

DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRUEBA ILÍCITA, UN CASO REAL

*Homo res sacra hómini*¹

JOSÉ RAYMUNDO CORNEJO OLVERA
JUEZ DE DISTRITO

I

INTRODUCCIÓN

Sin caer en exageraciones, me permito afirmar que, jurídicamente, existe un antes y después de las reformas Constitucionales y de amparo del mes de junio del 2011, con la reforma al artículo 1° Constitucional nos encontramos de hecho ante una expansión a nivel de derechos fundamentales y su necesaria vinculación al bloque de constitucionalidad de los mismos, por lo anterior dichas reformas nos llevan y en algunos aspectos de forma casi brutal al punto de quiebre de viejos paradigmas y temas que antes eran inamovibles (como el del control concentrado y la plena observancia de los derechos fundamentales

¹ “*El hombre es una cosa sagrada para el hombre*”, contrario al principio de Hobbes (*Homo hóminis lupus*). Lo anterior se puede armonizar con el principio Pro Homine, de acuerdo al artículo 1° Constitucional. Obviamente se queda corta la frase al equiparar al hombre como una “cosa”, lo anterior desde un punto de vista de la tradición romana como “res”, hoy en día se puede interpretar como “*El hombre (persona como tal) debe ser sagrado y respetado en su dignidad por el hombre*”. A mayor abundamiento tenemos la siguiente Jurisprudencia con número de registro 160869, Décima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro I, Octubre de 2011, Página: 1529, Tesis: I.5o.C. J/31 (9a.), Materia(s): Civil, cuyo rubro es, “DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO.” La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

consagrados en tratados internacionales, entre otros), lo que en efecto nos obliga a todos a reflexionar seriamente sobre estos temas e ineludiblemente a capacitarnos en los mismos, a los abogados, Defensores Públicos Federales, Ministerios Públicos Federales y demás autoridades, pero sin duda, muy especialmente a nosotros como juzgadores a fin de que realmente se cumplan esos mandatos de optimización que señala el artículo 1° de nuestra Carta Magna, y por ende velar en su efectivo cumplimiento para que no sean solamente una mera romántica declaración de derechos, sino por el contrario hacer valer de forma seria, con prudencia pero a la vez enérgica dichos postulados.

II

BREVE BOSQUEJO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En fecha 10 de junio del 2011, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación diversas disposiciones que reforman nuestra Carta Magna, en lo relativo a un nuevo marco constitucional en materia de derechos humanos, de la siguiente manera:

“Artículo 1. 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 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...”

Lo que a su vez guarda íntima relación con el artículo 133 Constitucional, que señala:

“Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se

celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. 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.”

Ahora bien, de una forma sencilla podemos definir a los derechos fundamentales “*como aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar.*”² Por lo tanto nos encontramos con el principio *pro homine*, el cual está incorporado en diversos tratados internacionales y que en esencia dispone que en lo relativo a la aplicación e interpretación de los derechos fundamentales, debe estarse siempre a favor del hombre, lo que implica acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a ejercicio. De lo anterior, sin duda, se puede afirmar que nos encontramos ante un cambio total de lo que se entendía por garantías individuales, hoy en día como derechos fundamentales y de forma secundaria las garantías de los mismos, de ahí que de entrada implica una transformación en la aplicación e interpretación de estos, pero, como ya se dijo de poco pueden servir esos cambios sino van aparejados con una verdadera metamorfosis en su aplicación, lo anterior necesariamente conlleva un cambio profundo de mentalidad y en su caso romper viejas inercias del pasado, ya que bajo la concepción de “garantías individuales”, de alguna forma y en ciertos casos se pudieron haber limitado las vías para su exigibilidad. No se piense que el concepto *pro homine* nace exclusivamente a partir de esta reforma a la Constitución, es justo reconocer y con orgullo para el Poder Judicial de la Federación, que por parte de algunos

² La definición anterior se tomó del material que proporcionó en su exposición el Magistrado Rubén Arturo Sánchez Valencia, en el Diplomado sobre el nuevo sistema de justicia penal acusatorio en México, desde la perspectiva Constitucional. Impartido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal, en colaboración con la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la implementación del sistema de justicia penal, a través de la Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica y del Instituto de la Judicatura Federal, en el año 2011.

Tribunales Colegiados de Circuito dieron vida con anterioridad a diversos criterios que ya lo enunciaban.³

A su vez con la reforma, se refuerza el concepto de derechos fundamentales al máximo nivel posible, esto es, tanto los que se ubican en nuestra Carta Magna así como aquellos derechos fundamentales que se encuentran en los tratados internacionales que nuestro país haya suscrito con las formalidades debidas, creando lo que se conoce como *bloque de constitucionalidad*, además por la forma en que el Estado se obliga a la protección de los derechos fundamentales, y de acuerdo con una *interpretación conforme* la cual opera como una cláusula de tutela y garantías de los derechos fundamentales por lo que se recurre a las normas de los tratados internacionales en materia de derechos humanos cuando haya necesidad de la interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos, con el efecto de lograr una ampliación en la protección de los derechos fundamentales.⁴ No es propiamente materia del presente artículo, pero no está de más decir que de acuerdo con lo ya señalado, se abre de una manera amplísima la puerta a los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales y por ello la obligatoriedad de su aplicación, lo que da lugar al nacimiento de control de convencionalidad, un

