

VI. VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO*

Las siguientes son las razones por las que disiento del criterio expresado por la mayoría en torno a la interpretación del artículo 16 de la Constitución Federal en materia de cateos.

En efecto, no comparto que se considere legal aquella diligencia de cateo en la que funjan como testigos los policías que intervinieron en su ejecución.

La tesis que sustenta el Tribunal Pleno, sobre la cual disiento, es del tenor siguiente:

"CATEOS. LA DESIGNACIÓN QUE CON CARÁCTER DE TESTIGOS REALIZA LA AUTORIDAD EJECUTORA EN AGENTES POLICIALES QUE LO AUXILIAN EN EL DESAHOGO

* *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Tomo XXIX, marzo de 2009, p. 539; IUS: 40166

DE LA DILIGENCIA, ANTE LA NEGATIVA DEL OCUPANTE DEL LUGAR CATEADO, NO DA LUGAR A DECLARAR SU INVALIDEZ.—De la interpretación causal teleológica de lo dispuesto en el décimo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor, no se advierte que haya sido intención del Poder Constituyente, evitar que la autoridad ejecutora de una orden de cateo designe con el carácter de testigos al personal de Policía Judicial que lo auxilia en la diligencia respectiva, pues el hecho que la validez formal del cateo se condicione a la existencia de un acta circunstanciada firmada por dos testigos, no implica que corresponda a éstos verificar que la diligencia se practique conforme a derecho, sino únicamente constatar que los hechos asentados en el acta relativa corresponden a la realidad, pues incluso, si se toma en cuenta que en atención al principio constitucional de adecuada defensa, el juzgador está obligado a recibir y desahogar las pruebas que ofrezca el inculpado, siempre que no sean contrarias a la ley, es evidente que aunque en términos de lo dispuesto en el artículo 284 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cateo hace prueba plena cuando se desahoga con las formalidades legales respectivas, ello no impide que los hechos que del mismo derivan puedan controvertirse a través de un diverso medio de prueba, como lo pueden ser, los careos o la testimonial de quienes intervinieron en la respectiva diligencia. Por tanto, la sola circunstancia de que los agentes policiales designados como testigos por la autoridad ejecutora de una orden de cateo, ante la ausencia o negativa del ocupante del lugar cateado, hayan participado en la ejecución material de la misma, no motiva la invalidez del cateo ni de las pruebas que del mismo derivan, máxime que ello, por sí, no da lugar a estimar que se infringe la independencia de

su posición como testigos, ya que al rendir su testimonio ante la autoridad judicial, lo hacen a nombre propio y sobre hechos que les constan, correspondiendo al juzgador valorar la idoneidad de su ateste."

Para sustentar mi postura contraria a la de la mayoría, me ocuparé, en primer lugar, de exponer mi lectura de dicho precepto constitucional, después intentaré responder algunas inquietudes que surgieron en el Tribunal Pleno en contra de este último criterio.

1. MI PERSONAL ENFOQUE SOBRE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

Mi enfoque sobre el tema de fondo discutido en el juicio de amparo, es el mismo que fue adoptado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 147/2007-PS, el día trece de agosto de dos mil ocho. En esa ejecutoria se sostuvieron los argumentos que parafraseo en el presente apartado, los cuales comparto ampliamente.

El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la parte que interesa, establece lo siguiente en la actualidad:

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

"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un

hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

" ...

"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. ..."

Pues bien, en tal dispositivo se establece el derecho subjetivo público de los gobernados a no ser molestados en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, así como también se salvaguarda un derecho de trascendental relevancia como lo es la inviolabilidad del domicilio.

No obstante, como toda garantía individual, ésta no es absoluta. La Constitución permite que la autoridad realice actos de molestia a los particulares e introducirse a su domicilio, pero sólo 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.

En atención al principio de seguridad jurídica, a efecto de desplegar esos actos de intromisión al domicilio, la autoridad

debe cumplir con los requisitos establecidos en primer término en la Constitución y después en las leyes que de ella emanen; en consecuencia, respecto a la orden de cateo, ésta debe limitarse a un propósito determinado: la búsqueda de personas u objetos relacionados con un delito.

En efecto, con el objetivo 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 las debe expedir única y exclusivamente la autoridad judicial; en concordancia con ello, señaló diversos requisitos tendentes al sano ejercicio de su práctica:

a) Que conste por escrito.

c) Que exprese el lugar que ha de inspeccionarse.

d) Que precise la materia de la inspección, es decir, que 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.

En lo conducente, es oportuno recordar lo resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver, por mayoría de tres votos, la contradicción de tesis 75/2004-PS,¹ en sesión celebrada el diecisiete de enero

¹ Contradicción de la que surgió la jurisprudencia cuyos datos de identificación, rubro y texto se precisan a continuación:

de dos mil siete, en la que se estableció que la finalidad del cateo es, por una parte, aprehender a una persona mediante orden emitida por autoridad competente y, por otra, la búsqueda de objetos que se presume se encuentran en el lugar donde se practica dicha diligencia, aspectos que deben relacionarse con la comisión del algún delito.

En esa misma ejecutoria se indicó que las pruebas obtenidas con vulneración a la inviolabilidad del domicilio, así como la aprehensión de las personas que ahí se localicen, carecen de eficacia probatoria alguna.

