

EL CATEO, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA 10ª ÉPOCA DE LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

Rodolfo SÁNCHEZ ZEPEDA

Cuando uno, como juzgador, como resolutor, dicta alguna resolución en sede judicial, muchas veces se nos presentan sendos problemas, algunas de las veces por falta de tiempo, ya que en muchos de los casos las resoluciones están sujetas a una temporalidad, y en materia de medidas cautelares en materia penal, evidentemente, a un plazo muy corto. Como ejemplo podríamos poner la solicitud y el libramiento de una orden de cateo; tales dudas inciden en si lo resuelto se encuentra realizado de la mejor forma posible, o si se encuentra acorde con la Constitución, las leyes que de ella emanan y, evidentemente, si están de acuerdo con los tratados internacionales, a efecto de ejercer el control de convencionalidad¹. Máxime que a la fecha nuestra carta magna se encuentra ajustada literalmente a ello², sin que obste decir que antes de tal reforma ya se atendían tales aspectos de manera puntual³, al haberse ubicado los tratados internacionales tan sólo por debajo de nuestra Constitución Federal.⁴

¹ Registro No. 164611, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, Mayo de 2010, Página: 1932, Tesis: XI.1o.A.T.47 K, Tesis Aislada, Materia(s): Común: “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO. Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen.” PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO

² *Cfr* Diario Oficial de la Federación de 6 de junio de 2011

³ Registro No. 192867, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X, Noviembre de 1999, Página: 46, Tesis: P. LXXVII/99, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional: “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal".

⁴ Registro No. 172650, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Abril de 2007, Página: 6, Tesis: P. IX/2007, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional: "TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Ante ello, diremos brevemente que el control de convencionalidad no es otra cosa que el respeto y aplicación conforme de algún tratado internacional suscrito por el Estado mexicano, a efecto de ejercer su jurisdicción y competencia, en el caso de los jueces, conforme a éste; de ahí que tales juzgadores, en cada caso concreto sometido a su potestad, deben atender, actualmente, no sólo al control de constitucionalidad y legalidad, *sino también el control de convencionalidad, so pena de ver cuestionada su actuación y mandatos ante órganos de naturaleza supranacional.*⁵

Es decir, se trata de verlo como quién controla y como quién es el controlado, conforme a las normas internacionales suscritas por el Estado participante.

Actualmente, nuestro país, como parte integrante del continente Americano (llámese sistema regional, ya que el universal es el originado en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, ONU, no obstante que existen otros regionales, tales como el africano y europeo), se encuentra regulado por al menos cuatro instrumentos sobre derechos humanos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Regresando al cateo, diremos que el artículo 16 constitucional indica que nadie puede ser molestado, entre otros, en su domicilio, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No obstante, dicho numeral, en su párrafo décimo primero, prevé una excepción a esa garantía de seguridad jurídica, al indicar que en toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, de manera escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla 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.

Cabe señalar que la orden de cateo resulta ser un acto de molestia, al restringir de manera provisional o preventiva un derecho, con el objeto de proteger determinados

dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional."

⁵ Cienfuegos Salgado, David, *Revista Lex, difusión y análisis*, Tercera Época, Número 175, Enero de 2010, http://www.revistalex.com.mx/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=16&Itemid=18

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

bienes jurídicos, tal y como lo ha sostenido nuestro máximo tribunal en la jurisprudencia sustentada para tal efecto.⁶

La práctica de dicho cateo, o allanamiento de domicilio con orden judicial, como también es conocido, se encuentra reservado únicamente a los momentos en los cuales, en algún inmueble, pudiesen existir indicios que hagan presumir que en dicho lugar se encuentran los objetos materia del delito que se investiga en la averiguación previa respectiva.

El cateo en cita se encuentra previsto en una ley federal, en el caso, el Código Federal de Procedimientos Penales, donde en sus artículos 61 y 63, dispone que cuando en la averiguación previa el ministerio público considere necesaria la práctica de un cateo, acudirá a la autoridad judicial competente a solicitar por cualquier medio 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.