³ Tesis aislada, consultable en la página 39, Tomo 62 Sexta Parte, del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito con número de registro 255644, que a la letra dice: GARANTÍAS INDIVIDUALES, ALCANCES DE LAS. Las garantías constitucionales no deben tomarse como un catálogo rígido, invariante y limitativo de derechos concedidos a los gobernados, que deba interpretarse por los tribunales de amparo en forma rigurosa, porque ello desvirtuaría la esencia misma de dichas garantías. Más bien debe estimarse que se trata de principios o lineamientos vivos y sujetos a la evolución de las necesidades sociales, dentro del espíritu que animó al Constituyente al establecerlos. De lo contrario, se desvirtuaría la función esencial de las garantías constitucionales y del juicio de amparo, al entenderlas y aplicarlas en forma que hiciera sentir opresión a los gobernados, y limitación en la defensa de sus derechos, en vez de hacer sentir el ambiente de derecho y libertad que con dichas garantías se pretendió establecer en el país. No sería posible aplicar en la actual complejidad política, económica y social de un medio cambiante, rigorismos literales de normas que contienen principios e ideas generales, pero que no pudieron siempre prever necesariamente las consecuencias de dichos principios.

⁴ Caballero Ochoa, José Luis, *La cláusula de interpretación conforme y el principio Pro Persona (Artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución.)* pág. 115-116 del libro *La reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma*. Coord. Carbonell Miguel, Salazar Pedro. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

control difuso y por ende la inexorable muerte de lo que conocíamos como control concentrado.⁵

Cabe decir que el mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos fundamentales, debe ser acorde con el modelo de constitucionalidad establecido de una interpretación armónica y sistemática

⁵ Registro No. 160480 Localización: Décima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011. Página: 557. Tesis: P. LXX/2011 (9a.). Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional. SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente: y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: “Único. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: ‘CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.’ y ‘CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.’”, conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011. La tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.

de los artículos 1° y 133 de la Constitución y el control que deberemos ejercer todos los jueces del país se integra de la manera siguiente:

1. Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación.
2. Todos los derechos humanos contenidos en Tratados internacionales en los que el Estado Mexicano será parte.
3. Los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en los que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.⁶

III

DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRUEBA ILÍCITA, UN CASO REAL

Después de haber señalado de forma muy breve la aplicación de los derechos fundamentales, me permito exponer un caso real de aplicación de estos, en específico el derecho fundamental consistente en la inviolabilidad de la intimidad del domicilio y a su vez relacionado con la prueba ilícita, ya que como juzgador me correspondió conocer de un asunto en que el Ministerio Público Federal ejerció acción penal sin detenido por diversos delitos considerados por la ley adjetiva como graves, y después de analizar las constancias de autos, se determinó negar la orden de aprehensión solicitada, precisamente por considerar que las actuaciones de los elementos que participaron en dichos hechos no se ajustaron al respeto de derechos fundamentales, cabe señalar que con posterioridad dicha determinación fue confirmada por haberse considerado

⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente Varios 912/2010. Caso Rosendo Radilla. Ponente Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose Ministro José Ramón Cossío Díaz, pág. 33.

inoperantes los agravios esgrimidos por el Ministerio Público Federal, lo ya señalado por el Tribunal Unitario correspondiente.

Es claro que nos encontramos ante una situación particular que ocurrió, lo que de ninguna forma implica que siempre deba suceder así, esto es, en cada asunto concreto se deberá realizar un verdadero juicio de ponderación por parte de juzgador para estar en aptitud de aplicar o no determinada hipótesis jurídica.

Por obvias razones no se señalan datos de identificación de personas o lugares.

En la ciudad de Reynosa, Tamaulipas, a ** de febrero de dos mil doce.**

....

CUARTO. ELEMENTOS DE LOS TIPOS PENALES EN ESTUDIO.

El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, en su parte conducente establece:

“... Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera...”

En este orden y al tenor del citado numeral 168 del código adjetivo de la materia y fuero, la descripción típica del delito **CONTRA LA SALUD, en la modalidad de POSESIÓN DE MARIHUANA CON FINES DE VENTA**, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 195, en relación con los numerales 193 y 194 fracción I, del Código Penal Federal; se contiene en los siguientes numerales:

“Artículo 195. Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194...”

“Artículo 193. Se consideran narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia.

Para los efectos de este capítulo, son punibles las conductas que se relacionan con los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias previstos en los artículos 237, 245, fracciones I, II y III y 248 de la Ley General de Salud, que constituyen un problema grave para la salud pública...”

“Artículo 194. Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que:

I.- Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud.

Para los efectos de esta fracción, por producir se entiende: manufacturar, fabricar, elaborar, preparar o acondicionar algún narcótico y por comerciar: vender, comprar, adquirir o enajenar algún narcótico...”

De los preceptos transcritos, se advierte que para la integración de la figura típica descriptiva se requiere de la actualización de los siguientes elementos.

a) La existencia material de un narcótico, en el caso, marihuana (*elemento objetivo, esto es la descripción de la conducta antijurídica desde un punto de vista externo*).

b) Que dicho narcótico sea objeto de posesión, es decir, que el sujeto activo lo tenga bajo su radio de acción, control personal y ámbito de disponibilidad inmediata (*elemento objetivo*).

c) Que la droga poseída tenga como finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal (*elemento subjetivo específico, esto es, cuando se hace referencia a condiciones psicológicas del sujeto activo al momento de realizar la conducta típica, por lo que van a atender a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo en la realización de algún ilícito penal*), y

d) Que el activo adolezca de autorización para poseer dicho narcótico (*elemento normativo, aquel o aquellos que son susceptibles de valoración jurídica*).