La razón, se acotó, es que la tutela de los derechos fundamentales debe ser el objetivo prioritario del Estado de derecho que la Constitución consagra, pues son la base de nuestra organización jurídico-política; de ahí que su vulneración, entre otras consecuencias, debe conducir a la imposibilidad de otor-

Jurisprudencia 1a./J. 22/2007, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVI, agosto de 2007, página 111, que establece:

"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.—Con la finalidad de tutelar efectivamente la persona, familia, domicilio, papeles y posesiones de los gobernados, 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 expedirlas la autoridad judicial cumpliendo los siguientes requisitos: 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 diligencia. En ese sentido, el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, en observancia a la garantía de inviolabilidad del domicilio, establece que si no se cumple con alguno de los requisitos del octavo párrafo del citado precepto 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 diligencia, 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."

gar eficacia jurídica a las pruebas obtenidas con infracción a aquéllos.

En diverso orden, se toma en consideración que 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 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 deban aprehenderse y los objetos que se buscan, a los cuales deberá limitarse única y exclusivamente la diligencia.²

Ahora bien, de entre los enunciados requisitos que la Constitución Federal establece para el sano ejercicio de la práctica de un cateo, destaca el consistente en que al concluir la diligencia 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.

La disposición secundaria que reglamenta la condicionante en comento es el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, que en lo relativo prevé:

"Artículo 61. ...

"Al concluir el cateo se levantará acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por

² Además, esas consideraciones, sirvieron de sustento a la ejecutoria dictada bajo mi ponencia en el amparo directo en revisión 832/2007, resuelto en la Primera Sala de este Alto Tribunal por unanimidad de cinco votos, en sesión de ocho de agosto de dos mil siete.

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."

Como puede observarse, el citado precepto describe en forma similar lo previsto por el décimo párrafo del artículo 16 de la Constitución Federal 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 la consecuencia jurídica en caso de que no se cumpla con los requisitos respectivos, esto es, que la diligencia carecerá de todo valor probatorio.

En lo relativo, para mejor ilustración sobre el tema, resulta conveniente señalar que, respecto a los cateos a que se refiere el artículo 16, décimo párrafo, 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 se sancionó el cinco de febrero de mil ochocientos cincuenta y siete, dentro de cuyo texto no se regulaba de modo expreso lo relativo a cateos; sin embargo, se hacía referencia a ellos 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 seis-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 la que 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 afirmación 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 solo el dicho de un testigo ... (páginas 215 y 217).

En la obra citada, 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 todo 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, una acta circunstancial, en presencia de los testigos que intervinieren en ella y que serán cuando menos, dos personas honorables ... (página 212).

En la 21a. 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 pertinente 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 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 levantada 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 considerará 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 al 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 a 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 domicilio como otras dependencias, despachos, bufetes, etcétera. Pues no, señores diputados, en este punto son tan deficientes uno como otro ... (página 247).

Dentro de 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, se aprobó, sin discusión y por ciento cuarenta y siete votos en 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 dieciocho de junio de dos mil ocho, el tema referente a los cateos quedó ubicado en el décimo párrafo.

De la relación cronológica de mérito destaca lo siguiente:

En el proyecto de Constitución de Venustiano Carranza se proponía que, al concluirse la diligencia de cateo, se levantara un acta circunstanciada en presencia de los testigos que intervinieran en ella, y que deberían ser por lo 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 fungirían como testigos, se agregó además que la mayor parte de los Jueces creerían que ellos eran quienes tenían la obligación de llevar los testigos, y que así como había Jueces honrados, también habría otros que llevarían testigos buscados con anterioridad y al realizarse los cateos, que por lo regular los practicaban la policía, se cometería una serie de abusos incalificables.

Lo anterior es trascendente, pues permite advertir que el Constituyente ha tenido como preocupación primordial que los testigos designados en una diligencia de cateo no sean parciales, y que se evite 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 no podía quedar sujeta la labor de la autoridad que practicara el cateo a la voluntad de la persona a la que se dirige de nombrar los testigos respectivos, y que en caso de no hacerlo, no pudiera nombrarlos dicha autoridad y por ende no se practicara la diligencia, lo que originó que se eliminara dicho aspecto.

Fue en el tercer dictamen que presentó la comisión en el que se advierte que ambas posturas se conciliaron, 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 se aprobó sin discusión.

En lo conducente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su anterior integración, al respecto, emitió los criterios siguientes:

"Quinta Época

"Instancia: Primera Sala

"Fuente: Semanario Judicial de la Federación

"Tomo: XLIV

"Tesis:

"Página: 3453

"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.

"Amparo penal en revisión 5628/33. *****. 22 de mayo de 1935. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Rodolfo Asíaín. La publicación no menciona el nombre del ponente."

"Quinta Época

"Instancia: Primera Sala

"Fuente: Semanario Judicial de la Federación

"Tomo: CIV

"Tesis:

"Página: 1619

"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 ejecutarán 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.

"Amparo penal directo 5334/49. *****. 8 de junio de 1950. Mayoría de tres votos. Ausente: Fernando de la Fuente. Disidente: Teófilo Olea y Leyva. La publicación no menciona el nombre del ponente."

Por otro lado, en cuanto a la naturaleza del testigo que actúa en la diligencia de cateo, es cierto que en el décimo párrafo del artículo 16 constitucional no se precisa cuál debe ser, ni las características que ha de reunir para que se considere su designación en la diligencia aludida.

Sin embargo, debe tenerse presente que en materia penal existen dos clases de testigos, a saber, el presencial y el instrumental.

La función del primero se circunscribe a corroborar que ciertos hechos sucedieron; este rol es el que asume una per-

sona al testificar sobre la veracidad de determinados hechos que se estima necesario probar durante un procedimiento penal.

La finalidad de que los Códigos Penales prevean esta figura consiste en la necesidad de que personas que presenciaron los hechos puedan aportar material probatorio al proceso, así, en la medida en que el testigo lo posibilita, su testimonio es el medio para llegar al fin, esto es, la prueba.