⁶ Jurisprudencia 40/96, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 5, Tomo IV, julio de 1996, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, “ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN. El artículo 14 constitucional establece, en su segundo párrafo, que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; en tanto, el artículo 16 de ese mismo Ordenamiento Supremo determina, en su primer párrafo, que 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. Por consiguiente, la Constitución Federal distingue y regula de manera diferente los actos privativos respecto de los actos de molestia, pues a los primeros, que son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento. Ahora bien, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como privativo, es necesario precisar si verdaderamente lo es y, por ende, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos numerales, o si es un acto de molestia y por ello es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. Para efectuar esa distinción debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial es la finalidad connatural perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional.”

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Los jueces competentes para ello, en materia federal, son los jueces de distrito especializados en materia penal, en términos del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; y en adición a ello, actualmente, los Jueces Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones, con competencia en toda la República y residencia en el Distrito Federal, en términos de los Acuerdos Generales 75/2008 y 6/2011 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal.

Del contenido de los preceptos citados (61 y 63), se advierte que los requisitos para librar una orden de cateo son:

1. Que exista una averiguación previa;
2. Que sea a solicitud del representante social;
3. Que se exprese el objeto y necesidad del cateo, ubicación del lugar a inspeccionar y los objetos que se buscan o han de asegurarse; y,
4. Que existan indicios o datos que hagan presumir, fundadamente, que en el lugar en que deba efectuarse la diligencia, se encuentran los objetos materia del delito que sirvan de base para la comprobación del mismo.

En caso de llegar a obsequiarse dicho allanamiento, las formalidades para llevar a cabo la diligencia respectiva, son que al inicio de la diligencia el ministerio público designará a los servidores públicos que le auxiliarán en la práctica de la misma, y que 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 que practique la diligencia.

También, que los servidores públicos designados por la representación social federal, para auxiliarse en la práctica de la diligencia, no podrán fungir como testigos de la misma, ya que de hacerlo, que evidentemente sería bajo su más estricta responsabilidad, la diligencia podría carecer de valor probatorio en su momento procesal oportuno, esto es, para el caso de que el ministerio público, en el proceso, pretenda utilizar como medio de prueba la diligencia de cateo.⁷

⁷ Según el criterio donde se analizó el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales anterior a las reformas de veintitrés de enero de dos mil nueve, es decir, la jurisprudencia 1ª./J.83/2008, sustentada por la Primera Sala de nuestro Alto Tribunal, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, página 74, Novena Época, del tenor literal 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 Penales, de contenido similar a la norma constitucional de mérito, se desprende que la autoridad que practica la diligencia de cateo, ante la ausencia o negativa de designación de testigos por parte

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Expresa también el artículo 194 del citado código, que tratándose de delitos graves, la petición de cateo deberá ser resuelta por la autoridad judicial de manera inmediata en un plazo que no exceda de las veinticuatro horas siguientes a que la haya recibido; en caso contrario, el agente del ministerio público estará en posibilidad legal de recurrir al superior jerárquico para que éste resuelva en un plazo igual; y para el caso de delincuencia organizada, la solicitud debe ser resuelta en el término de doce horas, en términos del artículo 15 de la ley en dicha materia.

Cabe recordar, con base en lo dispuesto por el artículo 63 del Código Federal de Procedimientos Penales, que para decretar la práctica de un cateo, bastará la existencia de indicios o datos que hagan presumir, fundadamente, que el inculcado a quien se trate de aprehender se encuentra en el lugar en que debe efectuarse la diligencia, o que se encuentran en él los objetos materia del delito, el instrumento del mismo, libros, papeles u otros objetos que puedan servir para la comprobación del delito o de la responsabilidad del inculcado.