Asimismo, por cuanto hace a la posesión de los cartuchos afectos se transcribe el numeral 83 Quat, fracciones I y II, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, mismo que dispone:

“ARTÍCULO 83 QUAT. Al que posea cartuchos en cantidades mayores a las permitidas, se le sancionará:

I. Con prisión de uno a cuatro años y de diez a cincuenta días multa, si son para las armas que están comprendidas en los artículos 9, 10 y 11, incisos a) y b), de esta Ley, y

II. Con prisión de dos a seis años y de veinticinco a cien días multa, si son para las armas que están comprendidas en los restantes incisos del artículo 11 de esta Ley.”

El artículo 11, incisos b), c), f), párrafo segundo, de la citada ley señala:

“... Las armas, municiones y material para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, son los siguientes:

... b) Pistolas calibre 9mm. Parabellum, Luger y similares, las .38” Súper y Comando, y las de calibres superiores;

c) Fusiles, mosquetones, carabinas y tercerolas en calibre .223”, 7mm, 7.62mm. y carabinas calibre .30” en todos sus modelos...

f) Municiones para las armas anteriores y cartuchos con artificios especiales como trazadores, incendiarios, perforantes, fumígenos, expansivos, de gases y los cargados con postas superiores al “00” (.84cms. de diámetro) para escopeta...”

Al respecto, debe decirse que el marco de punibilidad por la comisión de dicha conducta, se establece atendiendo al arma de fuego para la que los cartuchos serán utilizados, es decir, la fracción I, del artículo 83 Quat, señala la sanción por la posesión de cartuchos para armas comprendidas en los artículos 9, 10 y 11, incisos a) y b), de la citada legislación especial; en tanto que la fracción II del mencionado artículo previene la pena por la posesión de cartuchos que sean para las armas que están comprendidas en los restantes incisos del numeral 11 de la nombrada ley; de lo anterior, se tiene que el representante social de la federación debió señalar con precisión en qué incisos se encuentran comprendidas las armas de fuego para las que serían utilizados los cartuchos 9 mm, 7.62 x 39 mm, 5.56 mm y .308” afectos a la causa, dado que al hacer referencia de manera genérica al artículo 11, inciso f), de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, que dice: **“Las armas, municiones**

y material para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, son las siguientes: ...f) Municiones para las armas anteriores y cartuchos con artificios especiales...”, está haciendo alusión a diversos calibres.

Empero, si bien en el precitado numeral se clasifican las armas y cartuchos que son del uso exclusivo de los institutos castrenses del país, es evidente que dicho injusto se actualiza generalmente en función del arma que los pertrechos abastecen, es decir, la exclusividad de éstos depende del artefacto al que surten, y ocasionalmente será en cuanto a las características de las municiones de que se trate, específicamente a aquellas a las que se refiere el inciso f) del numeral citado, esto es, las que cuenten con algún aditamento o artificio especial (expansivos, etcétera).

En esas condiciones, queda precisado que en lo relativo a los cartuchos afectos a la causa, su posesión se encuentra contemplada y castigada por el artículo 83 Quat, fracciones I y II, en relación con el 11, incisos b), c) y f), de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

Establecido lo que precede, se tiene que los elementos de dicha descripción típica son:

a) La existencia de cartuchos para armas de fuego del uso exclusivo de la milicia nacional; cuya clasificación legal (de las armas) encuadre en el artículo 11, incisos b), c) y f), de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos (elemento objetivo);

b) Que dichos cartuchos sean objeto de posesión por parte del activo (elemento objetivo);

c) Que esos cartuchos excedan de los permitidos en la ley (elemento normativo); y

d) Que esa posesión se realice sin contar el sujeto del delito con la autorización correspondiente, o sin pertenecer el activo a las fuerzas armadas del país (elemento normativo).

Ahora bien, del análisis de los invocados elementos prueba, se llega a la conclusión que no se encuentran demostrados los componentes de los tipos penales de trato.

Se afirma lo anterior, dado que de la denuncia de hechos de cinco de diciembre de dos mil once, suscrita y ratificada por *****, ***** y *****,

pertenecientes al ***** del Ejército Mexicano, se advierte que éstos informaron que aproximadamente a las doce horas con cuarenta y cinco minutos, de ese día, al realizar patrullamientos urbanos, en la colonia ***** de esta ciudad, sobre la calle ***** en la casa marcada con el número ***** , observaron un individuo portando un arma larga; al percatarse éste último de la presencia del personal militar se dio a la fuga, internándose en el patio de la referida casa, brincándose por la parte trasera sin darle alcance, dicho inmueble se encontraba con las puertas abiertas, por lo que se ordenó a los Sargentos ***** y ***** la revisión de la casa, localizando diversos paquetes confeccionados con cinta canela conteniendo una hierba verde y seca con las características de la marihuana, así como equipo diverso, cargadores y cartuchos, dándose parte al personal de la Procuraduría General de la República de esta ciudad, para poner a disposición el inmueble, enervante, equipo diverso y uniformes; dada la flagrancia delictiva se procedió al aseguramiento de lo siguiente:

1. Doscientos treinta y tres paquetes con una hierba verde y seca con las características de la marihuana con un peso total de dos mil doscientos sesenta y seis kilos.

