y las pruebas obtenidas de la misma, tienen valor probatorio, lo que no acontece si los policías designados intervienen en la propia ejecución de ésta."

Los antecedentes que dieron origen a la referida contradicción de tesis son los siguientes:

1. El Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito determinó que tratándose de órdenes de cateo, no puede recaer en la misma persona la obligación de fungir como testigo del hecho ilícito percibido a través de sus sentidos y actuar como auxiliar del órgano persecutor o investigador de los delitos, porque al realizar la segunda actividad "dejó de efectuar la primera, por su necesaria oposición, amén de que ese actuar vulnera el principio jurídico de imparcialidad con que se actúa en una diligencia" de cateo con lo que se vulnera la garantía de legalidad en los actos de la autoridad persecutora de los delitos. Luego, si los agentes policíacos actúan también como testigos pierden la imparcialidad con que deben conducirse.

2. El Segundo y Tercero Tribunales Colegiados en Materia Penal y Administrativa del Quinto Circuito, coincidieron en establecer que el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone que los cateos deben practicarse ante dos testigos, sin embargo, no determina que éstos deban ser distintos de los agentes que asisten al Ministerio Público durante la práctica de la citada diligencia o que deban abstenerse de participar de alguna manera durante el desarrollo de la misma. En efecto, dicho precepto no establece limitación alguna en la designación de testigos por parte de quien practique la diligencia de cateo por lo que no existe impedimento para designar a algún elemento policíaco. Cabe precisar que el hecho de que la designación recaiga en un policía no significa que el testigo deje de ser imparcial y objetivo, "toda vez que es precisamente con motivo de esa colabo-

ración que son las personas idóneas para declarar sobre los eventos acontecidos en esa diligencia puesto que es obvio que pudieron presenciarlos y, por otra parte, debe estimarse que son imparciales pues el interés que los motivó para hacerlo no es personal, sino efecto del cumplimiento de la comisión a ellos encomendada."

Ahora bien, las consideraciones en las que se sustentó la Primera Sala para establecer el criterio antes citado consisten, esencialmente, en lo siguiente:

a) Testigo es un sujeto tercero a las partes procesales que puede dar noticia de los sucesos que apreció a través de sus sentidos.

b) El testigo debe ser distinto de las partes en virtud de que debe dar noticia de lo que apreció con plena independencia y libertad de posición.

c) El agente de policía que participa activamente en el cateo no puede fungir como testigo de la diligencia pues es claro que carece de imparcialidad dado que como testigo tiene la finalidad de afirmar la legalidad de su propia actuación. Además, no puede recaer en dicho agente en virtud de que se trata de actividades opuestas que se excluyen.

Sentado lo anterior, debe decirse que el "criterio" sustentado por la Primera Sala, por las razones que más adelante se expresarán, jurídicamente no constituye jurisprudencia y, por tanto, ningún juzgado o tribunal estaba formalmente obligado por lo que equivocadamente se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* como "jurisprudencia".

Los artículos 192, 194, 197 y 197 A de la Ley de Amparo en lo que interesa disponen:

"Artículo 192. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

"Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho Ministros si se tratara de jurisprudencia del pleno, o por cuatro Ministros, en los casos de jurisprudencia de las Salas.

"También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados."

"Artículo 194. La jurisprudencia se interrumpe dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por ocho Ministros, si se trata de la sustentada por el pleno; por cuatro, si es de una sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito.

"En todo caso, en la ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las cuales se referirán a las que se tuvieron en consideración para establecer la jurisprudencia relativa.

"Para la modificación de la jurisprudencia se observarán las mismas reglas establecidas por esta ley, para su formación."

"Artículo 197. Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, cualquiera de dichas Salas o los Ministros que las integren, el procurador general de la República o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la misma Suprema Corte de Justicia, la que decidirá funcionando en Pleno cuál es la tesis que debe observarse. El procurador general de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá, si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de treinta días.

"...

"Las Salas de la Suprema Corte de Justicia y los Ministros que las integren y los Tribunales Colegiados de Circuito y los Magistrados que los integren, con motivo de un caso concreto podrán pedir al Pleno de la Suprema Corte o a la Sala correspondiente que modifique la jurisprudencia que tuviesen establecida, expresando las razones que justifiquen la modificación; el procurador general de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá, si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de treinta días. El Pleno o la Sala correspondiente resolverán si modifican la jurisprudencia, sin que su resolución afecte las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en las cuales se hubiesen dictado las sentencias que integraron

la tesis jurisprudencial modificada. Esta resolución deberá ordenar su publicación y remisión en los términos previstos por el artículo 195."

"Artículo 197-A. Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el procurador general de la República, los mencionados tribunales o los Magistrados que los integren, o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, la que decidirá cual tesis debe prevalecer. El procurador general de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá, si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de treinta días. ..."

