

V. VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ*

En sesión de ocho de diciembre de dos mil ocho el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, por mayoría de ocho votos, el amparo directo 27/2008-PL, precisando el sentido y alcance de lo dispuesto en el décimo párrafo del artículo 16 de la Constitución General de la República en materia de cateos, específicamente por cuanto se refiere a la designación de testigos por la autoridad ejecutora ante la ausencia o negativa del ocupante del lugar cateado.

I. ANTECEDENTES DEL ASUNTO

Como antecedentes del asunto debe destacarse que la quejosa demandó el amparo en contra de la sentencia dictada por el Primer Tribunal Unitario del Quinto Circuito, por virtud

* *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, Tomo XXIX, Marzo de 2009, p. 520; IUS: 40165

de la cual se confirmó la resolución en que se le consideró penalmente responsable por la comisión del delito contra la salud en la modalidad de posesión de marihuana y metanfetamina. El quejoso señaló como garantías violadas las de legalidad y seguridad jurídica, consagradas en los artículos 14 y 16 de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Una vez que la demanda de amparo llegó al conocimiento del Tribunal Colegiado en turno, el Ministro Gudiño Pelayo solicitó a la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ejerciera su facultad de atracción para conocer del juicio de amparo respectivo. Ello, por estimar que su resolución entraña la fijación de un criterio de importancia y trascendencia para el orden jurídico nacional.

En sesión celebrada el primero de diciembre de dos mil ocho, el Tribunal Pleno determinó ejercer su facultad de atracción para conocer del juicio de amparo en mención. Esto, debido a que, se estimó, la resolución del asunto requería la interpretación del artículo 16 constitucional. La mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno estimaron que, aun cuando existe jurisprudencia de la Primera Sala sobre el tema a interpretar,¹ la trascendencia del asunto en el sistema penal mexicano ameritaba un pronunciamiento.

II. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL PLENO

Por mayoría de ocho votos, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que no es dable afirmar

¹ Cabe hacer mención de que el trece de agosto de dos mil ocho, la Primera Sala determinó que la diligencia de cateo y las pruebas que en la misma se obtienen carecen de un valor probatorio cuando la autoridad ejecutora, ante la ausencia o negativa del ocupante del lugar cateado, designa con el carácter de testigos a los policías que intervinieron en la ejecución material de la misma.

que la designación de las personas que han de fungir como testigos deba recaer necesariamente en un tercero ajeno a las partes. Esto debido a que del proceso de creación de la disposición contenida en el décimo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se advierte, según la mayoría, que esa haya sido la intención del Constituyente.

La sentencia mayoritaria se avoca a desentrañar la supuesta intención del Constituyente al redactar el artículo 16 constitucional en todo lo relativo a la diligencia de cateos. De acuerdo con la mayoría, el Constituyente sí facultó a la autoridad ejecutora para que, ante la ausencia o negativa del ocupante del lugar cateado, nombrara testigos **sin precisar ninguna cualidad específica de las personas que puede designar con tal carácter.**

Advierte la mayoría que, la diligencia de cateo y las pruebas que de la misma se obtienen no se invalidan por la sola circunstancia de que los agentes policiales designados por la autoridad ejecutora como testigos hayan participado en la ejecución material de la orden respectiva. De acuerdo con el razonamiento de la mayoría, la designación no necesariamente debe recaer en un tercero ajeno a las partes para garantizar su imparcialidad, al no advertirse que esa haya sido la voluntad del Constituyente. Concluye la sentencia que la independencia de la posición en que actúa el agente policial no se infringe por el solo hecho de que éste haya participado también como autoridad ejecutora.

No comparto tales consideraciones. A mi juicio, la condición de imparcialidad sí es un requisito constitucional, y la

misma se ve vulnerada cuando en la diligencia de cateo actúa la policía judicial con la calidad, tanto de autoridad ejecutora, como con la de testigo.

III. CONSIDERACIONES QUE SUSTENTAN AL PRESENTE VOTO

En primer término es necesario precisar que al resolver la contradicción de tesis 147/2007-PS,² en sesión celebrada el trece de agosto de dos mil ocho, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la diligencia de cateo y las pruebas que en la misma se obtienen, carecen de valor probatorio cuando la autoridad ejecutora, ante la ausencia o negativa del ocupante del lugar cateado, designa con el carácter de testigos a los policías que intervinieron en la ejecución material de la misma, tal como deriva de la jurisprudencia 83/2008, pendiente de publicación, que es del tenor siguiente:

"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 Pe-

² En dicho asunto el tema materia de la contradicción de tesis se determinó en los siguientes términos: "si la diligencia de cateo y las pruebas que fueron obtenidas en la misma, tienen o no valor probatorio, cuando ante la falta de designación de testigos por parte del ocupante del lugar cateado, para que estén presentes en la mencionada diligencia, la autoridad que la practica designa con tal carácter, para efectos de que al concluirla se levante el acta circunstanciada respectiva, a los elementos de la policía que intervinieron en la diligencia de cateo".

nales, 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."

Las consideraciones esenciales que sustentan el criterio jurisprudencial en comento, son las siguientes:

- Del proceso legislativo del cual deriva el texto vigente del octavo párrafo del artículo 16 constitucional, se advierte que en principio se propuso que al concluirse la diligencia de cateo, se levantara un acta circunstancial en presencia de los testigos que intervinieran en ella, y que deberían ser cuando menos dos personas honorables. Sin embargo, se cuestionó lo relativo a quién calificaría la honorabilidad de esas personas agregando que la mayor parte de los Jueces

creerían que ellos son los que tienen la obligación de llevar los testigos, y que así como hay Jueces honrados, también habría quienes llevarían testigos buscados previamente y al realizarse los cateos que por lo regular son practicados por la policía, se cometería una serie de abusos incalificables. De lo que se advierte que la primordial preocupación del Constituyente fue que los testigos designados en una diligencia de cateo, no sean parciales y evitar que la misma autoridad ejecutora dé fe de la legalidad de una actuación en la que ella misma interviene.

- No obstante, también se expuso que la labor de la autoridad que practicara la diligencia de cateo, no podía quedar sujeta a la voluntad de la persona a la que ésta se dirige de nombrar los testigos respectivos, lo que originó que se eliminara dicho aspecto. Así, se conciliaron ambas posturas y se estableció que en el momento de concluir la diligencia de cateo, debe levantarse **"un 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"**, lo que fue aprobado sin discusión.