2. Ciento cincuenta y ocho cargadores para cartuchos calibre 7.62x39mm con capacidad de treinta cartuchos.

3. Mil cuatrocientos sesenta cartuchos calibre 9mm.

4. Cuatrocientos ochenta cartuchos calibre 7.62x39mm.

5. Treinta y dos cartuchos calibre 5.56mm.

6. Trece cartuchos calibre 0.308”.

Como puede observarse, de los hechos narrados por los miembros del Ejército Mexicano, sustancialmente se desprende, en lo que aquí interesa, que los doscientos treinta y tres paquetes con marihuana que dieron un total de dos mil doscientos sesenta y seis kilos, mil cuatrocientos sesenta cartuchos calibre 9mm.; cuatrocientos ochenta cartuchos calibre 7.62x39mm.; treinta y dos cartuchos calibre 5.56mm.; y trece cartuchos calibre 0.308” ; los extrajeron del interior del inmueble marcado con el número ***** de la calle ***** de la colonia ***** de esta ciudad, esto es, para lograr el aseguramiento del supuesto narcótico contenido en esos paquetes y de los cartuchos de referencia, tuvieron que ingresar al domicilio en cuyo interior se encontraban dichos objetos.

Ahora bien, cabe señalar que el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone:

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

Al inicio de la diligencia el Ministerio Público designará a los servidores públicos que le auxiliarán en la práctica de la misma.

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; los servidores públicos designados por el Ministerio Público para auxiliarle en la práctica de la diligencia no podrán fungir como testigos de la misma.

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.

La petición de orden 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. Si dentro del plazo señalado el juez no resuelve sobre el pedimento de cateo, el Ministerio Público podrá recurrir al superior jerárquico para que éste resuelva en un plazo igual.”

En esas condiciones, si del precitado numeral se desprende que carece de valor probatorio la diligencia de cateo que se realice sin los requisitos ahí establecidos, en la especie deben desestimarse los testimonios en comento, emitidos mediante el contenido del instrumento noticioso de referencia y la ratificación que del mismo hicieron sus suscriptores, exclusivamente en lo concerniente a las circunstancias en que dicen haber asegurado el narcótico y el material bélico en el inmueble mencionado, ya que los hechos narrados al respecto fueron conocidos por ellos mediante la realización de un acto que se considera ilegal, ya que como antes se dijo, de tales atestes se desprende

que los citados castrenses penetraron al domicilio en que se encontraban los doscientos treinta y tres paquetes con marihuana, así como mil cuatrocientos sesenta cartuchos calibre 9mm.; cuatrocientos ochenta cartuchos calibre 7.62x39mm.; treinta y dos cartuchos calibre 5.56mm.; y trece cartuchos calibre 0.308”, mismos que aseguraron y pusieron a disposición del agente del Ministerio Público consignador, sin tener autorización de la autoridad judicial competente, es decir, **sin contar con la orden de cateo correspondiente, al no obrar en la averiguación previa constancia alguna de la que se desprenda que se hubiere cumplido con ese supuesto para así poder allanar lícitamente dicho inmueble.**

En efecto, la sanción que establece el mencionado artículo 61, en el sentido de que carecerá de valor la diligencia de cateo que no se realice conforme a los requisitos en él señalados, lo cual además es congruente con lo dispuesto en el artículo 16 Constitucional; permite concluir que es improcedente el otorgar eficacia probatoria a lo asentado en el acta correspondiente, así como las pruebas que se deriven de dicho acto ilegal, esto es las relativas a la existencia de los objetos ahí asegurados y demás datos obtenidos en el registro domiciliario respectivo.

Lo últimamente aseverado es así, porque las pruebas obtenidas con vulneración al derecho fundamental relativo a la inviolabilidad del domicilio, es decir, las que se obtengan con motivo de la intromisión de la autoridad al domicilio de un gobernado sin contar con orden judicial correspondiente, como son los objetos y personas que en su caso se lleguen a localizar en el mismo; debe considerárseles como pruebas ilícitas por derivar de un acto ilegal, y en esas condiciones, se colige que en el caso, los paquetes con la droga que se encontraron en el lugar ya señalado, las pruebas desahogadas en torno a su aseguramiento y los datos que obran en la indagatoria derivados del citado acto ilegal de los elementos del Ejército Mexicano, constituyen pruebas ilícitas, carentes de valor probatorio.

Al respecto cabe decir, que en un Estado democrático y de derecho, la tutela de los derechos fundamentales debe ser el objetivo prioritario de ese mismo Estado, lo que la propia Constitución consagra, ya que los derechos fundamentales son la base de nuestra organización jurídico-política;

en esa virtud, su vulneración, entre otras consecuencias, debe conducir a la imposibilidad de otorgar eficacia jurídica a las pruebas obtenidas con infracción de tales derechos.

Así resulta, que como ya se dijo, al ser la inviolabilidad del domicilio un derecho fundamental, las pruebas obtenidas con vulneración al mismo, carecerán de eficacia probatoria, quedando afectada también la eficacia probatoria de las pruebas que sean consecuencia directa de la obtenida con vulneración de dicho derecho fundamental, esto es, las obtenidas a partir de aquéllas.

De lo que se desprende que los doscientos treinta y tres paquetes con marihuana, así como mil cuatrocientos sesenta cartuchos calibre 9mm.; cuatrocientos ochenta cartuchos calibre 7.62x39mm.; treinta y dos cartuchos calibre 5.56mm.; y trece cartuchos calibre 0.308”, encontrados en el domicilio inconstitucionalmente registrado, no hubieran existido de no haberse practicado esa especie de cateo llevado a cabo por los elementos militares, el cual, al resultar ilegal, y en consecuencia carecer de todo valor probatorio, influye de manera directa en los actos que de él derivaron, debiendo éstos seguir la misma suerte que aquello que les dio origen.

Así las cosas, debe considerarse que todo acto que tenga su origen en un cateo que no cumpla con los requisitos constitucionales, carece de existencia legal, pues los actos que tengan su origen en un cateo que carezca de valor probatorio, esto en términos del artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, no pueden tener válidamente una existencia legal.