Ahora, uno de los fenómenos que se pueden presentar al atenderse una solicitud de cateo, es el relativo a que si bien pueden actualizarse los requisitos legales antes citados (es decir, la existencia de una averiguación previa, que la solicitud provenga del ministerio público, que se haya expresado el objeto y necesidad del cateo, la ubicación del lugar y los objetos que se buscan, y que existan indicios que presuman, fundadamente, que en ese lugar se encuentran los objetos materia del delito investigado), también es que ello no se ajuste a la finalidad pretendida por el representante social, o que la diligencia pretendida se advierta, al menos *a priori*, es decir, con una lógica simple y sencilla, excesiva en su pretensión.

En ese momento es cuando surgen las ideas de acudir a otros instrumentos diferentes a nuestras codificaciones instrumentales, ya que en éstas únicamente se advierte un control de legalidad, con lo cual estaríamos pasando por alto, posiblemente, la propia Constitución (recientemente reformada el 10 de junio de 2011)⁸, la jurisprudencia, los tratados internacionales así como la doctrina.

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.”

⁸ Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Ello no quiere decir que un juez natural, aun cuando sea federal, vaya a ejercer un control difuso de las leyes, lo cual, hasta este momento, se encuentra prohibido por la jurisprudencia⁹ (la Suprema Corte de Justicia de la Nación se encuentra trabajando en este momento, para emitir los criterios respectivos que modifiquen tal acerto); es decir, a los juzgadores que actúan como jueces de instancia no les es permitido ejercer el control de la constitucionalidad directa de lo dispuesto en una norma general, pues ello implica verificar si lo previsto en ésta se apega a lo establecido en un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que esto resulta ser una facultad que se encuentra reservada a los órganos del Poder Judicial de la Federación, que actúan en su calidad de jueces constitucionales.

En este sentido, cuando se presenta una solicitud como la comentada, es decir, atípica, de entre una de tantas opciones, es momento de apoyarse, de primera mano, de la doctrina, lo cual no pugna con la técnica para resolver controversias, según así nos ha indicado nuestro máximo tribunal¹⁰, ya que se acude a ella como fuente de

como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...

⁹ Registro No. 193435, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X, Agosto de 1999, Página: 5, Tesis: P./J. 74/99, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional: "CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.". En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto."

¹⁰ Tesis visible a página 448, Tomo XIII, 9ª Época, mayo de 2001 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta: "DOCTRINA. PUEDE ACUDIRSE A ELLA COMO ELEMENTO DE ANÁLISIS Y APOYO EN LA FORMULACIÓN DE SENTENCIAS, CON LA CONDICIÓN DE ATENDER, OBJETIVA Y RACIONALMENTE, A SUS ARGUMENTACIONES JURÍDICAS. En el sistema jurídico mexicano por regla general, no se reconoce formalmente que la doctrina pueda servir de sustento de una sentencia, pues el

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

consulta con la finalidad de dar coherencia a los argumentos torales que sustentarán la respectiva resolución, en cumplimiento a los principios de fundamentación y motivación que todo acto de autoridad requiere, y con base, además, en los principios generales del derecho, en salvaguarda de la garantía de seguridad jurídica del gobernado; situación que, además, bien puede complementarse con la jurisprudencia a fin de resolver el problema planteado.

Ahora, para el caso que nos ocupa, es decir, cuando se actualicen los requisitos legales, pero además, en el caso concreto, se contravengan los principios fundamentales (como mandatos de optimización)¹¹, es momento de “apartarse” de la legalidad para ejercer el control de convencionalidad.

