

# REGISTROS DOMICILIARIOS Y ESTADO DE DERECHO. VOTO PARTICULAR\*

*José Ramón Cossío Díaz*

Con respecto a la contradicción de tesis 75/2004-PS el autor, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, propone en este voto particular una definición constitucional del domicilio en sentido estricto —que gira alrededor del derecho humano a la intimidad—, la cual exige de la autoridad el cumplimiento estricto de los requisitos consignados en el párrafo octavo del artículo 16 de la Constitución. Por otra parte, también precisa que para aquellos lugares abiertos al público (como un comercio o un restaurante), el acto de molestia tiene que cumplir con lo dispuesto en el párrafo primero de dicho artículo, y esta sustancial diferencia genera, como consecuencia, que su desobediencia acarree la absoluta nulidad de la eficacia probatoria de todos los elementos que surjan en estas actuaciones.

## INTRODUCCIÓN

El presente voto se emite porque no comparto la decisión adoptada por la mayoría de la Primera Sala, al resolver la contradicción de tesis 75/2004-PS. Según la resolución, las actuaciones realizadas y las pruebas obtenidas mediante la intromisión en un domicilio sin orden judicial tienen eficacia probatoria, si tal intromisión viene motivada por la comisión de un delito en flagrancia.

Para exponer los motivos de mi disenso, relataré los antecedentes del asunto (I), describiré las consideraciones de los tribunales colegia-

\* El contenido de este documento derivó del voto particular que formuló el Ministro José Ramón Cossío Díaz en la contradicción de tesis 75/2004-PS.

dos contendientes (II), para posteriormente delimitar lo que en mi concepto constituye la materia de la contradicción, destacar lo que la resolución de la mayoría no aborda y desarrollar los temas que me parecen pertinentes para resolver el problema planteado —determinar si es constitucionalmente posible que las autoridades administrativas apliquen programas que incluyan la realización de revisiones en lugares públicos o negociaciones abiertas al público (bares, restaurantes, discotecas, etcétera), para la detección y aseguramiento de personas y bienes relacionados con la posible comisión de un delito— (III). El voto será cerrado con una breve conclusión (IV).

### I. ANTECEDENTES

El diecisiete de enero de dos mil siete la Primera Sala de la Suprema Corte resolvió, por mayoría de tres votos, la contradicción de tesis 75/2004-PS en el siguiente sentido:

1. Es improcedente la denuncia de contradicción de tesis por lo que respecta a los criterios sustentados por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito;
2. Existe contradicción entre el criterio sustentado por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y los emitidos por el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito; y
3. Deben prevalecer con el carácter de jurisprudencia los criterios contenidos en las tesis de rubro y texto siguientes:<sup>1</sup>

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

<sup>1</sup> Jurisprudencias aprobadas por la Primera Sala del Alto Tribunal, en sesión de siete de febrero de dos mil siete.

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.

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.— Con la finalidad

de tutelar efectivamente la persona, familia, domicilio, papeles y posesiones de los gobernados, el Constituyente estableció en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que las órdenes de cateo única y exclusivamente puede expedirlas la autoridad judicial cumpliendo los siguientes requisitos: a) que conste por escrito; b) que exprese el lugar que ha de inspeccionarse; c) que precise la materia de la inspección; d) que se levante un acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. En ese sentido, el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, en observancia a la garantía de inviolabilidad del domicilio, establece que si no se cumple con alguno de los requisitos del octavo párrafo del citado precepto constitucional, la diligencia carece de valor probatorio. Por tanto, las pruebas obtenidas con vulneración a dicha garantía, esto es, los objetos y personas que se localicen, su aprehensión en el domicilio registrado y las demás pruebas que sean consecuencia directa de las obtenidas en la forma referida, así como el acta circunstanciada de la propia diligencia, carecen de eficacia probatoria. En efecto, las actuaciones y probanzas cuyo origen sea un cateo que no cumpla con los requisitos constitucionales y, por tanto, sin valor probatorio en términos del señalado artículo 61, carecen de existencia legal, pues de no haberse realizado el cateo, tales actos no hubieran existido.