De igual manera, de acuerdo a la regla procesal de exclusión de pruebas ilegalmente obtenidas, no puede darse valor legal en juicio a probanzas obtenidas con violación al debido proceso legal, lo que a su vez está íntimamente ligado a las formalidades esenciales del procedimiento a que tiene derecho la hoy indiciada, en esa virtud, resulta contrario a tal regla el considerar las actuaciones y probanzas realizadas con motivo de un cateo efectuado sin cumplir con los requisitos constitucionales ya señalados.

Además que de darles valor a tales actos, sería tanto como convalidar de manera parcial el cateo ya señalado de ilegal, lo que en cierta forma sería en beneficio de la autoridad, toda vez que si bien se declararía carente de valor probatorio el cateo, lo cierto es que las pruebas en él encontradas, mismas

que derivan de tal diligencia, podrían ser consideradas en contra de quien fue allanado su domicilio, y en esas condiciones, se dejaría en plena libertad a la autoridad para practicar cateos que no reúnan los requisitos constitucionales, lo que podía prestarse a un abuso por parte de esa autoridad, ya que de todos modos, los objetos que se encontraran en el mismo, tendrían valor probatorio.

Proceder de la anterior forma, implica desatender los requisitos que el artículo 16 Constitucional en su octavo párrafo establece para las órdenes de cateo, en donde se señala que la diligencia respectiva debe limitarse a lo indicado en la orden con relación al lugar que ha de catearse, así como a los objetos que se buscan, pues cualquier objeto encontrado en el mismo, podría ser considerado por la autoridad, violándose con ello la privacidad del domicilio.

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

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

Es de señalarse que el Código Federal de Procedimientos Penales en el artículo 193, define lo que se entiende por flagrancia de la siguiente manera:

“Artículo 193. Cualquier persona podrá detener al indiciado:

I. En el momento de estar cometiendo el delito;

II. Cuando sea perseguido material e inmediatamente después de cometer el delito, o

III. Inmediatamente después de cometer el delito, cuando la persona sea señalada por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito, o cuando existan objetos o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el delito. Además de estos indicios se considerarán otros elementos técnicos.

El indiciado deberá ser puesto sin demora a disposición de la autoridad competente, conforme al artículo 16, párrafo cuarto, de la Constitución...”

De lo anterior se advierte que la flagrancia se actualiza cuando el indiciado es sorprendido en el momento mismo en que se está cometiendo el delito o cuando inmediatamente después de que se ejecuta, el inculpado es perseguido materialmente; asimismo cuando el inculpado es señalado por la víctima, por algún testigo presencial de los hechos o por quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito, siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley y no haya transcurrido un término de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.

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

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo a lo antes señalado, es de concluirse que las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 Constitucional, carecerán de eficacia probatoria,

ello con independencia de la responsabilidad (ya sea penal o administrativa), en que las autoridades que irrumpen en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia de la intromisión de la autoridad policial a un domicilio en caso de flagrancia, tendrán eficacia probatoria.

Cabe señalar que corresponderá al órgano jurisdiccional realizar el juicio de ponderación sobre la medida del cateo llevada a cabo, a fin de establecer si se cumplieron los requisitos respectivos, o bien, no obstante que no se cumplieron se estaba en presencia de flagrante delito.

También debe precisarse que en caso de flagrancia la autoridad debe de contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio, datos que se deberán aportar en el proceso en caso de llegarse a consignar la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez pueda tener elementos de valuación para determinar si en el caso efectivamente se trató de flagrancia.

De lo que se puede concluir, que en caso de que no se acredite que la intromisión al domicilio fue motivada por un delito flagrante, tal intromisión así como lo que de ello derive resultará ilegal, como acontece de los datos que se arrojan en autos.

Es aplicable a lo anterior, la jurisprudencia 1ª./J. 22/2007, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 111, del Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, tomo XXVI, de agosto de dos mil siete, con registro IUS 171836, del tenor literal siguiente:

“CATEO. EN ACATAMIENTO A LA GARANTÍA DE INVIOLEABILIDAD 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.

Asimismo, resulta aplicable la tesis 1a./J. 140/2011 (9a.), correspondiente a la Décima Época, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 2058, del Libro III, diciembre de

2011, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con registro IUS 160500, que a la letra dice:

“PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA. La eficacia de las pruebas en el procedimiento penal debe nulificarse en los casos en que la norma transgredida establezca: (i) garantías procesales, (ii) la forma en que se practica la diligencia, o bien, (iii) derechos sustantivos en favor de la persona. Por su parte, las pruebas derivadas (aunque lícitas en sí mismas) deben anularse cuando aquellas de las que son fruto resultan inconstitucionales. Así, los medios de prueba que deriven de la vulneración de derechos fundamentales no deben tener eficacia probatoria, pues de lo contrario se trastocaría la garantía de presunción de inocencia, la cual implica que nadie puede ser condenado si no se comprueba plenamente el delito que se le imputa y la responsabilidad penal en su comisión, circunstancia que necesariamente implica que las pruebas con las cuales se acreditan tales extremos, deben haber sido obtenidas lícitamente.”

También tiene aplicación a lo anterior la tesis 1a./J. 139/2011 (9a.), de la Décima Época, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 2057, del Libro III, diciembre de 2011, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con registro IUS 160509, que a la letra dice:

“PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES. Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculpado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculpado de acuerdo con el artículo 20, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido, si se pretende

el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida. De otra forma, es claro que el inculpado estaría en condición de desventaja para hacer valer su defensa. Por ello, la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional. Asimismo, el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales establece, a contrario sensu, que ninguna prueba que vaya contra el derecho debe ser admitida. Esto deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.”