En suma, el objetivo del testigo presencial no es dotar de formalidad a determinado acto.

En cambio, el testigo instrumental es aquel sin cuya intervención el acto carecería de un requisito de validez jurídica, es decir, se constituye en una condición necesaria para su validez.

Sobre ese marco de referencia, considero que el décimo párrafo del artículo 16 constitucional no se refiere al testigo presencial, sino al instrumental, sin cuya intervención la diligencia de cateo carece de validez jurídica, por lo que sin su designación, ya sea por parte de la persona cuyo domicilio sea cateado, o bien por parte de la autoridad, no es posible afirmar que la diligencia se encuentra apegada a derecho, así como la admisión de pruebas derivadas de las actuaciones efectuadas durante el desarrollo de esa diligencia, puesto que la legalidad del acto estaría viciada en sí misma.

Como se destacó, el Constituyente creyó conveniente dar el carácter de instrumental a los testigos a que se refiere el artículo 16 constitucional en aras de acotar con cierta ri-

gidez lo que en esencia constituye un límite al derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio.

La razón por la que es necesario que existan testigos durante ese acto se debe a que, de ese modo, 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, así como las pruebas derivadas de éste.

Así, se reitera, el Constituyente buscó darle mayores formalidades a un acto que en sí mismo significa un límite a un derecho fundamental, como es la inviolabilidad del domicilio de los gobernados.

Aunado a ello, es necesario considerar que mientras el indiciado o procesado es el individuo al que se vincula de manera directa o indiciaria con la comisión de un delito, el fiscal se encuentra en una posición procedimental opuesta (investigador o acusador), y la participación del indiciado o procesado podrá corroborarse en su contra, o desvirtuarse 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 darán noticia de lo que, con plena independencia y libertad de posición, les consta.

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 en forma objetiva 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 en lo jurídico esté constreñido a sufrir las consecuencias negativas de la sanción punitiva en caso de ser procedente, la cual sólo se circunscribe al acusado.

Por consiguiente, 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.

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 la vez como testigos de un acto que realizan, y en ese sentido afirmen la legalidad de su actuación al rendir su propio testimonio, pues ello hace evidente su parcialidad, y en consecuencia no es idónea su designación con carácter de testigo.

Esa forma de proceder por parte de la autoridad en realidad involucra dos actividades opuestas, toda vez que el testigo designado durante la realización de una diligencia de cateo tiene como propósito 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 a la cual se ha de corroborar su legal actividad en el desarrollo de la diligencia de cateo no puede erigirse, a su vez, como ejecutor y testigo.

En esa condición, 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 considerarlos como testigos.

Así, la interpretación lógica y causal-teleológica que en su momento sostuvo la Primera Sala me permite concluir en contra de la tesis del Tribunal Pleno, pues si aplicamos este último método de interpretación constitucional, del cual, supuestamente se afianzó la mayoría, puede concluirse que no es jurídicamente correcto que los agentes de la policía que intervienen como auxiliares del Ministerio Público en la realización de la diligencia de cateo, y en la que actúan como autoridades ejecutoras de la misma, se desempeñen a la vez como testigos del propio acto que efectúan y, en ese sentido, pretendan afirmar la legalidad de su actuación al amparo de su propio testimonio. Justo ello es lo que hace patente su parcialidad en la actuación y, en consecuencia, como no idónea su designación con carácter de testigo en el cateo.

2. MI RESPUESTA A LAS INQUIETUDES QUE SURGIERON EN EL TRIBUNAL PLENO

La primera inquietud planteada durante la discusión del asunto se refiere a la posibilidad de que el criterio sustentado en la contradicción de tesis 147/2007-PS, antes reseñado, en realidad no podía alcanzar el rango de jurisprudencia porque ya existía en materia de testigos en cateos y no fue aplicada por los tribunales que denunciaron la contradicción. Se agregó

que la Primera Sala, antes de emitir su "nuevo" criterio, no cumplió con los requisitos de interrupción del anterior, ni se hizo cargo de las razones que se tuvieron para establecer las jurisprudencias anteriores. De ahí se sugirió, creo que de manera alarmante, que ningún Juez o tribunal estaba obligado a lo que de modo formal apareció publicado con la nueva jurisprudencia de la Primera Sala.

Sin embargo, durante la discusión no se puso sobre la mesa cuáles eran los datos de localización, rubro y texto de la jurisprudencia que supuestamente no observaron los Tribunales Colegiados.

En primer lugar, deseo dejar en claro que tanto el Pleno como alguno de los Ministros carecen de competencia para valorar si una contradicción de tesis fue debidamente integrada y si la Sala debió declararla procedente o no, ni cuál sería el criterio que debió acoger la Sala al respecto. El Pleno es competente para resolver la contradicción entre criterios de las Salas, o para modificar las jurisprudencias de las Salas a través del sistema de reiteración de ejecutorias, que es precisamente lo que ocurrió en el presente caso, al atraer los asuntos necesarios para formar nueva jurisprudencia. Pero el Tribunal Pleno carece de competencia para decidir si es procedente o no la contradicción resuelta por la Sala.

No obstante, a continuación compartiré una serie de reflexiones al respecto.

La elaboración de la ejecutoria derivada de la contradicción de tesis 147/2007-PS, fue precedida, por supuesto, de una investigación sobre la jurisprudencia existente, amén

de que para los señores Ministros de la Sala, de existir, debiera ser conocido un criterio sobre este tema tan importante, tan frecuente y relevante para el derecho penal y la sociedad.