Pongamos en la mesa el ejemplo concreto: Supongamos que se solicita autorizar una orden de cateo para asegurar una planta endémica que se encuentra en el domicilio de algún investigador experto en botánica, que se encuentra a la vista de todos por encontrarse en su jardín, el cual también se encuentra a la vista de la población por encontrarse en la parte frontal del domicilio; que la tiene en su poder por haberla encontrado por accidente en el campo, y dado lo frágil que sería encontrarse expuesta a cielo abierto, la tiene bajo su cuidado para que no se deteriore; que previo a ello la policía le haya solicitado la entrega del espécimen; que el requerido les haya dicho que se encuentra en trámites para enviarla a la entidad gubernamental

artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece las reglas respectivas, en su último párrafo, sólo ofrece un criterio orientador, al señalar que "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."; mientras que en su párrafo tercero dispone que "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.". Sin embargo, es práctica reiterada en la formulación de sentencias, acudir a la doctrina como elemento de análisis y apoyo, así como interpretar que la regla relativa a la materia penal de carácter restrictivo sólo debe circunscribirse a ella, permitiendo que en todas las demás, con variaciones propias de cada una, se atienda a la regla que el texto constitucional menciona con literalidad como propia de los juicios del orden civil. Ahora bien, tomando en cuenta lo anterior y que la función jurisdiccional, por naturaleza, exige un trabajo de lógica jurídica, que busca aplicar correctamente las normas, interpretarlas con sustento y, aun, desentrañar de los textos legales los principios generales del derecho para resolver las cuestiones controvertidas en el caso concreto que se somete a su conocimiento, considerando que todo sistema jurídico responde a la intención del legislador de que sea expresión de justicia, de acuerdo con la visión que de ese valor se tenga en el sitio y época en que se emitan los preceptos que lo vayan integrando, debe concluirse que cuando se acude a la doctrina mediante la referencia al pensamiento de un tratadista e, incluso, a través de la transcripción del texto en el que lo expresa, el juzgador, en lugar de hacerlo de manera dogmática, debe analizar, objetiva y racionalmente, las argumentaciones jurídicas correspondientes, asumiendo personalmente las que le resulten convincentes y expresando, a su vez, las consideraciones que lo justifiquen”.

¹¹ Carbonell, Miguel (coordinador), *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH, CEDH de Aguascalientes, 2008, pp. 11 y 12.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

respectiva para su cuidado, lo cual no ha concluido en razón de los múltiples papeleos que hay que preparar y sobre todo atender en términos de la legislación existente, pero que en cuanto dicha dependencia, única facultada para ello, se lo indique, la entregará inmediatamente, dado los protocolos que se tienen que seguir para ello a efecto de evitar la exposición innecesaria del espécimen.

Ahora, el juzgador, una vez que analiza los requisitos legales de la solicitud de cateo, advierte que éstos se actualizan, pero también estima que la diligencia solicitada no resulta acorde con la finalidad pretendida.

Es momento de acudir a nuestra norma fundamental y a los tratados internacionales signados por nuestro Estado, que amparen los derechos fundamentales de las personas.

Para ello tenemos que el Artículo IX de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, dispone:

“Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio”.

El diverso artículo XXVIII determina:

“Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

Por otra parte, en los artículos 2 y 17, puntos 1 y 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone:

Artículo 2. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 17.

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Y por último, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 11, puntos 2 y 3, y 21, punto 1, determinan:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad.

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

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

3. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

...Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. *Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*

En este sentido, y tomando como base, primeramente, nuestra norma fundamental (*...nadie podrá ser molestado en su... domicilio...*, etcétera), y secundariamente los tratados internacionales antes citados así como, en una de sus vertientes, a la doctrina y jurisprudencia, al momento de pronunciarnos respecto la solicitud de cateo respectiva, nos debemos apoyar en la teoría general de las medidas cautelares, las cuales indican que los requisitos mínimos que debe cubrir una orden de cateo, es decir, los principios y subprincipios que deben observar¹², a efecto de evitar el exceso en el ejercicio del poder, son los siguientes:

- a). Proporcionalidad (principio). Que es cuando el acto de molestia, en este caso el cateo, solo se justifica cuando su practica sea necesaria, idónea y adecuada para logran el fin que se persigue.
- b). Idoneidad (subprincipio). En el cual el cateo debe ser el medio adecuado para lograr el fin que se persigue, sin que sean afectados los derechos fundamentales de los implicados; y,
- c). Necesidad (subprincipio). Consistente en que no existan otros medios menos limitativos para satisfacer tal fin.