Coincido con la mayoría en relación al primero de los puntos anteriores (improcedencia de la denuncia respecto del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito), pues no contamos con las ejecutorias que le dieron origen. Sin embargo, no comparto las consideraciones restantes, ya que en mi concepto, el tema planteado no nos exigía determinar simplemente “si las actuaciones realizadas y las probanzas obtenidas con motivo de la intromisión de la autoridad al domicilio de un gobernado sin orden judicial tienen o no valor probatorio”;<sup>2</sup> así se desprende del análisis de las ejecutorias emitidas por los tribunales contendientes.

<sup>2</sup> En estos términos es fijado el tema de la contradicción en el considerando décimo de la sentencia de mayoría (página 148, tercer párrafo).

## II. CRITERIOS DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS

II.1 El criterio del Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, al resolver los amparos directos penales 627/2002, 283/2003, 74/2004, 91/2004, 516/2004, 213/2004 y 191/2004, sostuvo que no por el hecho de que una negociación mercantil —por ejemplo, un restaurante— preste sus servicios al público, el local destinado a ese fin es de libre acceso para cualquier persona o autoridad; a su juicio, la protección constitucional no se limita a la casa habitación del individuo, porque la titularidad del derecho a la inviolabilidad domiciliaria recae en cualquier persona —física o moral—, por lo que el concepto “domicilio” abarca los lugares donde las personas físicas tienen su oficina, bodegas, etcétera, y en el caso de personas morales el lugar donde tienen establecida su administración, incluyendo las sucursales o agencias con que cuentan. Por ello, para que las autoridades puedan registrar dichos domicilios, con el propósito de localizar objetos relacionados con la comisión de delitos, es necesario que cuenten con una orden de cateo emitida por autoridad judicial; de no ser así, su actuar será inconstitucional.

Este Tribunal señaló que la consecuencia de introducirse sin orden de cateo se encuentra prevista en los artículos 61 y 284 del Código Federal de Procedimientos Penales, según los cuales la diligencia carecerá de todo valor probatorio; la ilegalidad de dicha actuación también privará de eficacia al parte informativo y a su ratificación, por ser consecuencias de la misma, pero no ocurrirá lo mismo con las otras actuaciones, como la inspección de los bienes asegurados, el dictamen pericial sobre los mismos, o las declaraciones de los detenidos o de los testigos.

II.2 Por su parte, el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, al resolver el amparo en revisión penal 376/2003, sostuvo que cuando se lleva a cabo una intromisión a un domicilio y en el mismo se detiene y asegura droga a una persona, dicha actuación constituye materialmente un cateo, en términos de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales; al no haberse contado con orden judicial, el resultado de la misma carece de valor probatorio. Aunque la fe ministerial sobre la existencia de la droga y el dictamen químico sobre la naturaleza de la misma no carecen de eficacia jurídica por vicios propios, son ineficaces por ser una consecuencia

lógica, directa e inmediata del ilegal aseguramiento de la droga mediante una irrupción arbitraria al domicilio del quejoso.

II.3 Finalmente, el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito al resolver el amparo directo 592/99 sostuvo que en la reforma al artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales no se expresó ningún argumento que se oponga a lo dispuesto en el numeral 16 constitucional; por el contrario, se especificó que de no cumplirse las exigencias en él establecidas, carecerán de valor probatorio la diligencia y la respectiva acta de cateo. Al considerar que, en el caso concreto, la detención de los quejosos y el aseguramiento del enervante, armas, vehículo y demás objetos, derivó de una revisión realizada por militares sin una orden de cateo, irrumpiendo en los domicilios sin seguir los requisitos que marca el artículo 61 antes invocado, el resultado debía correr la misma suerte y carecer de eficacia probatoria; jurídicamente, no era posible administrarlo a las imputaciones hechas contra los quejosos y resultaban inconducentes para justificar o, cuando menos, generar la presunción de que los objetos referidos se encontraban en los domicilios de los agraviados.

### III. CONSIDERACIONES

De los antecedentes de los juicios que originaron las ejecutorias estudiadas se advierte que en ninguno de los casos existió una orden de cateo propiamente dicha, esto es, no existía una autorización judicial por escrito que contemplara la intromisión a los lugares donde se realizó el aseguramiento de personas y objetos del delito.