Realicé por mi cuenta una nueva búsqueda de la jurisprudencia que fue invocada en el Tribunal Pleno, sin embargo, ésta fue infructuosa. Mucho ha escrito esta Suprema Corte en relación al cateo, especialmente sobre (i) la necesidad de que se vea precedida por una orden de autoridad competente; (ii) quién es la autoridad competente para emitirla; (iii) los requisitos de la orden de cateo, (iv) el valor probatorio de un cateo practicado irregularmente, etcétera, sin embargo, no encontré jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de los testigos en un cateo y sobre la posibilidad de que éstos sean los policías que intervinieron en su práctica.

Por tanto, no estimo que esté demostrada la afirmación de que la jurisprudencia de la Primera Sala, derivada de la contradicción de tesis 147/2007-PS, no tiene ese carácter, de ahí que ésta sí era obligatoria en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo.

Pero aun de haber existido jurisprudencia anterior que resolviera el caso, la Sala no quedaba vinculada de manera alguna a seguirla sosteniendo, ni a dar razones para abandonar el criterio. No existe fundamento legal que así la vincule. En nuestro sistema, la jurisprudencia no obliga al órgano que la emitió, ya que en cualquier momento puede cambiar su criterio.

No obstante lo anterior, el recorrido por las diversas tesis de la Suprema Corte en materia de cateos ha sido muy enriquecedor. De su lectura obtengo las siguientes nociones:

1. Las garantías individuales protegen (o garantizan) ciertos derechos de los individuos, que se consideran de la más alta importancia para que sea posible afirmar que se vive en libertad, con dignidad, y no en un Estado policiaco.³

2. Es preciso determinar cuál es el valor protegido por la garantía, que en el caso consiste en el derecho a la privacidad y, de manera particular, la inviolabilidad del domicilio. La invasión a la privacidad sólo puede darse en casos

³CATEOS. TELÉFONOS INTERVENIDOS. Es verdad que si de autos aparece que la Policía Judicial grabó unas conversaciones telefónicas relacionadas con los acusados, pero no aparece que se haya recabado antes una orden judicial para ello, ni que pericialmente se haya determinado que las voces eran de las personas a quienes se atribuyen, esas cintas carecen de valor probatorio en juicio. El artículo 16 constitucional señala que sólo la autoridad judicial podrá expedir órdenes de cateo, en las que se indicará el lugar que ha de inspeccionarse y los objetos que se buscan, a lo que ha de limitarse la diligencia. Es de notarse que ese precepto fue aprobado en el año de 1917, cuando no eran previsibles para el constituyente los avances técnicos de la electrónica, que permiten realizar, en perjuicio de los particulares, actos tan nocivos como los que previeron en 1917, y de naturaleza sustancialmente semejante. Por lo demás, las garantías individuales protegen (o garantizan) ciertos derechos de los individuos, que se consideran de la más alta importancia para que se pueda decir que se vive en libertad, con dignidad, y no en un Estado policiaco. Y sería una interpretación mezquina de la Constitución la que ignorase los avances de la técnica para permitir la violación de esos derechos. En rigor, el espíritu de la garantía protege a personas, y a sus propiedades y privacidad, y no solo lugares y objetos tangibles, en un sentido material y estrecho. La garantía de los cateos no sólo rige la toma de objetos materiales y tangibles, sino que alcanza a la toma, mediante grabación o escucha, de aseveraciones verbales que un individuo hace con la confianza de que está actuando con derecho de su privacidad, y el acatamiento y respeto de esa garantía exige que la policía no ha de interferir con esa privacidad, sin mandamiento de autoridad judicial, para apoderarse del contenido de conversaciones telefónicas. Las actividades del gobierno al escuchar y grabar conversaciones telefónicas constituyen en rigor, dada la tecnología actual, un cateo, en el significado sustancial del artículo 16. Hay que determinar cuál es el valor protegido por la garantía, y seguirlo protegiendo contra los avances de la tecnología, para evitar que ésta vaya convirtiendo en letra muerta a la garantía. Así pues, debe mediar el juicio imparcial de un funcionario judicial entre los ciudadanos y la intromisión policiaca en sus derechos y en su privacidad. Y para el efecto, lo mismo da que el teléfono utilizado estuviere en un hogar, en una oficina, etcétera, pues el mismo valor de privacidad de la persona, y de sus pertenencias, se viola en ambos casos. Por lo demás es sustancialmente lo mismo efectuar un cateo para apoderarse de una aseveración escrita, que interferir un teléfono para apoderarse del contenido de una aseveración oral. Por tanto, si la interceptación telefónica no estuvo precedida de una orden judicial, se trata de un acto inconstitucional y, por ende, nulo de pleno derecho en sí mismo y en sus frutos.

"Amparo directo 1993/86. *****". 31 de marzo de 1987. Cinco votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Secretaria: María Magdalena Córdoba Rojas."

Semanario Judicial de la Federación, 217-228 Séptima Parte, Séptima Época, Sala Auxiliar, página 75. Genealogía: Informe 1987, Segunda Parte, Sala Auxiliar, tesis 2, página 5.

excepcionales, y con el objetivo de evitar abusos es que entre los ciudadanos y la intromisión policiaca debe mediar el juicio imparcial de un funcionario judicial.⁴

En relación a tales principios debe girar la interpretación constitucional relacionada con el cateo. En efecto, las formalidades que exigen tanto la Constitución y la ley para su práctica constituyen la garantía de que el gobernado podrá vivir en libertad, con seguridad y dignidad, y que no será objeto de pesquisas policiacas, si entendemos a estas últimas como meras investigaciones oficiosas y gratuitas que carecen de fundamentación y motivación, ya que una pesquisa de esa naturaleza sólo sería admisible en un sistema inquisitivo, el cual hemos desdeñado desde hace mucho tiempo.