De las disposiciones legales transcritas se aprecia que son tres las formas en las que este Alto Tribunal puede establecer jurisprudencia, a saber: a) por reiteración; b) por modificación; y, c) por contradicción. La primera de ellas se actualiza cuando alguna de las Salas o el Pleno emite cinco resoluciones en el mismo sentido que no hayan sido interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho Ministros si se trata de Pleno y por cuatro si es de Sala. La jurisprudencia por modificación, como su nombre lo indica, se da cuando los funcionarios legitimados, con motivo de un caso concreto, solicitan que se modifique la jurisprudencia correspondiente. Finalmente, la jurisprudencia por contradicción de tesis se actualiza cuando los Tribunales Colegiados de Circuito o, en su caso, las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustentan tesis contradictorias y es la Sala correspondiente o el Pleno de dicho Alto Tribunal el órgano

que debe decidir cuál es el criterio que debe prevalecer con carácter de jurisprudencia.

En relación con lo expuesto en el párrafo anterior, es muy importante destacar aquí que conforme al artículo 194 de la Ley de Amparo, para interrumpir una jurisprudencia es necesario que se reúna una votación calificada (8 Ministros tratándose de la sustentada por el Pleno y de 4 Ministros si es de Sala) y, además, que en la resolución correspondiente se expresen las razones en que se apoye la interrupción, las cuales deberán referirse a las que se tuvieron en cuenta para establecer la jurisprudencia relativa. Por otra parte, tratándose de modificación de jurisprudencia es lógico que en la resolución en la que se cambie el criterio se expongan las razones por las que se estima que ya no deben regir aquellas que se tuvieron en cuenta para fijar la jurisprudencia que se modifica. Cabe ahora preguntarse ¿por qué tratándose de la contradicción de tesis la Ley de Amparo no fijó una regla similar a las anteriores? La respuesta es muy simple y responde a la lógica del sistema de jurisprudencia establecido en el referido ordenamiento legal: El legislador no fijó dicha regla porque cuando sobre un tema determinado ya existe jurisprudencia ya no puede configurarse la contradicción de tesis.

En efecto, conforme a los artículos 197 y 197-A de la Ley de Amparo la jurisprudencia por contradicción de tesis surge cuando dos Tribunales Colegiados o, en su caso, las dos Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustentan tesis contradictorias, de manera que es alguna de las Salas o el Pleno, según proceda, el que debe fijar el criterio que debe prevalecer en cada caso, el cual puede coincidir con alguno de los que se encuentran en contradicción o incluso ser uno distinto.

De aquí se sigue que la contradicción de tesis necesariamente supone la ausencia de jurisprudencia pues si ésta existiera aquélla no podría configurarse, toda vez que ante la existencia de un criterio obligatorio, legalmente no existiría la posibilidad de que se fijaran tesis contradictorias pues ello supondría que alguno de los órganos colegiados dejó de observar la jurisprudencia y, en consecuencia, infringió el artículo 194 de la Ley de Amparo. Sobre el particular, resulta ilustrativa la tesis sustentada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, visible en la página 445 del Tomo XXVI, correspondiente al mes de octubre de dos mil siete, de la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* que dice:

"CONTRADICCIÓN DE TESIS ENTRE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. ES IMPROCEDENTE CUANDO UNO DE LOS CRITERIOS CONSTITUYE ÚNICAMENTE LA APLICACIÓN DE UNA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.—Conforme al artículo 197-A de la Ley de Amparo, uno de los requisitos de procedencia de la contradicción de tesis es que los criterios divergentes sean sustentados por Tribunales Colegiados de Circuito; sin embargo, cuando uno de esos órganos jurisdiccionales se limita a aplicar una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señalando que con ésta se resuelven los argumentos esgrimidos por la parte interesada, sin agregar mayores razonamientos, no puede afirmarse que exista un criterio contradictorio con el de otro Tribunal Colegiado que sostiene otra opinión. En tales condiciones, al plantearse en realidad la oposición entre la tesis de un Tribunal Colegiado de Circuito y una jurisprudencia de la Suprema Corte, debe declararse improcedente la denuncia relativa."

Sentado lo anterior, procedo ahora a explicar las razones por las que considero que el criterio que sustentó la Primera Sala al resolver la contradicción de tesis 147/2007-PS, no constituye "jurisprudencia" y, por tanto, no obligaba formalmente a ningún juzgado o tribunal del país.

La referida Sala de este Alto Tribunal había sustentado, entre otras, las jurisprudencias visibles en la página 145 del Tomo II del *Apéndice* de 1995, Sexta Época y en la página 144 del citado Tomo y *Apéndice* de la Séptima Época, que en su orden dicen:

"POLICÍAS, TESTIMONIOS DE LOS.—Los dichos de los agentes de la autoridad sobre hechos relacionados con el delito imputado, constituyen testimonios sujetos a los principios y normas reguladores de la prueba, independientemente del carácter oficial de quienes declaran."