Es también de puntual aplicación la diversa tesis del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, correspondiente a la Séptima Época, localizable en la página 280, del volumen 121/126 del seminario Judicial de la Federación, con registro IUS 252103, que a la letra reza:

“ACTOS VICIADOS, FRUTOS DE. Si un acto o diligencia de la autoridad está viciado y resulta inconstitucional, todos los actos derivados de él, o que se apoyen en él, o que en alguna forma estén condicionados por él, resultan también inconstitucionales por su origen, y los tribunales no deben darles valor legal, ya que de hacerlo, por una parte alentarían prácticas viciosas, cuyos frutos serían aprovechables por quienes las realizan y, por otra parte, los tribunales se harían en alguna forma partícipes de tal conducta irregular, al otorgar a tales actos valor legal.”

Sin que sea óbice para lo anterior, que en la averiguación previa obren diversas pruebas como son: la fe ministerial de los paquetes de droga y los objetos bélicos asegurados por los militares, los dictámenes en que se determinó la naturaleza del estupefaciente y la clasificación de los cartuchos y las demás constancias referidas en el considerando inmediato anterior; ya que si bien, en condiciones normales, tales elementos de convicción se considerarían aptos para acreditar los componentes de los tipos penales de los delitos, en el caso, como quedó establecido, tales diligencias carecen de valor probatorio,

al haberse derivado del cateo ilegal realizado por los mencionados elementos de Ejército Mexicano.

Tampoco es obstáculo para lo antes expresado, que la referida Primera Sala, en la diversa jurisprudencia identificada con el número 1a./J. 21/2007, correspondiente a la Novena Época, localizable en la página doscientos veinticuatro, del tomo XXVI de agosto de 2007, del Semanario Judicial de la Federación, con registro IUS 171739, haya sostenido literalmente lo siguiente:

“INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS, CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA. Si bien, la diligencia de cateo prevista en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación ministerial y la probabilidad de que en el domicilio que se registrará se encuentra el sujeto activo o los objetos relacionados con el ilícito; ello no sucede en todos los casos, pues tratándose de flagrante delito, con fundamento en que la demora puede hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, la autoridad policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio particular en el que se está ejecutando el delito, ya que en ese caso, el propio artículo 16 constitucional señala expresamente una excepción al respecto al permitir a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado, además de que el Estado -como garante de los bienes de la sociedad- debe actuar de inmediato en casos de flagrancia; por lo que en esas condiciones, los medios de prueba obtenidos como consecuencia de la intromisión de la autoridad a un domicilio sin contar con orden de cateo, motivada por la comisión de un delito en flagrancia, tienen eficacia probatoria, ya que al tratarse de hipótesis distintas, a efecto de determinar su valor probatorio, no se aplican las mismas reglas que tratándose de un cateo precedido por una investigación ministerial. Así, las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecen de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irrumpen en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia del allanamiento de un domicilio por parte de

la autoridad policial en caso de flagrancia tienen eficacia probatoria, aun cuando no exista orden de cateo. Debiendo precisarse que tratándose del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia, ésta debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio sin orden de cateo, los cuales deben aportarse en el proceso en caso de consignarse la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez tenga elementos que le permitan llegar a la convicción de que efectivamente se trató de flagrancia, pues de no acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante dicha intromisión, carecen de eficacia probatoria.”

Toda vez que de dicho criterio se advierte que el allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad, se justifica cuando existan datos **ciertos o válidos** que acrediten ante el Juez del conocimiento, que se trata de un delito cometido en flagrancia; toda vez que para la actualización de tal caso de excepción (ya que la regla general consiste en una orden de cateo por parte de la autoridad judicial para legalmente introducirse a un domicilio), es necesario que se dé alguno de los supuestos establecidos en el artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, lo que en el caso no acontece, ya que si bien es cierto que los militares refieren que se encontraba un sujeto con un arma larga que al percatarse de la presencia de los elementos del Ejército Mexicano se introdujo a la finca marcada con el número ***** de la calle ***** del Fraccionamiento ***** de esta ciudad, dándose a la fuga por el patio de dicha casa, brincándose la barda trasera; también lo es que el hallazgo de la droga y los cartuchos fechados en autos, se produjo después de que dichos castrenses se introdujeron ilegalmente al interior de la casa para revisarla sin una orden de cateo.

Lo sostenido en la presente resolución tiene su razón de ser, pues estamos ante la presencia de derechos fundamentales regulados universal y constitucionalmente: la libertad personal, seguridad jurídica, legalidad e inviolabilidad del domicilio y presunción de inocencia; pasar por alto esos derechos fundamentales implicaría que se ejerzan tales actos de molestia en los ciudadanos sin que se ajusten a los mínimos requisitos y formalidades necesarias para transgredir los derechos fundamentales ya señalados y de ser así, se contravendría la protección que otorga el multicitado artículo 16 Constitucional

y sus correlativos 61, 168 y demás contemplados en el Código Federal de Procedimientos Penales, lo que incidiría directamente en el principio de inviolabilidad del domicilio, que también tiene rango de garantía constitucional.