En nuestro sistema jurídico, los grupos policiacos asumen diversas funciones. Destacan sus labores preventivas y, para efectos de este asunto, las de investigación de posibles delitos y la búsqueda de pruebas sobre el particular. En relación a este último aspecto, si durante la averiguación correspondiente el Ministerio Público estima necesaria la práctica de un cateo, no puede hacerlo *motu proprio*, por las razones ya brindadas por este Alto Tribunal: es necesario que medie un juicio imparcial entre la autoridad que investiga y el gobernado.

De ello se desprende que una diligencia de cateo revista particularidades: se trata de una intromisión al domicilio de un gobernado por parte de una autoridad que inquiere, que busca un objeto o una persona en concreto, porque ya se ha

⁴ *Ibidem.*

formulado la representación mental de que se ha cometido o se está cometiendo un delito. La autoridad investigadora tiene una sospecha y tal vez cuenta con indicios para sostenerla. Por eso, ella tiene el principal interés (legítimo, por supuesto, por tratarse del ejercicio de sus funciones de investigación) de demostrar una sospecha o presunción, de hallar o encontrar el objeto o persona de que se trate.

Como se advierte, es muy tenue la línea que separa a un cateo de una pesquisa (bajo un enfoque inquisitivo): sólo la autoridad judicial hace esa diferencia. No obstante, dicha formalidad sólo abarca al acto de emisión de la orden y, por ende, ello no basta para evitar una posible violación a los derechos de los gobernados en el momento de su ejecución: es preciso que durante la práctica de la diligencia de cateo exista un control de su legalidad, para evitar, por ejemplo, que la autoridad policiaca "encuentre" lo que deseaba encontrar, aunque en realidad no se localizara dicho objeto o persona en el lugar. De modo lamentable, la realidad bien puede alcanzar estos extremos, y justo ése y otro tipo de atropellos es lo que el Constituyente quiso evitar. Así lo demuestra el trabajo parlamentario que precedió a la emisión del artículo 16 constitucional en 1917, el cual se transcribió en el apartado anterior de este documento.⁵

Otro aspecto que es importante destacar, es el sistema de investigación de los delitos, vigente antes de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de dos mil ocho. Antes de la reforma, era

⁵ Véanse las páginas 10 y ss.

claro que la diligencia de cateo sólo podía practicarla la policía judicial, subordinada al Ministerio Público en términos del artículo 21 de la Carta Magna.⁶ Esto significa que el cuerpo policiaco que intervenía de manera exclusiva en su ejecución, no era aquel que sólo tenía labores preventivas, sino al que le correspondía una labor expresa de investigación de los delitos, en términos de los artículos 21 y 102 constitucionales.⁷

Me parece que destacar esto es de suma importancia. No es lo mismo que la policía preventiva rinda un parte informativo sobre la comisión de un delito, la localización del objeto o la aprehensión del sujeto activo, a que lo haga la policía judicial. La primera suele realizar esta labor como consecuencia de su actuación ordinaria de inspección y vigilancia,

⁶ Es importante destacar que antes de su reforma, el artículo 21 constitucional disponía que: "... La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato." Hoy, sólo dispone: "La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función". Por su parte, el artículo séptimo transitorio del decreto de reformas dispone: "Séptimo. El Congreso de la Unión, a más tardar dentro de seis meses a partir de la publicación de este Decreto, expedirá la ley que establezca el Sistema Nacional de Seguridad Pública. Las entidades federativas expedirán a más tardar en un año, a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, las leyes en esta materia". Por esa razón, prefiero referirme al régimen anterior a la reforma, con base en el cual se debió haber emitido la supuesta jurisprudencia que se invocó en el Tribunal Pleno.

⁷ Resulta muy ilustrativo el siguiente criterio aislado de la Quinta Época:
 "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 ejecutarán 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.

"Amparo penal directo 5334/49. *****. 8 de junio de 1950. Mayoría de tres votos. Ausente: Fernando de la Fuente. Disidente: Teófilo Olea y Leyva. La publicación no menciona el nombre del ponente."

Quinta Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CIV, página 1619.

de hecho, en ocasiones con motivo de aquellos delitos cometidos en flagrancia, pero no a raíz de una encomienda legal de investigar delitos de los que ha tenido noticia. La policía preventiva tampoco está legitimada para hacerlo por iniciativa propia ni por comisión durante la averiguación previa,⁸ sino que se trata de un hecho del cual tomaron conocimiento de manera espontánea y circunstancial.

Caso distinto es cuando lo hace la policía judicial, misma que de antemano tiene la obligación de investigar y buscar pruebas sobre hechos respecto a los cuales su superior jerárquico, el Ministerio Público, ha iniciado una averiguación previa, según lo dispone el artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales.⁹

Expuesto lo anterior, debo agregar que también como consecuencia de mi recorrido por la jurisprudencia de este Alto Tribunal, encontré criterios sobre el valor probatorio de los testimonios rendidos por policías. En general, se trata de tesis aisladas, pero dos de ellas constituyen jurisprudencia de la Sexta y Séptima Épocas, de manera respectiva:

⁸ Véase la página 17, en la que se cita la jurisprudencia de la Primera Sala que alude este tema.

⁹ "Artículo 113. El Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con los órdenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

I. Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha presentado.

II. Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado. Si el que inicia una investigación no tiene a su cargo la función de proseguirla, dará inmediata cuenta al que corresponda legalmente practicarla.