"POLICÍAS APREHENSORES, VALOR PROBATORIO DE TESTIMONIOS DE.—Por cuanto hace a las declaraciones de los agentes aprehensores del acusado de un delito, lejos de estimarse que carecen de independencia para atestiguar en un proceso penal, debe darse a sus declaraciones el valor probatorio que la ley les atribuye, como testigos de los hechos ilícitos que conocieron."

De las jurisprudencias transcritas se aprecia que la Primera Sala había sustentado el criterio relativo a que las declaraciones de los agentes policíacos deben considerarse testimonios y otorgarles el valor probatorio correspondiente. Es muy importante destacar aquí que de las jurisprudencias de que se trata no puede válidamente desprenderse que deba negarse

valor probatorio al testimonio de los agentes policíacos por el único hecho de tener tal carácter, por el contrario, ambas jurisprudencias partieron de la premisa consistente en que fueron los policías quienes participaron en la detención de los inculcados y que, precisamente por tener tal participación, presenciaron los hechos sobre los que depusieron en su calidad de testigos.

Cabe destacar que las citadas jurisprudencias no constituyen criterios que hayan sido superados o interrumpidos, por el contrario, de un análisis de diversos criterios que ha adoptado la Primera Sala sobre el tema relativo al valor probatorio de las declaraciones de los agentes aprehensores, se aprecia que ha sostenido la misma postura sobre el tema. Para corroborar este aserto, basta leer los criterios de rubros "TESTIGOS AGENTES APREHENSORES. SU TESTIMONIO NO CARECE DE VALIDEZ." y "POLICÍAS, CARÁCTER DE TESTIGOS DE LOS, EN CASO DE PRÁCTICA DE UNA INVESTIGACIÓN." que se invocan en la sentencia respecto de la cual se emite el presente voto concurrente.

Las jurisprudencias antes citadas permiten establecer la conclusión relativa a que los policías que intervienen en una orden de cateo sí pueden válidamente fungir como testigos. Esto es así, porque sus declaraciones deben considerarse testimonios y valorarse como tales, además de que son capaces de deponer sobre los hechos de los que tomaron conocimiento en forma directa. De acuerdo con lo anterior, es claro que la Primera Sala debió declarar improcedente la contradicción de tesis y precisar que el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito no acató las citadas jurisprudencias en los asuntos en los que sustentó

el criterio consistente en que los policías que participan en un cateo no pueden tener el carácter de testigos.

Ahora bien, aun cuando por las razones antes expuestas no se debió entrar al fondo de la denuncia de contradicción de tesis, lo cierto es que la Primera Sala consideró que sí se actualizaba y fijó el "criterio jurisprudencial" relativo. Sobre el particular, debe decirse que si dicha Sala consideró –equivocadamente– que podía válidamente resolver la contradicción de tesis a efecto de sustentar un criterio jurisprudencial que "interrumpiera" o "superara" los que la propia Sala ya había fijado, necesariamente debió hacerse cargo de las razones que sustentan las jurisprudencias que pretendía interrumpir. En efecto, aun cuando la contradicción de tesis no es la vía para interrumpir o modificar una jurisprudencia, lo cierto es que en el supuesto de que esa haya sido la razón por la que dicha Sala entró al fondo de la contradicción de tesis 147/2007-PS, lo que debió hacer es referirse expresamente a las razones que se tuvieron en cuenta para establecer las jurisprudencias de las que pretendió alejarse, pues de conformidad con el segundo párrafo del citado artículo 194 de la Ley de Amparo ello debe hacerse "En todo caso" de interrupción de jurisprudencia.

En congruencia con lo anterior, toda vez que la resolución que se emitió en la mencionada contradicción de tesis no se hizo cargo de las razones contenidas en las citadas jurisprudencias, es claro que no interrumpió éstas y, en consecuencia, deben seguir rigiendo, lo que conduce a establecer que los policías que intervienen en un cateo sí pueden válidamente ser testigos, máxime cuando son ellos a quienes les constan los hechos.

En términos de lo previsto en los artículos 3, fracción II, 13, 14 y 18 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en esta versión pública se suprime la información considerada legalmente como reservada o confidencial que encuadra en esos supuestos normativos

Nota: La tesis de rubro: "DILIGENCIA DE CATEO Y PRUEBAS QUE FUERON OBTENIDAS EN LA MISMA. CARECEN DE VALOR PROBATORIO, CUANDO LA AUTORIDAD QUE LA PRACTICA, DESIGNA COMO TESTIGOS A LOS POLICÍAS QUE INTERVINIERON MATERIALMENTE EN LA EJECUCIÓN DE LA MISMA." citada en este voto, aparece publicada con la clave 1a./J. 83/2008 en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVIII, diciembre de 2008, página 74.