- Aun cuando el citado precepto constitucional no precisa cuál debe ser la naturaleza del testigo que actúa en la diligencia de cateo, ni las características que debe reunir, es evidente que se refiere a un testigo instrumental y no así a uno presencial,³ toda vez que sin su intervención la aludida dili-

³ **Testigo presencial.** Es aquel cuya función se circunscribe a corroborar que ciertos hechos han sucedido, este rol es el que asume una persona al testificar sobre la veracidad de determinados hechos que se estima necesario probar durante un procedimiento penal; su objetivo no es el de dotar de formalidad un acto determinado. **Testigo instrumental.** Es aquel sin cuya intervención, el acto carecería de un requisito de validez jurídica, esto es, se constituye en una condición necesaria para su validez.

gencia no puede tener validez jurídica. La razón por la cual es necesario que existan testigos durante ese acto, se debe a que de esta manera, dichos testigos de acuerdo con lo que les conste, podrán dar cuenta de si la diligencia fue o no apegada a derecho, y por ende, aportar elementos para determinar si el cateo resulta válido o no, de lo que deriva que su designación debe recaer en un tercero ajeno a las partes.

- Por tanto, si bien en la realización de una diligencia de cateo, el Ministerio Público cuenta con la facultad irrestricta de designar testigos cuando se encuentre ausente el ocupante del lugar cateado o se niegue a designarlos, esa designación no debe recaer en los policías que intervinieron en su desahogo, en virtud de que no cumplen con las características necesarias para ser considerados como testigos, en tanto no es posible admitir que una autoridad, erigiéndose como testigo, avale su propia actuación al rendir su testimonio, pues es evidente su parcialidad y en consecuencia como no idónea su designación con el carácter de testigo, ya que dada la magnitud de la trascendencia de la diligencia en comento y la finalidad del nombramiento de los testigos en su realización, ésta debe recaer en una persona que sea ajena a la diligencia en la que se actúa.

De lo antes expuesto se colige que las premisas fundamentales que sustentan el criterio de la Primera Sala de este Alto Tribunal son las siguientes:

- a) La preocupación del Poder Constituyente fue que los testigos designados en una diligencia de cateo no sean parciales y evitar que la autoridad ejecutora dé fe de su propia actuación.

b) Los testigos propuestos para la práctica de una diligencia de cateo deben dar cuenta de si ésta se apegó o no a derecho y, por tanto, su designación debe recaer sobre un tercero ajeno a las partes a fin de garantizar su imparcialidad.

c) No es posible admitir que una autoridad, erigiéndose como testigo, avale su propia actuación al rendir su testimonio, pues su parcialidad es evidente.

II. Ahora bien, la interpretación que amerita la resolución del presente asunto debe ser más amplia. Ello, no sólo con el propósito de establecer si los policías que ejecutan la diligencia pueden o no, ser designados como testigos de la misma por parte de la autoridad ministerial, sino también para verificar y analizar lo establecido por la Constitución y el Código Federal de Procedimientos Penales, respecto a las autoridades que solicitan el cateo, lo ejecutan y las obligadas a designar los testigos.

En este orden de ideas, debe señalarse que el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha sido reformado en cinco ocasiones desde la promulgación de la Constitución en febrero de 1917. Sin embargo, la redacción del ahora décimo párrafo ha permanecido prácticamente sin cambio alguno. El único cambio a la redacción de este párrafo fue hecho por el Poder Constituyente mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* para especificar que la orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, será a solicitud del Ministerio Público.

En lo que aquí interesa, es relevante resaltar que ha permanecido inmutada la parte de la citada disposición cons-

titucional que hace referencia al levantamiento del acta circunstanciada, una vez concluida la diligencia de cateo. Ésta debe hacerse 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.**

De la lectura del actual párrafo décimo —antes octavo— del artículo 16 constitucional⁴ se desprende que se prevé como excepción a la garantía de inviolabilidad del domicilio la figura procesal del cateo, respecto de la cual establece requisitos específicos para su realización:

1) Sólo puede ser expedida por la autoridad judicial,

2) a solicitud del Ministerio Público,

3) se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan,

4) únicamente a ello debe limitarse la diligencia,

5) al concluirla deberá levantarse un acta circunstanciada,

a) en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado;

⁴ "Artículo 16.

1. ...

¹ "En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, 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, un 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."

b) o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Para los efectos del presente asunto interesa analizar el requisito identificado como 5), esto es, el relativo al levantamiento del acta circunstanciada, del cual se puede desprender que es prerrogativa del ciudadano que se haga ante la presencia de dos testigos por él designados; en caso de negativa a su señalamiento o de ausencia los dos testigos serán designados por la autoridad que practique la diligencia.

El artículo 16, párrafo décimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,⁵ dispone lo siguiente:

"Artículo 16. ...

"En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, 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, un 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 ..."

Tal y como se precisó en la sentencia dictada por la Primera Sala, es claro que el citado precepto constitucional esta-

⁵ Es importante destacar que al resolver la contradicción de tesis 147/2007-PS, la Primera Sala se ocupó de la interpretación del párrafo octavo del artículo 16 constitucional; sin embargo, con motivo de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el dieciocho de junio de dos mil ocho, dicho párrafo pasó a ser el décimo del precepto en cuestión, el cual de hecho es del mismo contenido que en aquel asunto fue objeto de interpretación.

blece como un derecho subjetivo público de los gobernados el no ser molestados en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, contemplando, desde luego, la inviolabilidad del domicilio. Sin embargo, esta garantía no es absoluta, pues permite a la autoridad practicar actos de molestia a los particulares e introducirse a su domicilio, bajo ciertas condiciones o requisitos y con un propósito definido, a efecto de que pueda cumplir con sus actividades, pero sin causar una molestia innecesaria al particular.

Esos actos de molestia de intromisión al domicilio, deben atender al principio de 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; a saber: la búsqueda de personas u objetos relacionados con un delito.

Con el afán de asegurar de manera efectiva y en favor del gobernado, la tutela de su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, el Constituyente estableció que las órdenes de cateo única y exclusivamente deben ser expedidas por la autoridad judicial; y en concordancia con ello, señaló diversos requisitos tendentes al sano ejercicio en su práctica, éstos son:

- a) Que se emita por autoridad judicial;
- b) Que conste por escrito;
- c) Que exprese el lugar que ha de inspeccionarse;

d) Que precise la materia de la inspección; esto es, que se señale a la persona o personas que han de aprehenderse, o bien, los objetos que se buscan;

e) Que se levante un 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.

Ahora bien, en términos de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales,⁶ el libramiento de una orden de cateo y su posterior realización presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación **y la probabilidad de que en el mismo recinto se encuentre el activo o los objetos relacionados con el delito**. Sin duda, es menester que en dicha orden se señale el lugar que ha de inspeccionarse y, según las circunstancias del caso, deberán precisarse la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a los cuáles deberá limitarse única y exclusivamente la diligencia.

Lo anterior quedó plasmado en el criterio contenido en la jurisprudencia 1a./J. 22/2007, emitida por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, que es del tenor siguiente:

⁶ Artículo 61. Cuando en la averiguación previa el Ministerio Público estime necesaria la práctica de un cateo, acudirá a la autoridad judicial competente, o si no lo hubiere al del orden común, o solicitar por escrito la diligencia, expresando su objeto y necesidad, así como la ubicación del lugar a inspeccionar y persona o personas que han de localizarse o de aprehenderse, y los objetos que se buscan o han de asegurarse a lo que únicamente debe limitarse la diligencia.