'Cuando para la persecución de un delito se requiera querrela u otro acto equivalente, a título de requisito de procedibilidad, el Ministerio Público Federal actuará según lo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para conocer si la autoridad formula querrela o satisface el requisito de procedibilidad equivalente.'

"Sexta Época

"Instancia: Primera Sala

"Fuente: *Apéndice 2000*

"Tomo II, Penal, Jurisprudencia SCJN

"Tesis: 259

"Página: 190

"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.

"Sexta Época:

"Amparo directo 2615/58.—*****.—19 de marzo de 1959.—Unanimidad de cuatro votos.—Ponente: Juan José González Bustamante.

"Amparo directo 4675/59.—*****.—30 de octubre de 1959.—Cinco votos.

"Amparo directo 4512/60.—*****.—9 de septiembre de 1960.—Cinco votos.

"Amparo directo 2111/60.—*****.—4 de octubre de 1960.—Unanimidad de cuatro votos.—Ponente: Juan José González Bustamante.

"Amparo directo 4295/61.—*****.—15 de febrero de 1963.—Cinco votos.—Ponente: Ángel González de la Vega.

"Apéndice 1917-1995, Tomo II, Primera Parte, página 145, Primera Sala, tesis 257."

"Séptima Época

"Instancia: Primera Sala

"Fuente: Apéndice 2000

"Tomo II, Penal, Jurisprudencia SCJN

"Tesis: 257

"Página: 188

"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.

"Séptima Época:

"Amparo directo 444/72.—*****.—14 de junio de 1972.—Unanimidad de cuatro votos.—Ponente: Mario G. Rebolledo F.

"Amparo directo 1106/72.—*****.—28 de julio de 1972.—Unanimidad de cuatro votos.—Ponente: Abel Huitrón y Aguado.

"Amparo directo 3944/72.—*****.—27 de noviembre de 1972.—Unanimidad de cuatro votos.—Ponente: Ezequiel Burguete Farrera.

"Amparo directo 5396/73.—*****.—18 de marzo de 1974.—Unanimidad de cuatro votos.—Ponente: Abel Huitrón y Aguado.

"Amparo directo 2273/74.—*****.—24 de octubre de 1974.—Unanimidad de cuatro votos.—Ponente: Mario G. Rebolledo F.

"Apéndice 1917-1995, Tomo II, Primera Parte, página 144, Primera Sala, tesis 255."

Una lectura rápida y aislada de los criterios jurisprudenciales referidos podría llevarnos a pensar que la cuestión relativa a la participación de la policía judicial, como testigo en una diligencia de cateo, ya estaba resuelta desde antaño por la Suprema Corte. Sin embargo, no es así por las siguientes razones:

a) La primera jurisprudencia se refiere a los dichos de los "agentes de la autoridad" sobre hechos relacionados con el delito imputado. La jurisprudencia no distingue si se trata de la policía preventiva o la judicial, esto es, si se trata de un parte informativo relativo a un delito cometido en flagrancia, o bien, producto de una investigación ministerial. Mucho menos hace referencia específica al testimonio de la policía durante la práctica de un cateo.

b) La tesis, por tanto, se refiere a la prueba conocida como "testimonial", pero no a la diversa probanza denominada "cateo" y, por supuesto, se trata de cosas diferentes. La primera consiste en el desahogo de un interrogatorio relacionado con los hechos que le constan al testigo, el segundo, es el allanamiento de un domicilio con el propósito de buscar a la persona u objetos relacionados con un delito.

Es claro que un testimonio, como tal, rendido por cualquier persona, sea policía o no, estará sujeto a los principios

y normas reguladores de la prueba; esto significa que no constituyen prueba plena, sino que deben administrarse con el resto del material probatorio para llegar a una conclusión condenatoria en términos del artículo 285 del Código Federal de Procedimientos Penales:

"Artículo 285. Todos los demás medios de prueba o de investigación y la confesión, salvo lo previsto en el segundo párrafo del artículo 279, constituyen meros indicios."

En cambio, una diligencia de cateo va más allá del mero desahogo de un interrogatorio, se trata de una búsqueda o inspección dentro del domicilio del gobernado. Y a esta diligencia sí se le da valor probatorio pleno en términos del artículo 284 del Código Federal de Procedimientos Penales:

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

La razón por la que el cateo se equipara a una inspección, es por la formalidad con que ambas se practican por parte de la autoridad, y destaca, en el caso de la inspección, la necesidad de que acudan en forma personal el Juez o el Ministerio Público, según la etapa procedimental de que se trate¹⁰ y en

¹⁰ El artículo 208 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone: "Es materia de la inspección todo aquello que pueda ser directamente apreciado por la autoridad que conozca del asunto. La inspección debe ser practicada invariablemente, bajo pena de nulidad, con la asistencia del Ministerio Público o, en su caso, del Juez, según se trate de la averiguación previa o del proceso ...".

el cateo, los testigos que en él participan, tal como expresa el propio Constituyente Permanente, pues se trata de testigos instrumentales.

c) La segunda tesis se refiere al caso de la aprehensión del presunto sujeto activo, sin distinguir si se trata de flagrancia o de una diligencia de cateo. Y refrenda lo que ya sabemos sobre la *prueba testimonial*, en el sentido de que los testimonios de los policías testigos, lejos de estimarse que carecen de independencia para atestiguar en un proceso penal, deben tener el valor probatorio que la ley les atribuye.