Luego, este Juzgado de Distrito está obligado, por respeto a las garantías de libertad, presunción de inocencia y legalidad que tienen los ciudadanos, a cumplir con el imperativo legal relativo al acreditamiento de indicios o datos suficientes, objetivos, congruentes y coherentes, para la procedencia del libramiento de captura de un ciudadano. Máxime que no se trata de una obligación discrecional, sino perfectamente establecida como un imperativo legal en un Estado Democrático de Derecho y cuyo incumplimiento genera como en el caso concreto, la invalidez de dichos hallazgos que nos ocupan, sin soslayar, como ya se mencionó, que los Tribunales en modo alguno pueden sustituirse a la representación social en el ejercicio de sus facultades constitucionales, como es, el ejercer acción penal, ya que además de una invasión de esferas de competencia, se vulneraría el principio de igualdad de las partes, es decir, se favorecería a una que por regla general es técnica y no admite la suplencia de la deficiencia de su pretensión.

En mérito de lo anterior y en lo conducente, se cita la tesis 1a. LXXIV/2005, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página trescientos, Tomo XXII, agosto de dos mil cinco, Materias Constitucional y Penal, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo contenido y texto son los siguientes:

“PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. ESTÁ PREVISTO IMPLÍCITAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deriva el principio de presunción de inocencia, y de esta inferencia, relacionada con los artículos 17, segundo párrafo, y 23 del citado ordenamiento, se concluye la existencia del principio in dubio pro reo, el cual goza de jerarquía constitucional. En ese tenor, conforme al principio constitucional de presunción de inocencia, cuando se imputa al justiciable la comisión de un delito,

éste no tiene la carga probatoria respecto de su inocencia, pues es el Estado quien debe probar los elementos constitutivos del delito y la responsabilidad del imputado. Ahora bien, el artículo 17, segundo párrafo, constitucional previene que la justicia que imparte el Estado debe ser completa, entendiéndose por tal la obligación de los tribunales de resolver todas las cuestiones sometidas a su conocimiento, sin que les sea lícito dejar de pronunciarse sobre alguna. Por su parte, el referido artículo 23, in fine, proscribela absolución de la instancia, es decir, absolver temporalmente al reo en una causa criminal cuando los elementos probatorios aportados por la parte acusadora durante el juicio no resultan suficientes para acreditar su culpabilidad; por lo que la absolución debe ser permanente y no provisoria, además de que el propio artículo 23 previene que no es lícito juzgar dos veces a alguien por el mismo delito (principio de non bis in idem). En este orden, si en un juicio penal el Estado no logra demostrar la responsabilidad criminal, el juzgador está obligado a dictar una sentencia en la que se ocupe de todas las cuestiones planteadas (artículo 17, segundo párrafo), y como ante la insuficiencia probatoria le está vedado postergar la resolución definitiva absolviendo de la instancia -esto es, suspendiendo el juicio hasta un mejor momento-, necesariamente tendrá que absolver al procesado, para que una vez precluidos los términos legales de impugnación o agotados los recursos procedentes, tal decisión adquiera la calidad de cosa juzgada (artículo 23).”

Además, cabe señalar que el derecho fundamental que en la especie se privilegia, relativo a la inviolabilidad del domicilio, se encuentra estrechamente relacionado con el derecho a la intimidad de las personas, para lo cual es necesario definir esta última acepción; al respecto, el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, define a la palabra intimidad en los siguientes términos; **Intimidad**, f. Amistad íntima zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia.

Como se advierte, la palabra intimidad proviene del latín *intimus* que, es el superlativo de interior y significa lo que está más adentro, lo más interior, el fondo. En este sentido, la segunda acepción de “intimidad”, que ofrece el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, es “una zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una

familia”. Así las cosas, conforme al tenor literal de la palabra, el derecho a la intimidad sería un derecho a la protección de esa zona espiritual íntima y reservada que tienen las personas a los grupos, especialmente la familia.

Desde luego para referirse al derecho a la intimidad habrá necesidad de referirnos a los derechos fundamentales, los cuales en nuestro derecho mexicano eran conocidos con anterioridad como garantías individuales, los cuales se contienen en la parte dogmática de nuestra carta magna, también hay señal de que algunos doctrinarios han afirmado que tales garantías individuales no sólo se contienen en los primeros 29 artículos, sino además en algunos otros de los preceptos constitucionales, que corresponden a la parte orgánica del Estado.

De lo antes precisado, se obtiene que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental inherente a toda persona.

Es menester señalar que los tratados internacionales forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme a lo dispuesto en los artículos 1° y 133 Constitucionales, numerales que en lo conducente disponen:

“Artículo 1. 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 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...

“Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. 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.”

Ahora bien, el suscrito juzgador considera necesario, en el caso concreto, ejercer un control de convencionalidad *ex officio*, al considerar que con la actuación de las autoridades castrenses no sólo ha existido una violación a lo señalado en

el artículo 16 Constitucional, en lo relativo al derecho fundamental que tiene todo gobernado a que la autoridad respete su inviolabilidad de su domicilio, sino que también fue vulnerado dicho derecho fundamental consagrado en diversos instrumentos internacionales que lo tutelan, (entendiendo los mismos como bloque de constitucionalidad). Todo lo anterior a fin de hacer efectivos los mandatos de optimización consagrados en el artículo 1° de nuestra Carta Magna.

En efecto, estos mandatos contenidos en el nuevo artículo 1o. constitucional, deben leerse junto con lo establecido por el diverso artículo 133 de la Constitución Federal, para determinar el marco dentro del que debe realizarse este control de convencionalidad, lo cual claramente será distinto al control concentrado que tradicionalmente operaba en nuestro sistema jurídico.

Es en el caso de la función jurisdiccional, y como está indicado en la última parte del artículo 133, en relación con el artículo 1o. de nuestra Constitución, en donde los Jueces estamos obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. Si bien es cierto que dependiendo del control que se esté realizando, que en este caso es de legalidad y por lo tanto no es factible hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí existe la obligación de dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.