Estudio que, incluso, podría encontrarse apoyado, por identidad de razón jurídica, en la tesis aislada de la Novena Época, visible a página 2346, Tomo XXIV, Agosto de 2006, del Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, cuyo rubro y texto son los siguientes:

“SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. CONFORME A LA TEORÍA DE PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS DEBE NEGARSE SI EL INTERÉS SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO ES PREFERENTE AL DEL PARTICULAR. Cuando dos derechos fundamentales entran en colisión, se debe resolver el problema atendiendo a las características y naturaleza del caso concreto, conforme al criterio de proporcionalidad, ponderando los elementos o subprincipios siguientes: a) idoneidad, la cual es la legitimidad constitucional del principio adoptado como preferente, por resultar ser el adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido o apto para conseguir el objetivo pretendido; b) necesidad, consistente en que no exista otro medio menos limitativo para satisfacer

¹² *Ídem.*

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

el fin del interés público y que sacrifique, en menor medida, los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios; o sea, que resulte imprescindible la restricción, porque no exista un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin deseado y que afecten en menor grado los derechos fundamentales de los implicados; y c) el mandato de proporcionalidad entre medios y fines implica que al elegir entre un perjuicio y un beneficio a favor de dos bienes tutelados, el principio satisfecho o que resulta privilegiado lo sea en mayor proporción que el sacrificado. Esto es que no se renuncie o sacrifiquen valores y principios con mayor peso o medida a aquel que se desea satisfacer. Así, el derecho o principio que debe prevalecer, en el caso, es aquel que optimice los intereses en conflicto y, por ende, privilegiándose el que resulte indispensable y que conlleve a un mayor beneficio o cause un menor daño. Consecuentemente, tratándose de la suspensión debe negarse dicha medida cautelar cuando el interés social constitucionalmente tutelado es preferente al del particular, ya que el derecho o principio a primar debe ser aquel que cause un menor daño y el que resulta indispensable privilegiarse, o sea, el que evidentemente conlleve a un mayor beneficio”

Al respecto, debemos recordar que los citados principios exigen la máxima realización posible, relativa tanto a las posibilidades fácticas como a las posibilidades jurídicas. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos, la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios, es decir, se trata del óptimo de Pareto (*no es posible beneficiar a una persona sin perjudicar a otra*). Ahora bien, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas.¹³

Por ello, una vez que se analiza la petición y la finalidad del cateo que se llegue a solicitar, es que se debe resolver con base en la “Ley de la ponderación” (como una pieza esencial del neoconstitucionalismo), que indica que “*Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser de la importancia de la satisfacción del otro*”¹⁴, con lo que bien se puede llegar a la conclusión de que no se acredita la necesidad del citado allanamiento, por poder actualizarse la violación al principio de proporcionalidad, al no ser el medio idóneo para los fines pretendidos, pues de obsequiarse se estaría autorizando un exceso en el ejercicio del poder, llegando también a violentar el subprincipio de intervención mínima, con una notable desproporción entre lo que se busca y lo que se pretende obtener.

¹³ *Íbidem*, p. 13.

¹⁴ *Ídem*.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Esto porque la finalidad de autorizar la medida cautelar de cateo, lo es para lograr el aseguramiento de objetos vinculados a la probable comisión de un delito, el cual casi siempre tiene una naturaleza furtiva (lo que no sucedería en el caso concreto, al encontrarse la planta a la vista de todo público, incluso de las autoridades), como podrían ser drogas, armas, sustancias ilícitas o cualquier otro objeto que, por su origen, exista la necesidad del sujeto activo del delito de tenerlos fuera del ámbito público de apreciación y constatación.