'Al concluir el cateo se levantará acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad judicial que practique la diligencia.

'Cuando no se cumplan estos requisitos, la diligencia carecerá de todo valor probatorio, sin que sirva de excusa el consentimiento de los ocupantes del lugar.'

"CATEO. EN ACATAMIENTO A LA GARANTÍA DE INVIO-
LABILIDAD 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 PRO-
BATORIA.—Con la finalidad de tutelar efectivamente la
persona, familia, domicilio, papeles y posesiones de los go-
bernados, el Constituyente estableció en el artículo 16 de la
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que
las órdenes de cateo única y exclusivamente puede expe-
dir las la autoridad judicial cumpliendo los siguientes requi-
sitos: a) que conste por escrito; b) que exprese el lugar que ha
de inspeccionarse; c) que precise la materia de la inspección;
d) que se levante un 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 dili-
gencia. En ese sentido, el artículo 61 del Código Federal de
Procedimientos Penales, en observancia a la garantía de in-
violabilidad del domicilio, establece que si no se cumple con
alguno de los requisitos del octavo párrafo del citado pre-
cepto constitucional, la diligencia carece de valor probatorio.
Por tanto, las pruebas obtenidas con vulneración a dicha
garantía, esto es, los objetos y personas que se localicen, su
aprehensión en el domicilio registrado y las demás pruebas
que sean consecuencia directa de las obtenidas en la forma
referida, así como el acta circunstanciada de la propia diligen-
cia, carecen de eficacia probatoria. En efecto, las actuaciones
y probanzas cuyo origen sea un cateo que no cumpla con
los requisitos constitucionales y por tanto, sin valor probatorio
en términos del señalado artículo 61, carecen de existencia

legal, pues de no haberse realizado el cateo, tales actos no hubieran existido.⁷

Lo anterior es de suma importancia toda vez que el hecho de que la diligencia de cateo se practique con estricta observancia de todos los requisitos legales a que se ha hecho referencia, se traduce en que dicho medio de prueba adquiera el rango de prueba plena por propia disposición de la ley procesal penal federal, que en su artículo 284 señala:

"Artículo 284. La inspección, así como el resultado de los cateos, harán prueba plena siempre que se practiquen con los requisitos legales."

En este contexto, el hecho de que por disposición de la ley un medio de convicción adquiera el rango de prueba plena no es una cuestión menor, toda vez que si bien es cierto, ello no implica que no pueda ser controvertida por la persona que está siendo procesada con apoyo en dicha probanza, quien en todo momento puede cuestionar la legalidad de la diligencia;⁸ también lo es, que por el hecho de haberse realizado

⁷ Los datos de identificación y localización son: Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVI, agosto de 2007, página 111.

⁸ En este sentido se ha pronunciado la Primera Sala en la jurisprudencia 1a./J. 51/2007, que es del tenor siguiente: "PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. PROCEDE LA ADMISIÓN Y DESAHOGO DE LA TESTIMONIAL Y LOS CAREOS OFRECIDOS POR EL INculpADO, A CARGO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DE LOS TESTIGOS DE ASISTENCIA QUE INTERVINIERON EN UNA DILIGENCIA DE CATEO.—De la interpretación armónica de los artículos 206 del Código Federal de Procedimientos Penales y 20, apartado A, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que el juzgador está obligado a admitir y mandar desahogar las pruebas que en su defensa ofrezca el inculpado, sin otra limitación que la establecida por la ley, siempre que legalmente puedan constituirse, pues de no hacerlo así se viola su garantía de adecuada defensa, contenida en el citado precepto constitucional. En tal virtud, independientemente de que la participación del agente del Ministerio Público y de sus testigos de asistencia en el acta circunstanciada en que consta la diligencia de cateo se debe a la obligación que tienen de intervenir como parte del personal ministerial, ello no impide que el procesado ejerza su derecho a defenderse de las imputaciones que arroje el

la diligencia de cateo en estricto acatamiento de los requisitos constitucionales y legales, existe una presunción legal de su validez que se traduce en su eficacia plena. Por esta razón, de hecho, se impone una carga a la parte afectada para demostrar que la diligencia no se realizó con apego a la ley, es decir, hay una exigencia mayor de prueba para demostrar la ilegalidad del cateo.

Ahora bien, tomando en cuenta la materia que constituye el objeto de estudio en el presente asunto, dentro de los requisitos que se requieren para la validez de la diligencia de cateo, destaca el consistente en que al concluir la diligencia, debe levantarse un 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.

El precepto reproducido describe en forma similar lo que prevé el párrafo décimo del artículo 16 de la Constitución General de la República, en lo relativo a que al concluirse el cateo se levantará acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad judicial que practique la diligencia; además de que establece cuál es la consecuencia jurídica para el caso de que no se cumpla con los

cateo, pues aunque éste conforme a lo dispuesto por el artículo 284 del citado código procesal penal, hace prueba plena cuando se desahoga con las formalidades establecidas en la ley, esto no implica que no puedan controvertirse los hechos y circunstancias derivados de él, mediante la prueba que se estime más idónea como pueden ser los careos o la testimonial de quienes hayan intervenido en el desarrollo de dicha diligencia—; pues en este caso se considera que tiene mayor peso específico la garantía de defensa adecuada, que consagra el invocado precepto constitucional; sobre todo si se toma en cuenta que el artículo 240 del mencionado Código establece que el tribunal no debe dejar de examinar durante la instrucción a los testigos presentes cuya declaración soliciten las partes.'

Los datos de identificación y localización son: Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Torno XXVI, julio de 2007, página 89.

requisitos respectivos, esto es, que la diligencia carecerá de todo valor probatorio.

Es conveniente señalar que con relación a los cateos, a que actualmente se refiere el artículo 16, párrafo décimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la obra Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones, cuarta edición (1994), LV Legislatura, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Comité de Asuntos Editoriales, Tomo III, anota como antecedente inmediato a la propia Constitución Federal, que fue sancionada el cinco de febrero de mil ochocientos cincuenta y siete, dentro de cuyo texto, no se regula expresamente lo relativo a cateos; sin embargo, a ellos se hacía referencia en el artículo 5o. del proyecto de esa Constitución, de la siguiente manera:

"Artículo 5o. Todos los habitantes de la República, así en sus personas y familias, como en su domicilio, papeles y posesiones, están a cubierto de todo atropellamiento, examen o cateo, embargo o secuestro de cualquier persona o cosa, excepto en los casos prefijados por las leyes y con la indispensable condición de que se proceda racionalmente y de que la autoridad competente exprese en su mandato escrito la causa probable del procedimiento, sostenida por la afirmación, al menos de un testigo, y señale y describa el lugar que debe ser registrado o la cosa o persona que debe ser secuestrada. En el caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata." (página 209).