Ésta es la interpretación correcta de la jurisprudencia en comento. En ella jamás se aborda la figura jurídica del cateo, mucho menos se concluye que el testimonio de los policías que en él participan le confiere a la diligencia el valor de prueba plena, como lo prevé el artículo 284 del Código Federal de Procedimientos Penales. En efecto, la jurisprudencia no eleva a tales testimonios al rango de requisito constitucional suficiente para una diligencia de cateo.

Por tal motivo, es posible concluir que esta jurisprudencia es aplicable, sin problemas, a los partes informativos que puede rendir la policía preventiva sobre la comisión de un delito, o bien, a los testimonios que puede rendir la policía judicial sobre los hechos advertidos durante las diligencias ordinarias de investigación, pero no en una invasión o pesquisa dentro del domicilio de un gobernado. De otro modo, la jurisprudencia, que no le da valor probatorio pleno al testimonio policial, sería contraria al texto del artículo 284 del código adjetivo ya transcrito, que sí le da valor probatorio pleno al cateo.

Las conclusiones anteriores se corroboran con el análisis sistemático de los precedentes aislados que ha sostenido la Suprema Corte sobre el testimonio de la policía, el cual es analizado como prueba independiente y ajena a la diligencia de cateo.

En efecto, en tales precedentes se sostiene que los testimonios de la autoridad policiaca están sujetos a las reglas ordinarias de valoración de la prueba. En efecto, si bien no puede considerarse a los policías como simples denunciadores o acusadores, ni de antemano se les puede tachar de parciales, sí requiere de la adminiculación de su testimonio con otras pruebas para generar convicción:

"Séptima Época

"Instancia: Primera Sala

"Fuente: Semanario Judicial de la Federación

"61, Segunda Parte

"Página: 41

"POLICÍAS, CARÁCTER DE TESTIGOS DE LOS, EN CASO DE PRÁCTICA DE UNA INVESTIGACIÓN.—En términos del artículo 286 del Código Penal Federal, en las declaraciones que emiten los agentes de la autoridad no puede tenérseles como de simples denunciadores o acusadores cuando hayan practicado una investigación en cumplimiento de una comisión conferida por la superioridad, y cuando además en sus declaraciones exponen hechos de los cuales tuvieron conocimiento personal, dado lo cual adquieren el carácter de verdaderos testigos, cuyos testimonios quedan sujetos a las reglas de valoración de las pruebas.

"Amparo directo 3960/73. *****. 4 de enero de 1974. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva."

"Séptima Época

"Instancia: Primera Sala

"Fuente: Semanario Judicial de la Federación

"80, Segunda Parte

"Página: 44

"POLICÍAS, VALOR PROBATORIO DE TESTIMONIOS DE.— El dicho de un agente de la autoridad que interviene en una investigación, está sujeto a las reglas de valoración de la prueba, como el de cualquier otro testigo; la idea de que se trata de un 'testimonio de calidad', atento el cargo del órgano de la prueba, ha sido superada en nuestro medio; pero si dos testigos policías, declarando bajo protesta de decir verdad, imputan un hecho al inculpado y tal imputación es mantenida en el careo, y en nada se aparta el Juez natural de las directrices sobre valoración de la prueba, debe atribuirse valor probatorio a dichas manifestaciones, pues la negativa del inculpado no puede merecer crédito mayor que la prueba testimonial de la que se habla.

"Amparo directo 1161/75. *****. 18 de agosto de 1975. Mayoría de tres votos. Disidentes: Ernesto Aguilar Álvarez y Ezequiel Burguete Farrera. Ponente: Manuel Rivera Silva.

"Séptima Época, Segunda Parte:

"Volumen 70, página 25. Amparo directo 2273/74. *****. 24 de octubre de 1974. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mario G: Rebolledo F.

"Volumen 61, página 41. Amparo directo 3960/73. ***** . 4 de enero de 1974. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

"Volumen 42, página 40. Amparo directo 444/72. ***** . 14 de junio de 1972. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F."

De hecho, los partes policiacos suelen tener un peso probatorio importante cuando se trata de delitos cometidos en flagrancia, porque son presenciales y, por tanto, son inmediatos a la comisión de los hechos ilícitos.

"Séptima Época

"Instancia: Primera Sala

"Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

"42, Segunda Parte

"Página: 40

"POLICÍAS, VALOR PROBATORIO DE TESTIMONIOS DE.— Es infundada la afirmación en el sentido de que no debe dársele valor probatorio a las declaraciones testimoniales rendidas por los policías aprehensores del acusado, puesto que no es exacto que exista parcialidad por parte de ellos, pues su función es la investigación y esclarecimiento de los hechos que puedan constituir un delito, lo que en sí mismo no implica parcialidad; y si personalmente intervinieron en la investigación y en la aprehensión in fraganti del inculpado, lejos de desecharse tales testimonios, deben tener un valor fundamental, por haber sido presenciales, máxime en un caso en que esas declaraciones coinciden con las primeras versiones dadas por el inculpado.

"Amparo directo 444/72. *****. 14 de junio de 1972. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F."

Sin embargo, en ninguna de las tesis se sostiene que el testimonio de los policías que participaron en una diligencia de cateo constituye una formalidad que le da el carácter de prueba plena a la diligencia, ya que ni siquiera le da el carácter de prueba plena al testimonio de un policía. ¿Qué condiciones extraordinarias se presentan en un cateo para que el testimonio policiaco constituya una formalidad de ley, que le dé un valor probatorio superlativo a la diligencia?

Por las razones apuntadas, ni siquiera la jurisprudencia referente al tema del testimonio de policías es aplicable o resuelve el problema que nos ocupa, de ahí que las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Pleno me parecen incorrectas.