Ello porque al analizar la petición de cualquier medida cautelar, se debe identificar la tutela cautelar penal a partir del contenido de la acción penal pretendida, y apreciar los efectos y funciones de la medida cautelar, a efecto de analizar la exigencia de la necesidad, la vinculación del sujeto pasivo y la necesidad de que deba comparecer en el proceso, la existencia de la *notitia criminis*, el riesgo de desaparición del sujeto pasivo, así como los instrumentos destinados a facilitar la obtención de los medios de prueba.¹⁵

Esto en estricto cumplimiento a la garantía de seguridad jurídica, que implica la certeza que debe tener el gobernado de que su persona, papeles, familia, posesiones y derechos (lo que es secundado por los tratados internacionales antes transcritos), serán respetados por la autoridad, ya que la seguridad jurídica resulta ser un derecho público subjetivo a favor del gobernado, que puede oponerse a los órganos estatales para exigirles que se sujeten a un conjunto de requisitos previos a la emisión de actos que pudieran afectar su esfera jurídica, para que estos no caigan en la indefensión o la incertidumbre jurídica, con lo cual se hace posible la previvencia de condiciones de igualdad y libertad para todos los sujetos de derechos y obligaciones.¹⁶

De tales premisas, podríamos concluir con claridad, que la petición que se hubiese realizado para recuperar la citada planta endémica, sería notoriamente improcedente por no cubrir los requisitos mínimos a que aluden los citados principios, dado que no resultaría ser el medio idóneo para obtener y rescatar dicha planta¹⁷, en virtud de que para recuperarla no se requiere un allanamiento como el que se solicita, ya que podrían existir diversos medios menos “agresivos” que estuvieran al alcance del ministerio público para hacerlo, en términos de la

¹⁵ Pujadas Tortosa, Virginia, *Teoría general de medidas cautelares penales, peligrosidad del imputado y protección del proceso*, España, Marcial Pons, 2008, pp. 45, 46, 47, 70, 76 y 91.

¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías de seguridad jurídica*, 2ª. Edición, México, 2005, pp. 11 y 13.

¹⁷ *Cfr* Carbonell, Miguel, *Op. Cit.*, pp. 115 y 116. Así, el medio idóneo, cuando con su ayuda puede ser fomentado al fin deseado; es necesario, cuando no pudo ser establecido otro medio, igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado. A su vez, la limitación al derecho fundamental debe ser proporcional en sentido estricto, debe guardar una relación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

legislación aplicable a cuerpos endémicos; máxime que dentro de sus facultades de investigación, puede aplicar, previamente, cualquier tipo de sanciones o medidas de apremio que prevé la codificación procesal penal, ya sean pecuniarias o administrativas, para lograr lo pretendido, es decir, existen medios menos lesivos para lograr lo que pretende con el cateo solicitado.

Esto porque el principio de proporcionalidad cumple una función indispensable para garantizar el postulado constitucionalista de limitación del poder público. Sencillamente, es un procedimiento que los jueces constitucionales (y actualmente cualquier juez, en términos de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011), deben ejercer para garantizar a los ciudadanos el máximo goce de sus derechos fundamentales y evitar una arbitraria vulneración por el legislador quien, como cualquier otro órgano constituido, no puede estar por encima de la constitución ni tener poderes limitados de los que abuse caprichosamente.¹⁸

En este sentido, ante la inexistencia de los requisitos fundamentales mínimos para decretar la medida de cateo, los cuales se traducen en la idoneidad, proporcionalidad e intervención mínima, lo que procedería, atento al principio de la excepcionalidad de la medida, que se refiere a que sólo habrá de adaptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del gobernado¹⁹, sería negar el cateo solicitado, a efecto de respetar el principio de proporcionalidad y observancia del diverso de necesidad, al existir otros medios de investigación del delito y del delincuente.²⁰

Con base en todo lo anterior, y en específico con las reformas que se han dado actualmente a la Constitución General de la República los días 6 y 10 de junio de 2011, podemos afirmar con claridad que estamos, prácticamente, es decir, de facto, en la 10ª Época de la Jurisprudencia mexicana, ya que existe una *vacatio legis* de 120 días y un año, respectivamente, para que el Congreso de la Unión expida las reformas legales correspondientes.