Este artículo 5o. del proyecto de Constitución, que se sometió a la discusión del Constituyente de mil ochocientos

cincuenta y siete, y terminó por aprobarse como artículo 16, permitió algún análisis acerca de los cateos, según se advierte de la sesión del quince de julio de mil ochocientos cincuenta y seis, en donde se consideró:

El señor Escudero ... En cuanto a cateos, las leyes actuales sólo los permiten previa una información sumaria u otra prueba, para ir a averiguar un delito o a aprehender a un delincuente, y el artículo disminuye en ese punto la seguridad, pues establece que para el cateo basta la información de un solo testigo (página 214).

También, de la sesión del dieciséis de julio de mil ochocientos cincuenta y seis, se desprende lo siguiente:

Continuando el debate sobre el artículo 5o. del Proyecto de Constitución, el señor Zarco dijo: ... con respecto a cateos, el señor Escudero, cuyos conocimientos respeto, ha probado que con el artículo quedaremos peor que antes, pues las leyes anteriores requieren una averiguación sumaria, u otra prueba, mientras el artículo consiente en el allanamiento del hogar doméstico con el solo dicho de un testigo ... (página 217).

En la obra antes mencionada, Tomo III, al referirse al artículo 16 del proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, se transcribe lo referente a las órdenes de cateo, que en su tercer párrafo, proponía:

Artículo 16 del proyecto: ... En toda orden de cateo 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

en el acto de concluir ésta, un acta circunstancial, en presencia de los testigos que intervinieren en ella y que serán cuando menos, dos personas honorables ... (página 212).

En la 21.ª sesión ordinaria, celebrada el veintitrés de diciembre de mil novecientos dieciséis, se leyó un dictamen sobre el artículo 16 del Proyecto de Constitución, que en lo conducente establece:

... Nos parece, por último, que el precepto no declara terminantemente la inviolabilidad del domicilio, ni prohíbe con toda claridad la práctica de cateos por las autoridades administrativas, lo cual nos induce a proponer un ligero cambio de redacción en el sentido indicado.—Sin duda que las disposiciones que contiene el artículo, en lo relativo a la práctica de los cateos, pueden estimarse como reglamentos; pero creemos muy cuerdo establecerlas, porque en la práctica de estas diligencias se han cometido casi siempre no sólo abusos, sino verdaderos atropellos, que importa evitar en lo sucesivo, fijando las reglas esenciales a las que deberán sujetarse en esta materia las legislaciones locales ... (página 220).

El anterior dictamen suscitó debate, que en el punto a estudio y en lo más relevante, se asienta:

El C. Recio (por la comisión): ... tampoco se declara de una manera precisa en el proyecto de reformas, que se respetará el domicilio o la inviolabilidad de las familias y éste es un asunto de gran trascendencia, porque seguramente que a ninguno de nosotros le gustaría que se allanase su hogar por una autoridad cualquiera; tampoco esto sería lógico ni debe comprenderse en esta forma: nosotros hemos juzgado perti-

nente que se declare terminantemente que el domicilio es inviolable ... sólo la autoridad judicial tiene orden de practicar cateos, sólo éstas pueden dictar estas disposiciones ... Finalmente, nos trae una innovación; él dice que al verificarse el cateo debe levantarse un acta circunstanciada en presencia de dos testigos honorables. ¿A quién deja la calificación de la honorabilidad de estas personas que han de servir como testigos? Como no lo explica de una manera clara, pues la mayor parte de los Jueces creerán que ellos son los que tienen la obligación de llevar los testigos, y así como hay Jueces honrados y laboriosos, también los habrá criminales, Jueces sin conciencia que se presten a intrigas y a toda clase de chanchullos. Llevarán testigos buscados previamente y al practicarse los cateos que, por lo regular, son practicados por la policía, se cometerá una serie de abusos incalificables. Hemos visto cómo se han venido practicando hasta ahora los cateos, y en la época dictatorial, sobre todo, tuvimos la oportunidad de ver que se cometían grandes abusos con un botín; cada quien cogía lo que le parecía y se daba cuenta de nada absolutamente. Por eso la comisión ha creído pertinente que sea el propietario de la casa cateada quien proporcione los testigos, porque seguramente se fijará en las personas de más confianza para él y estos individuos no se prestarán gustosos a firmar un acta levantado al capricho de la autoridad que verifique el cateo, sino que sólo pondrán su firma en lo que verdaderamente les conste y acerca de lo que hubiese sido objeto preciso del cateo. Con esto se evitarán muchísimos abusos y muchos atropellos (página 223).

El C. Fajardo: ... yo desearía que sobre este punto la comisión tuviese la bondad de hacer alguna explicación y, además, sobre esto otro: al hablar del cateo dice que éste se

practicará en presencia de dos testigos, que nombrará el dueño de la casa. Como puede suceder con frecuencia que el dueño de la casa no esté presente o que no se presente, como sucederá casi siempre, a nombrar testigos que presencian el atentado, que así considera él y, por tanto, no prestará su ayuda, no dirá qué personas nombra como testigos para que presencien el acto, y entonces la autoridad que practique la diligencia se verá embarazada sobre este punto, porque no sabrá si solamente con la anuencia del dueño de la casa, es decir, con el nombramiento de dos testigos que éste designe, se puede practicar el cateo, o si puede él nombrar otros. Hay la costumbre, por ley está también autorizado, de que el Juez que tenga su secretario, lleve dos testigos que hagan fe con él; pero como aquí se expresa que el dueño nombre los dos testigos, desearía que la comisión explicara: cuando el dueño de la casa no esté presente o no los quiera nombrar, ¿la autoridad cateadora podría hacer la designación y qué validez tendrá el acto en ese caso? (página 231).

El C. Recio: ... Respecto del segundo punto, si no está el dueño de la casa, alguno de sus familiares ha de estar, y éstos podrán hacer la designación. Pero es manera muy arbitraria dejarlo a la calificación del Juez que va practicar la visita (página 232).

El C. Silva Herrera: Voy a permitirme hacer una observación a los miembros de la comisión, ya que van a retirar el dictamen. La circunstancia de que el dueño de la casa, en la práctica de una visita domiciliaria, tenga que nombrar los testigos, dará lugar a graves dificultades para las autoridades.

Muchas veces el dueño de la casa se oculta y sabiendo que él debería nombrar los testigos, no los nombrará. Desearía que se suprimiera esa parte del artículo, dejando a la autoridad judicial la facultad de nombrar los testigos cuando no lo haga el dueño de la casa ... (página 233).