Ahora bien, suponiendo sin conceder que la jurisprudencia de la Sexta y Séptima Épocas sí fuera la solución al caso, o de que existiera diversa jurisprudencia de la Suprema Corte sobre el tema, resulta que aquélla que se emitió antes del quince de enero de mil novecientos ochenta y ocho, ya no es de aplicación obligatoria para los Tribunales Colegiados de Circuito y, de hecho, pueden apartarse en forma expresa de ella. Me explico.

Con fecha cinco de enero de mil novecientos ochenta y ocho se reformaron diversos preceptos de la Constitución Federal y de la Ley de Amparo con el objeto de reasignar competencias entre los diversos tribunales que integran el Poder Judicial de la Federación. De acuerdo con el artículo primero transitorio del decreto de reformas correspondiente,

éstas entraron en vigor el quince de enero de mil novecientos ochenta y ocho.

Importa destacar que con motivo de ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación vivió un proceso de desconcentración, pues si bien conservó la facultad de conocer del recurso de revisión en el juicio de amparo directo, también lo es que sólo fue para efectos de constitucionalidad y ya no de legalidad, como antaño. Esta última función la asumieron de lleno los Tribunales Colegiados de Circuito, con lo cual se buscó fortalecer la presencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como supremo intérprete de la Constitución.

Por la reforma constitucional mencionada, la jurisprudencia de la Suprema Corte adquiere una especial relevancia por tratarse de materias que implican control de constitucionalidad, y se incrementa la importancia de la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, porque serán ellos los que la establezcan en todas las cuestiones de legalidad.

Bajo ese contexto, se reformó la Ley de Amparo y se emitió el artículo sexto transitorio de la reforma de mérito, el cual dispone:

"Artículo sexto. La jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia hasta la fecha en que entren en vigor las reformas y adiciones que contiene el presente decreto, en las materias cuyo conocimiento corresponda a los Tribunales Colegiados de Circuito de acuerdo a las propias reformas, podrá ser interrumpida y modificada por los propios Tribunales Colegiados de Circuito."

El artículo sexto transitorio del mencionado decreto faculta a los Tribunales Colegiados de Circuito a modificar, interrumpir e, incluso, apartarse de los criterios jurisprudenciales emitidos por el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con anterioridad al quince de enero de mil novecientos ochenta y ocho, criterios que de acuerdo con el contenido del citado transitorio, se refieren a jurisprudencia instituida ya sea por reiteración o por contradicción de tesis, esto es, criterios jurisprudenciales formal y materialmente constituidos.

Por ende, si el artículo sexto transitorio del decreto que reforma y adiciona a la Ley de Amparo, vigente a partir del quince de enero de mil novecientos ochenta y ocho, contempla la posibilidad de modificación e interrupción por parte de los Tribunales Colegiados de la jurisprudencia obligatoria, entonces es factible que pueda presentarse el antagonismo de criterios entre los emitidos en forma reciente por Tribunales Colegiados de Circuito y los de la Suprema Corte antes de la fecha señalada.

Por tal motivo, suponiendo sin conceder que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitiera jurisprudencia antes del quince de enero de mil novecientos ochenta y ocho, en la que se estableciera la posibilidad de que los policías judiciales sean testigos en la diligencia de cateo en la que intervinieron, ésta no era obligatoria para ellos, por tanto, no puede hablarse de desacato alguno de su parte.

Por ello, no existen razones jurídicas para considerar que el criterio resultante de la contradicción de tesis 147/2007-PS, "no es jurisprudencia" desde un punto de vista formal y material. Como ya se vio, no existe jurisprudencia anterior que resuelva

el caso planteado y, bajo la suposición de que así fuera, los Tribunales Colegiados podían apartarse de ella si se expidió antes del quince de enero de mil novecientos ochenta y ocho.

Por último, es necesario referirse a una segunda inquietud planteada por la mayoría ante el Tribunal Pleno, la cual consiste en que el criterio de la Primera Sala, al resolver la contradicción de tesis 147/2007-PS, resultaba contradictorio con el adoptado por la Suprema Corte en materia administrativa en lo relativo a visitas domiciliarias.

En efecto, en el Tribunal Pleno se expuso que en materia administrativa siempre se sostuvo que los inspectores pueden ser testigos en la diligencia, lo que persuadió en el sentido de que, por identidad de razones, los policías que intervienen en el cateo también pueden fungir como los testigos a que se refiere el texto constitucional.

Nada más grave en el derecho penal que acudir a la analogía o a la mayoría de razón. El criterio de la mayoría se basa justo en la aplicación analógica de las reglas del derecho administrativo al derecho penal. Debe recordarse que este último es de aplicación estricta y no admite la integración de supuestos normativos y consecuencias a partir de la analogía o la mayoría de razón. Así lo dispone de modo categórico el tercer párrafo del artículo 14 constitucional. Reitero, me parece delicado en extremo partir de este modo de pensar. Es contrario a la Carta Magna.

Por los motivos expuestos, no comparto el criterio de la mayoría y estimo que la jurisprudencia emanada de la contradicción de tesis 147/2007-PS resolvía conforme a derecho la cuestión planteada.

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: "CATEOS. LA DESIGNACIÓN QUE CON CARÁCTER DE TESTIGOS REALIZA LA AUTORIDAD EJECUTORA EN AGENTES POLICIALES QUE LO AUXILIAN EN EL DESAHOGO DE LA DILIGENCIA, ANTE LA NEGATIVA DEL OCUPANTE DEL LUGAR CATEADO, NO DA LUGAR A DECLARAR SU INVALIDEZ." citada en este voto, aparece publicada con la clave P./J. 1/2009 en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, enero de 2009, página 6.