Esto porque resulta de todos conocido, que cada “Época” se inicia después de que se hacen reformas o adecuaciones importantes a nuestra Carta Magna, que incida directamente sobre la forma de actuar de los órganos encargados de emitir jurisprudencia, llámese Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados de Circuito

Las reformas existentes hasta ahora, que dan orientación a lo anterior, son las siguientes:

¹⁸ Carbonell, Miguel, *Op. Cit.*, pp. 281.

¹⁹ Querant Joseph, Joan, *Justicia Penal: Delitos y Garantías*, México, Ubijus, 2009, pp 7 y 19.

²⁰ *Ibidem*.pp 21 y 22.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

A). En la reforma de 10 de junio de 2011, relacionada con la materia que nos ocupa, donde se aprobó el decreto por el que se modificó la denominación del Capítulo I del Título Primero y reformó diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se refiere, substancialmente, a que:

- 1). Los derechos humanos, expresamente, serán protegidos con base en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, los que se interpretarán de conformidad con éstos; y,
- 2). Los decretos expedidos por el Ejecutivo que restrinjan o suspendan derechos humanos, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

B). De la reforma a la Carta Magna, que tiene vinculación directa a la Ley de Amparo, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 6 de junio de 2011, donde se reformó su artículo 94, para modificar el párrafo ubicado actualmente en octavo lugar; se incorporó un nuevo párrafo para quedar en séptimo lugar y se incorporó otro nuevo párrafo para quedar en noveno lugar. Se reformaron los artículos 103, 104, y el 107 de la siguiente manera: el párrafo inicial; las fracciones I y II; el inciso a) de la fracción III; las fracciones IV, V, VI y VII; el inciso a) de la fracción VIII; las fracciones IX, X, XI, XIII, XVI y XVII y se derogó la fracción XIV, se desprenden al menos los siguientes tópicos:

- 1). Se establecerán Plenos de Circuito, a efecto de que resuelvan contradicciones de tesis sustentadas dentro del ámbito de su competencia.
- 2). Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que violen los derechos humanos.
- 3). Los Tribunales de la Federación conocerán de todas las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.
- 4). Se reconoce el interés legítimo individual o colectivo para acudir al juicio de amparo.
- 5). Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.
- 6). Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora, y en caso no existir adecuación a la norma, la propia Corte emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad (excepto en materia tributaria).

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Como se puede apreciar de lo anterior, se encuentran en la mesa todos los ingredientes listos para que la 10ª Época entre a la escena nacional y a la vida jurídica, a razón de los cambios sustanciales en la defensa de los derechos humanos y la forma adjetiva de protegerlos mediante el juicio de amparo, pues tan sólo falta la expedición de las normas relativas y que, evidentemente, nuestro Máximo Tribunal dicte el acuerdo general respectivo donde de a conocer tan importante y trascendente suceso, el más grande de la historia jurídica de nuestro país (por cierto), y al efecto de “el banderazo de salida oficial”.

Toda esta apreciación cobra vigencia y vinculación con el estudio materia de este trabajo, donde a manera de ejemplo se abordó la escena relativa a cómo puede resolverse, en sede judicial, una solicitud de cateo, atendiendo al respeto de los derechos humanos con base en el control de convencionalidad²¹ y al principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales, es decir, la esencia misma de la citada reforma constitucional. ¡Bienvenida la 10ª Época en la Jurisprudencia mexicana!

²¹ Registro No. 165074, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, Marzo de 2010, Página: 2927, Tesis: I.4o.A.91 K, Tesis Aislada, Materia(s): Común: “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido criterios en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mergadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un "control de convencionalidad" entre las normas de derecho interno y la propia convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado. Lo anterior adquiere relevancia para aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales, pues deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia.” CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.