En la 24a. sesión ordinaria celebrada el veintisiete de diciembre de mil novecientos dieciséis, se leyó un nuevo dictamen sobre el artículo 16 del Proyecto de Constitución:

Por último, nos parece oportuno reconocer terminantemente la inviolabilidad del domicilio, dejando a salvo el derecho de la autoridad judicial para practicar cateos, mediante los requisitos que la propia asamblea ha aceptado como necesarios, para librar así a los particulares de los abusos que suelen cometerse en la práctica de tales diligencias ... (página 233).

En la 27a. sesión ordinaria, celebrada el dos de enero de mil novecientos diecisiete, se dijo lo siguiente:

El C. Colunga: ... Respecto de las órdenes de cateo, dice el señor diputado Dávalos que el proyecto de la primera jefatura es superior al proyecto de la comisión, porque ampara, el primero, tanto el domicilio como otras dependencias, despachos, bufetes, etcétera. Pues no, señores diputados, en este punto son tan deficientes uno como otro ... (página 247).

En la 38a. sesión ordinaria, celebrada el once de enero de mil novecientos diecisiete, se presentó un tercer dictamen sobre el artículo 16 del Proyecto de Constitución:

La comisión ha reunido estas diversas ideas y redactó nuevamente el artículo de que se trata, el cual somete a la aprobación de esta honorable Asamblea, en la forma siguiente: "Artículo 16. ... 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, en el acto de 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 ..." (página 251).

En la 40a. sesión ordinaria, celebrada el trece de enero de mil novecientos diecisiete fue aprobado, sin discusión y por ciento cuarenta y siete votos a favor y doce en contra, el artículo 16 del proyecto (página 251).

Con motivo de las reformas al artículo 16 de la Constitución General de la República, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, el tema referente a los cateos quedó ubicado en el octavo párrafo. Sin embargo, a partir de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de dos mil ocho pasó a ser el décimo párrafo.

Como se puede apreciar del proceso legislativo descrito con antelación, en el proyecto de Constitución de Venustiano Carranza se proponía que, al concluirse la diligencia de cateo, debía levantarse un acta circunstancial en presencia de los testigos que intervinieran en ella y que deberían ser, cuando menos, dos personas honorables.

En la discusión del primer dictamen que presentó la comisión respectiva, se cuestionó lo relativo a quién se le dejaba la calificación de honorabilidad de las personas que habrían de fungir como testigos, agregando que la mayor parte de los Jueces creerían que ellos son los que tienen la obligación de llevar los testigos, y que así como hay Jueces honrados, también habría quienes llevarían testigos buscados previamente y al realizarse los cateos que por lo regular son practicados por la policía, se cometería una serie de abusos incalificables. De lo anterior se advierte que, de manera expresa, el Constituyente tuvo como primordial preocupación que los testigos designados en una diligencia de cateo, no fueran parciales y que se evitara que la misma autoridad ejecutora dé fe de la legalidad de una actuación en la que ella misma intervino.

No obstante, también se expuso que la labor de la autoridad que practicara la diligencia de cateo no podía quedar sujeta a la voluntad de la persona a la que se dirigiese ésta, de nombrar los testigos respectivos, y que en caso de no hacerlo, no pudiese nombrarlos dicha autoridad y por ende no pudiese practicar dicha diligencia; lo que originó que se eliminara dicho aspecto.

En el tercer dictamen que presentó la comisión se advierte que se conciliaron ambas posturas, puesto que se estableció que debe levantarse, en el momento de concluir la diligencia de cateo "un 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", lo que fue aprobado sin discusión.

Al respecto, la Primera Sala, en su anterior integración, emitió los criterios siguientes:

"CATEOS, PROCEDIMIENTO LEGAL EN LOS.—De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución General de la República, en todo cateo deben intervenir dos testigos, que puede proponer el ocupante del lugar cateado, o, en su ausencia o negativa, la autoridad que practique la diligencia, por lo que si aquellos no son nombrados para asistir a esa diligencia y firmar el acta respectiva, se vulnera el citado precepto, en perjuicio del afectado."⁹

"CATEOS, QUÉ AUTORIDADES PUEDEN PRACTICARLOS.—Es inexacto que toda diligencia de cateo debe ser practicada, en todos los casos, por el Ministerio Público o por la Policía Judicial, puesto que del artículo 16 constitucional se desprende que también puede ser practicada directamente por la autoridad judicial, tal como lo autorizan los artículos 61 y siguientes del Código Federal de Procedimientos Penales; sin embargo, la autoridad judicial es la única facultada para expedir una orden de cateo, y por ello, si durante la averiguación previa, el Ministerio Público o la Policía Judicial estiman necesaria la práctica de una diligencia de esa índole, deben recabar precisamente de la autoridad judicial la orden correspondiente y la ejecutaran en los términos que ordenan el artículo 16 constitucional y la ley procesal penal aplicable en cada caso: en cambio, de la policía preventiva puede decirse que no es ninguna de las autoridades que conforme a la ley pueden practicar un cateo, ni por propia iniciativa ni por comisión durante la averiguación previa que no le compete iniciar."¹⁰

⁹ Los datos de localización e identificación son: Quinta Época. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XLIV, página 3453.

¹⁰ Los datos de identificación y localización son: Quinta Época. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CIV, página 1619.

Ahora bien, en virtud de que el párrafo décimo del artículo 16 constitucional no precisa cuál debe ser la naturaleza del testigo que actúa en la diligencia de cateo, ni las características que debe reunir, es necesario hacer algunas precisiones. Para ello, debe atenderse a lo que el legislador ordinario ha establecido al respecto.

La especificación es realizada por el Código Federal de Procedimientos Penales, el cual en sus artículos 61 y 62, establece lo siguiente:

"Artículo 61. Cuando en la averiguación previa el Ministerio Público estime necesaria la práctica de un cateo, acudirá a la autoridad judicial competente, o si no lo hubiere al del orden común, a solicitar por escrito la diligencia, expresando su objeto y necesidad, así como la ubicación del lugar a inspeccionar y persona o personas que han de localizarse o de aprehenderse, y los objetos que se buscan o han de asegurarse a lo que únicamente debe limitarse la diligencia.

"Al concluir el cateo se levantará acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, **por la autoridad judicial que practique la diligencia.**

"Cuando no se cumplan estos requisitos, la diligencia carecerá de todo valor probatorio, sin que sirva de excusa el consentimiento de los ocupantes del lugar."

"Artículo 62. **Las diligencias de cateo se practicarán por el tribunal que las decrete o por el secretario o actuario del mismo, o por los funcionarios o agentes de la policía judicial, según se designen en el mandamiento.**

Si alguna autoridad hubiere solicitado del Ministerio Público la promoción del cateo, podrá asistir a la diligencia."

Es importante señalar que el artículo 62 del código procesal en comento ha permanecido sin cambio alguno desde su publicación en el Diario Oficial de la Federación el treinta de agosto de mil novecientos treinta y cuatro, mientras que la redacción del artículo 61 de dicho código ha permanecido sin cambios desde el ocho de enero de mil novecientos noventa y uno.