De este modo, el mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, por otro lado, a fin de realizar correctamente dicho control de convencionalidad se han establecido los siguientes parámetros:

- 1.- Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación.

2.- Todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte.

3.- **Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.**

Tiene aplicación el siguiente criterio de nuestro Máximo Tribunal, Registro No. 160480, Localización: Décima Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011. Página: 557. Tesis: P. LXX/2011 (9a.). Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional.

SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente: y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXX/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: “Único. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: ‘CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.’ y ‘CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.’”, conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011. La tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.

En el caso concreto sí existe un criterio vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos y que nuestro Estado ha sido parte, como es el caso Fernández Ortega y otros contra el Estado mexicano. Que es el siguiente:

DERECHO A LA VIDA PRIVADA, INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO FAMILIAR.- La protección a la vida privada, la vida familiar y el domicilio implica el reconocimiento de que existe un ámbito personal que debe estar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En este sentido, el domicilio y la vida privada

y familiar se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada y la vida familiar. Con esta base, el ingreso de efectivos militares en la casa de la señora Fernández Ortega sin autorización legal ni el consentimiento de sus habitantes, constituyó una injerencia arbitraria y abusiva en su domicilio familiar, en contravención al artículo 11.2 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la víctima y sus familiares (caso Fernández Ortega y otros. México. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215).

Además se pueden citar como criterio orientador el que a continuación se indica:

DERECHO A LA VIDA PRIVADA. INVOLABILIDAD DE COMUNICACIONES POR EL ESTADO O PARTICULARES. El artículo 11 de la Convención, prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, **sus domicilios** o sus correspondencias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que “el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”. La convención Americana protege la confidencialidad e inviolabilidad de las comunicaciones frente a cualquier injerencia arbitraria o abusiva por parte del Estado o de particulares, razón por la cual tanto la vigilancia como la intervención, la grabación y la divulgación de esas comunicaciones quedan prohibidas, salvo en los casos previstos en ley y que se adecuen a los propósitos y objetivos de la Convención Americana (caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200).

Con base a lo anterior se puede claramente advertir que el principio de inviolabilidad del domicilio está universalmente regulado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, aprobada por el Senado el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, ratificada por México el veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y

uno, publicada en el Diario Oficial de la Federación el siete de mayo de mil novecientos ochenta y uno, que en su artículo 11 dispone:

“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.

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

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a firma en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y seis, aprobado por el Senado el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta ratificado por México el veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno y publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, sobre el particular estatuye:

“Artículo 17.

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

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

Por tanto, al estar afectadas de nulidad las pruebas que obran en la averiguación previa para acreditar los elementos de los tipos penales de los delitos **CONTRA LA SALUD** en la modalidad de **POSESIÓN DE MARIHUANA CON FINES DE VENTA** y **POSESIÓN DE CARTUCHOS DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA NACIONAL**, resulta ocioso hacer pronunciamiento alguno en lo concerniente al elemento subjetivo específico propio del primero de los ilícitos de referencia, así como de la probable responsabilidad penal de ***** en su comisión.

En consecuencia, al no reunirse los requisitos que exige el artículo 16 Constitucional, **se niega la orden de aprehensión** solicitada por la agente del Ministerio Público de la Federación, titular de la Agencia Segunda Investigadora de esta ciudad, contra de *****, por su probable responsabilidad en la comisión de los siguientes delitos:

a) **CONTRA LA SALUD** en la modalidad de **POSESIÓN DE MARIHUANA CON FINES DE VENTA**, previsto y sancionado por el artículo 195, párrafo primero, en relación con los diversos 194, fracción I, y 193, del Código Penal Federal; y

b) **POSESIÓN DE CARTUCHOS DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA NACIONAL**, previsto y sancionado en el artículo 83 Quat, fracciones I y II, en relación con el 11, incisos b), c) y f), de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, ambos ilícitos en términos del numeral 13, fracción II, del Código Penal Federal. Tiene aplicación al caso, en sentido contrario, la tesis XX.286 P, del Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XV, Enero de 1995, visible en la página 268, que a la letra dice:

“ORDEN DE APREHENSIÓN. REQUISITOS QUE SE REQUIEREN PARA EMITIR UNA. Para la emisión de una orden de aprehensión, conforme al texto del artículo 16 reformado de la Constitución General de la República, se requiere de la existencia de datos que acrediten tanto los elementos del ilícito de que se trata como la probable responsabilidad del indiciado en su comisión, entendiéndose por estos últimos que deben ser una serie de indicios que, enlazados entre sí, produzcan convicción en el ánimo del juzgador para estimar fundadamente que el inculcado es probablemente responsable en la comisión del injusto penal que se le atribuye.”

....

IV

CONCLUSIONES

El camino al reconocimiento de los derechos fundamentales no ha sido fácil, por el contrario, históricamente no se reconocían como tal y poco a poco fue creándose una conciencia y expansión de estos, de ser en su momento regulados y tutelados como garantías individuales para actualmente dar el gran salto como derechos fundamentales a nivel Constitucional y su correlativo bloque de constitucionalidad relativos a los derechos fundamentales consagrados en tratados internacionales. Esto tan sólo es el comienzo, recordemos que una característica de los derechos fundamentales es que son progresivos. Todo lo anterior implica un nuevo paradigma en lo referente a la aplicación de los derechos fundamentales y en el caso concreto por lo que hace a la teoría de la prueba ilícita, donde como juzgadores deberemos como ya se dijo, realizar un cuidadoso juicio de ponderación, asunto por asunto, para resolver cuando no aplica la misma o en caso de que si aplique con la consecuencia de la nulidad de sus efectos.