Como se desprende del análisis de los diversos dictámenes y discusiones que dieron lugar al decreto de ocho de enero de mil novecientos noventa y uno, que reformó diversos artículos del Código Federal de Procedimientos Penales, la modificación al artículo 61 del citado código procesal obedece a motivos claros y concretos.

La finalidad de la reforma fue tratar de expresar más claramente en qué consiste, cuál es la finalidad de un cateo, precisar la ubicación del lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que han de localizarse o aprehenderse y, en su caso, los objetos que se buscan o que deben asegurarse.

Si se revisa el artículo 16 constitucional, se observa que no se establece nada que se aparte del texto constitucional, sino que va más allá, estableciendo que si no se cumple con los requisitos y formalidades establecidos en la Constitución Federal y en el propio artículo 61 del código procesal en comento, el acta y la diligencia de cateo carecerán de valor probatorio.

También se expresa que de ninguna manera servirá de excusa y pretexto el que exista el consentimiento del ocupante del lugar cateado, para que se realice dicha diligencia de cateo en contravención con alguna de esas formalidades o requisitos que exige el artículo 16 constitucional.

Por tanto, el motivo de dicha reforma fue, en palabras del diputado Carlos Javier Vega Memije, miembro de la Comisión de Justicia "perseguir, buscar, un afán de equidad, un afán de justicia social, un afán de limitar a los órganos del poder público en su campo de acción y facilitar al gobernado la defensa frente a algún acto autoritario".

Ahora bien, de la atenta lectura del artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales se advierte que el legislador ordinario ha establecido "Al concluir el cateo se levantará acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad judicial que practique la diligencia".

De lo anterior, concretamente de la parte final, se desprende que fue voluntad del legislador ordinario establecer que la diligencia de cateo será practicada por la **autoridad judicial y que será ésta la que designe a los dos testigos en caso de ausencia o negativa del ocupante del lugar.**

Lo antes destacado es una cuestión de suma importancia ya que de ello se desprende que la intención del legislador fue el que en todo momento se salvaguardara la imparcialidad en la diligencia, la cual, como se ha dicho, es pedida por el Ministerio Público para continuar con la investigación de un delito o la detención de un probable responsable. En ese

sentido, es claro que dicha representación social actúa en su carácter de investigadora, por lo que materialmente se constituye en la contraparte del ocupante del lugar cateado, razón por la cual no pueden coexistir en ella o en alguna persona que se encuentra bajo su mando (policía judicial) el carácter de testigo de la diligencia.

No pasa por alto en este análisis el hecho de que el artículo 62 del propio Código Federal de Procedimientos Penales establece la posibilidad de que el tribunal (Juez) quien de inicio debería practicarla, autorice para ello en el propio mandamiento (orden de cateo) a: 1) un secretario o actuario del propio tribunal; o 2) funcionarios (Ministerios Públicos) o agentes de la policía judicial; y 3) y en su caso, que asista alguna autoridad que hubiere solicitado del Ministerio Público la promoción del cateo.

Del precepto antes citado es factible deducir que constituye una excepción a la regla general o mandato expreso de que sea la autoridad judicial la que practique el cateo; cuestión que se ha convertido en la práctica en uso cotidiano, ya que en casi la totalidad de órdenes de cateo que se libran por los Jueces se autoriza al Ministerio Público para que la realice directamente con auxilio de la policía judicial que se encuentra bajo su mando.

A pesar de lo anterior, debe destacarse que según se precisó en los párrafos precedentes el legislador ordinario estableció que la diligencia de cateo sea practicada por la **autoridad judicial y que será ésta la que designe a los dos testigos en caso de ausencia o negativa del ocupante del lugar**. Respecto de la primera cuestión (práctica de la dili-

gencia) ya se indicó que existe la excepción prevista en el artículo 62. Sin embargo, en relación al segundo aspecto, esto es, que será la autoridad judicial la que designe a los dos testigos en caso de ausencia o negativa del ocupante del lugar cateado, no se advierte que la ley se establezca excepción alguna.

Es decir, aun cuando en la orden de cateo la autoridad judicial autorice para su práctica al Ministerio Público quien *podrá auxiliarse de la Policía Judicial*, ello no implica que dicha autoridad pueda designar en el caso de que el ocupante del lugar cateado no lo haga o no se encuentre, a las personas que deberán fungir como testigos en el acta circunstanciada que se levante con motivo del cateo —mucho menos que puedan serlo los policías que intervinieron en la misma—.

Por tanto, debe entenderse que la designación de los testigos para el caso de negativa del ocupante del lugar o en su ausencia sigue siendo facultad de la autoridad judicial; en ese sentido, resulta congruente considerar que en el caso de que el Juez al ordenar la práctica de un cateo autorice al Ministerio Público para su realización, deberá igualmente señalar en el propio mandamiento que en el caso de que el ocupante del lugar no designe testigos o no haya nadie que pueda designarlos, fungirán como tales las personas que directamente el juzgador designe, designación que podrá recaer incluso en personal del propio órgano jurisdiccional, como podrían serlo algunos de los secretarios o actuarios, quienes incluso cuentan con fe pública.

Así, de la interpretación armónica y sistemática del artículo 16 constitucional, 61 y 62 del Código Federal de Pro-

cedimientos Penales, **se desprende que el nombramiento de testigos es facultad exclusiva de la autoridad judicial, y que su nombramiento por funcionario o autoridad distinta se traduce en la ausencia de valor probatorio del acta y de la diligencia de cateo realizada.**

Por otro lado, a fin de reforzar la interpretación aquí vertida, conviene abundar sobre la naturaleza del testigo que actúa en la diligencia de cateo. Para ello, es preciso señalar que el texto no hace referencia a lo que comúnmente se conoce como la figura del testigo presencial; mismo cuya función se circunscribe a corroborar que ciertos hechos han sucedido. Este rol es el que una persona asume al testificar sobre la veracidad de determinados hechos que se estima necesario probar durante un procedimiento penal. Así, la finalidad de que los Códigos Penales prevean esta figura, consiste en la necesidad de que personas que han presenciado los hechos, puedan aportar material probatorio al proceso y con base en ello, proveer de datos al juzgador con respecto a la causa de estudio. Esto tiene una relación de medio a fin con el razonamiento y la valoración que todo Juez debe formular respecto de determinados hechos; así, en la medida en que el testigo lo posibilita, su testimonio es el medio para llegar al fin: la prueba.

Es necesario mencionar que el testimonio no es ni condición necesaria ni suficiente para determinar que un hecho está probado. El sentido de la figura no es el de dotar de formalidad a un determinado acto. En un escenario así, el testigo sí es un elemento necesario, quizás no suficiente, para lograr a un determinado fin: **constituir al acto mismo**. Así, el rol que desempeña el testigo presencial permite, de manera con-

tingente, que se logre la finalidad consistente en probar la existencia de un hecho.

Habiendo señalado lo anterior, cabría concluir que la Constitución, en su artículo 16, no se refiere a la figura del testigo del acto o presencial, sino más bien la del "testigo instrumental". Esto es, aquel testigo sin cuya intervención, el acto no existe en el mundo jurídico. Aquí estamos ante una condición necesaria para dotar de existencia jurídica a un hecho material. Es decir, la presencia del testigo es necesaria para constituir al acto mismo; es parte integrante de éste.

Así, el texto que se interpreta, al hablar de "testigos", se refiere a aquellos cuyo carácter es esencialmente instrumental. Sin su designación, ya sea por parte de la persona cuyo domicilio será cateado, o bien por parte de la autoridad, no es posible hablar de una diligencia apegada a derecho; en este caso, de un cateo válido. Con lo cual, tampoco resultaría admisible la admisión de pruebas derivadas de las actuaciones llevadas a cabo por agentes del Ministerio Público, dado que la legalidad del acto estaría viciada en sí misma.

El Constituyente creyó conveniente dar el carácter de instrumental a los testigos a que se refiere en el artículo 16 constitucional. Ello, en aras de acotar con cierta rigidez lo que en esencia constituye un límite al derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio. La razón por la cual es necesario que existan testigos durante el acto, se debe a que de esta manera dichos testigos podrán posteriormente dar cuenta de si la diligencia fue o no apegada a derecho. Al final, los testigos instrumentales terminan desempeñando la misma labor que el testigo del acto o presencial. No obstante, el requisito de

la presencia de aquéllos es constitutivo del acto, a fin de asegurar que ante una restricción tan gravosa, habrá por lo menos, otras dos personas que puedan verificar y posteriormente, confirmar que la actuación ha sido llevada a cabo de forma legal.

Por tanto, la formalidad que prevé el artículo 16 sobre los testigos no es carente de sentido. Por el contrario, el Constituyente buscó darle mayores formalidades a un acto que en sí mismo significaba un límite a un derecho fundamental.

Habiendo hecho esta aclaración, es necesario abundar en las razones que obligan a discernir cómo debe ser interpretado un límite a un derecho fundamental que ha sido fijado constitucionalmente.

En el caso que nos ocupa, es necesario interpretar el alcance de un límite constitucional a un derecho fundamental, a partir del análisis de los requisitos constitucionales que logran constituir a la diligencia de cateo; esto, en tanto el tema a elucidar de fondo consiste en determinar si la diligencia de cateo y las pruebas que fueron obtenidas en la misma, tienen o no valor probatorio, cuando ante la falta de designación de testigos por parte del ocupante del lugar cateado, la autoridad que la practica designa con tal carácter, para efectos de que al concluirla se levante el acta circunstanciada respectiva, a los elementos de la policía que le asistieron en la diligencia.

Se advierte que el método de interpretación adecuado deberá ajustarse a la naturaleza de la disposición que la inspira. Esto implica que el método adecuado debe elegirse

tomando en consideración que se trata de interpretar la restricción constitucional —el cateo— de un derecho fundamental —inviolabilidad del domicilio—. Para ello, resulta de utilidad atender a lo dispuesto en el artículo 29 de la Convención Americana, al prever el método idóneo de interpretación tratándose de derechos fundamentales y sus posibles límites. Dicho artículo prevé:

"Artículo 29. Normas de interpretación

"Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

"a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

"b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

"c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

"d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza."

En todo supuesto en el que estén involucrados derechos fundamentales, es válido y necesario aplicar el principio *pro*

homine, al cual llamaremos **principio pro persona**¹¹ por tener un sentido más amplio y ser más neutro desde la perspectiva de género, a fin de acudir a la norma más amplia y/o a una interpretación más extensiva de ésta al reconocer/garantizar el ejercicio de un derecho fundamental; o bien, en sentido opuesto, aplicar la norma y/o interpretación más restringida al establecer limitaciones/restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales.

Este principio que tiene esencialmente su origen en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos tiene toda validez de aplicación en el derecho interno, por el hecho de que el umbral fundamental en materia de derechos humanos es "*la maximización y optimización del sistema de derechos y el reforzamiento de sus garantías*",¹² además de que "*coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre*".¹³

La trascendencia del principio va más allá de ser un eventual criterio de interpretación, pues al existir normas de derechos fundamentales en todos los niveles del orden jurídico del Estado –aun en leyes que no tienen la denominación de "derechos fundamentales", "derechos humanos", "garantías individuales" pero que consagran o reconocen de manera directa o indirecta éstos–,¹⁴ el principio *pro persona* se cons-

¹¹ En sentido similar de la utilización del término véase: Salvioli, Fabián, Un análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en *Defensa de la Constitución: Libro Homenaje a Germán Bidart Campos*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 143.

¹² Cfr. Bidart Campos, Germán, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1995, pp. 362-369.

¹³ Corte Constitucional Colombiana, sentencia T-284/06.

¹⁴ Para un ejemplo claro de normas que contienen derechos fundamentales aunque su denominación no lo indique véase: Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, serie A, No. 16, párrs. 122-124, 137 y otros.

tituye en una verdadera garantía de interpretación constitucional, que permite asegurar en y, para todos los niveles, el respeto y la vigencia de los derechos humanos. Es el punto de partida de una adecuada interpretación de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución.

El principio *pro persona* tiene dos manifestaciones o reglas principales: 1) preferencia interpretativa y, 2) preferencia de normas.¹⁵ La preferencia interpretativa, a su vez, tiene dos manifestaciones: a) la interpretativa extensiva y, b) la interpretativa restringida. Por su parte, la preferencia de normas se manifiesta de dos maneras: a) la preferencia de la norma más protectora y, b) la de la conservación de la norma más favorable.

Para el caso, resulta útil la aplicación de la regla de la preferencia interpretativa restrictiva. Esto, toda vez que a partir de ella, se llega a la conclusión de que la designación de los testigos por parte de la autoridad no puede implicar que la restricción se extienda al grado de considerar adecuado que la persona ejecutora de la diligencia de cateo, pueda ser, a la vez, quien como testigo sirve para dar fe de la legalidad del acto.

Esto debe entenderse en el sentido de que se deben observar los hechos con dos propósitos fundamentales: 1) verificar la legalidad del acto y dada la importancia e intensidad de la condición, 2) para revestir de formalidad constitutiva al acto mismo. De acuerdo con el principio *pro persona*, el juzgador no puede expandir la interpretación respecto de los requisitos que deben estar presentes para la integración formal del acto consistente en la diligencia de cateo. Si esto es así,

¹⁵ Cfr. Carpio Marcos, Edgar, *op. cit.*

y se acepta que los testigos tienen la labor instrumental de constituir al acto mismo, dado lo gravoso de la medida, entonces no será válido que los agentes del Ministerio Público encargados de desahogar la diligencia, puedan a la vez, revestir las características de un testigo encargado de dar fe. **Es decir, no podría estar dando fe de la legalidad de su propia actuación a la vez que la ejecuta.** Se trata así, de dos cualidades opuestas que no debieran estar presentes en la misma persona, a menos que se pretendiera ampliar la restricción de un derecho fundamental en cuestión.

Ante tal circunstancia, es preciso adoptar o preferir la interpretación que más optimiza un derecho fundamental, y dicha optimización conlleva de ser necesario y posible, ampliar o extender el sentido y alcance del derecho fundamental en análisis. Para aplicar una norma que puede tener múltiples interpretaciones a un caso concreto, se debe preferir la interpretación más amplia o que mejor proteja los derechos humanos, o bien, hacer una interpretación que amplíe el alcance y contenido del derecho bajo estudio, a fin de hacer efectiva la protección de la persona. Por otro lado, para concluir que no es admisible una interpretación restrictiva de la disposición estudiada, basta con observar que ésta se encuentra en el capítulo de garantías individuales.

Siendo esto así, no resulta admisible considerar que el Poder Constituyente no quiso poner condición o limitación alguna al testigo que puede designar la autoridad de conformidad con el artículo 16 constitucional. Esto, ya que si bien no hay limitación o condición expresa en ese sentido, no por ello resulta admisible considerar que no existen límites derivados de otros principios constitucionales. Máxime tratándose de la

interpretación sobre el alcance de una garantía individual. Aquélla, como ya se expuso, no debe ser literal o restrictiva, sino todo lo contrario. Las disposiciones que prevean las condiciones en que será observado un derecho fundamental, deben ser interpretadas de manera expansiva.

Ahora bien, en el caso en concreto, debe estimarse que de considerar que el agente del Ministerio Público y los policías que dependen de él e intervienen en la diligencia, pueden ser tanto testigos como autoridades en la diligencia del acto, equivale a romper con otras limitaciones de carácter tácito. A saber: la imparcialidad con que debe actuar toda autoridad.

Relativo a lo expuesto, debe aducirse que un testigo es un sujeto tercero a las partes procesales (en el caso del enjuiciamiento penal, al indiciado —pasivo— y al fiscal investigador o acusador —activo—) que como resultado de los hechos que objetivamente conoce en algún momento, relacionado con el asunto de mérito y objeto de su apersonamiento (corroborar la legal realización de la diligencia de cateo) acude ante la autoridad de indagación o juzgamiento a dar conocimiento de los sucesos por él apreciados, sin que jurídicamente esté constreñido a sufrir las consecuencias negativas de la sanción punitiva en caso de ser procedente, la cual sólo se circunscribe al acusado.

Lo anterior en virtud de que, mientras el indiciado o procesado es el individuo al que se vincula directa o indirectamente con la comisión de un delito, el fiscal se encuentra en una posición procedimental opuesta (investigador o acusador). La participación del indiciado o procesado podrá ser corroborada en su contra, o desvirtuada en su favor, entre

otros medios de prueba, con la testimonial, por lo que en consecuencia, dicho medio de convicción debe ser a cargo de terceros ajenos que van a dar noticia de lo que, con plena independencia y libertad de posición, apreciaron *per se*, les consta.

Bajo ese tenor, es de arribar a la conclusión de que la designación de los testigos por parte de la autoridad, cuando no sean designados por el cateado, no puede dar lugar a considerar como adecuado, que la misma persona que actúa en la diligencia de cateo, pueda actuar a la vez, como testigo y así afirmar la legalidad del acto de cateo al rendir su propio testimonio.

En efecto, como se precisó, la designación de testigos durante la realización de la diligencia de cateo, tiene como finalidad:

a) Dar testimonio de la legalidad de la realización de la diligencia de cateo, en virtud de la trascendencia de ésta; y

b) Revestir de formalidad constitutiva al acto mismo, a fin de que se concrete su legal existencia.

En ese sentido, dado que los testigos tienen la labor instrumental de constituir al acto mismo, en virtud de lo gravoso de la medida, entonces no resulta válido que los agentes de policía que intervienen como auxiliares del Ministerio Público, en la realización de la diligencia de cateo, esto es, actúan como autoridades ejecutoras, se desempeñen a su vez como testigos de un acto que realizan, y en ese sentido, afirmen la legalidad de su actuación al rendir su propio tes-

timonio, pues ello hace evidente su parcialidad y en consecuencia como no idónea su designación con el carácter de testigo, ya que dada la magnitud de la trascendencia de la diligencia en comento y la finalidad del nombramiento de los testigos en su realización, ésta debe recaer en una persona que sea ajena a la diligencia en la que se actúa.

Lo anterior es así, en virtud de que se trata de dos actividades opuestas, toda vez que el testigo designado durante la realización de una diligencia de cateo, tiene como finalidad corroborar que ésta se desarrolle conforme a derecho y apegándose de manera cabal a la orden de la autoridad judicial que determinó su realización, por lo que la autoridad respecto de la cual se ha de corroborar su legal actividad en el desarrollo de la diligencia de cateo, no puede erigirse a su vez como testigo, ya que tal designación debe recaer en personas ajenas a la realización de la diligencia, lo que no se cumple en el caso de que la designación de los testigos recaiga en el personal auxiliar del Ministerio Público, que interviene de manera directa en la celebración de la diligencia de cateo en la que se obtengan diversas pruebas.

Si bien de la lectura del párrafo octavo del artículo 16 constitucional, y del artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, que es de contenido similar a la norma constitucional de mérito, no se advierte que de manera expresa se establezca restricción alguna a la facultad que tiene el Ministerio Público para designar testigos, cuando se encuentre ausente el ocupante del lugar cateado o se niegue a designarlos, ello de ninguna manera hace admisible sostener que el testigo designado en la realización de la mencionada diligencia, para efectos de que al concluirla se levante el acta

circunstanciada respectiva, no deba cumplir con las características mencionadas, dados los derechos fundamentales que son trastocados en una diligencia de cateo, y menos aún, que se admita el hecho de que una autoridad erigiéndose también como testigo, avale su propia actuación, con repercusión en la validez de ésta, así como en las pruebas obtenidas en esa diligencia.

En conclusión, en la realización de una diligencia de cateo, cuando se encuentre ausente el ocupante del lugar cateado o se niegue a designarlos, la designación de testigos no debe recaer en los policías que intervinieron en su desahogo, en virtud de que no cumplen con las características necesarias para ser considerados como testigos.

Precisado el sentido y alcance del décimo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, me parece que lo procedente era reservar jurisdicción al Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito a efecto de que resolviera sobre los aspectos de legalidad de la sentencia impugnada, considerando para ello, el criterio sustentado por este Tribunal Pleno en relación con la designación de testigos por la autoridad ejecutora de una orden de cateo, ante la ausencia o negativa del ocupante del lugar cateado.

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 1a./J. 83/2008 citada en este voto, aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVIII, diciembre de 2008, página 74.