Por ello —y en contraste con lo que deriva de la argumentación de la mayoría— considero que el primer tema a resolver es el de determinar si toda intromisión en un espacio físico habitado u ocupado por personas es una intromisión a un domicilio, y por tanto debe considerarse un cateo y ser realizado con los requisitos exigidos por el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, o si por el contrario existe algún otro supuesto en el que dicha intromisión sea constitucionalmente válida.<sup>3</sup> En particular, deberemos analizar si en

<sup>3</sup> La diligencia de cateo prevista en dicho precepto necesariamente presupone la existencia de un proceso penal —en estado de averiguación previa o de instrucción ante un juez— ya que sólo en ese contexto se entiende la existencia de una solicitud

determinadas condiciones las autoridades administrativas, en atención a sus facultades y obligaciones constitucionales (combate a la delincuencia, provisión de seguridad pública, prevención del delito, etcétera) pueden implementar programas que incluyan la revisión de “lugares públicos o abiertos al público” para la detección y aseguramiento de personas y bienes relacionados con la posible comisión de un delito, para posteriormente determinar la eficacia, en un proceso penal, de las diligencias y pruebas obtenidas en los mismos.

La resolución de la mayoría adolece, en mi opinión, de dos problemas básicos, uno relacionado con la construcción del concepto de domicilio, y el otro relacionado con la extrema indeterminación de lo que la Corte está sosteniendo respecto del alcance de las previsiones del artículo 16 constitucional. Así, y a pesar del número de páginas destinadas a la cuestión, la sentencia da contenido al concepto de “domicilio” mencionado en el artículo 16, párrafos primero y octavo,<sup>4</sup> exclusivamente a partir de las concepciones suministradas por el Derecho Civil y la cita aislada de algunos autores, sin hacer el esfuerzo de construirlo a partir de premisas propiamente constitucionales.

del Ministerio Público a la autoridad judicial para la realización de un cateo. El artículo referido establece:

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

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

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

<sup>4</sup> “Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

[...]

“En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que haya de aprehenderse y los objetos que se buscan; a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia”.

En segundo lugar, al limitarse a señalar que las diligencias de cateo que no satisfagan los requisitos del artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales (y todas las que deriven directamente de ellas) carecerán de todo valor probatorio, no dice más que lo que el propio artículo aclara. Si su pronunciamiento en este punto resulta ocioso, las consideraciones que se adicionan respecto de la flagrancia lo convierten en notablemente confuso: dado que se sostiene que en casos de flagrancia (tanto respecto de delitos instantáneos como permanentes y continuados) toda intromisión a un espacio físico está justificada aunque no haya autorización judicial previa —obviando analizar, como exige la *litis*, si la distinción entre domicilio particular y lugares abiertos públicos o abiertos al público es o no relevante— y no se define en modo alguno qué es flagrancia y tampoco se justifica por qué un concepto que la Constitución asocia con la detención de personas es directamente determinante para definir el alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio, el alcance del criterio que sustenta la Sala resulta notablemente oscuro.

Mientras que la práctica de un cateo permite a la autoridad la entrada al domicilio de los gobernados bajo condiciones muy concretas, y tiene por objeto el aseguramiento de objetos del delito o la ejecución de una orden de aprehensión, la flagrancia permite la detención de un sujeto —incluso por cualquier ciudadano— en el momento de la comisión del delito. Cuando el mismo artículo 16 constitucional autoriza la detención de cualquier persona en caso de flagrancia, introduce una limitación a la libertad personal y ambulatoria cuya interacción con las previsiones constitucionales sobre domicilio debe ser cuidadosamente explorada. De qué modo puede detectarse, por ejemplo, un caso de flagrancia cuando una persona se encuentra dentro de un domicilio particular no es un extremo evidente por sí mismo. A mi juicio, el criterio aprobado por la mayoría encierra el riesgo de que las autoridades administrativas, bajo el argumento de que existe flagrancia, irruman sin orden judicial alguna en cualquier domicilio y justifiquen su actuación *a posteriori*, con el hecho de haber encontrado dentro del inmueble datos u objetos que permiten presumir la comisión de un delito. Se estaría así autorizando de hecho la práctica de “cateos” sin orden judicial, algo contrario al texto del artículo 16 constitucional.

En mi opinión, para definir el criterio que debía prevalecer es menester analizar y construir las siguientes premisas:



1. Qué debemos entender por “domicilio” constitucionalmente protegido;
2. Qué competencias y obligaciones constitucionalmente atribuidas a las autoridades administrativas (combate a la delincuencia, provisión de seguridad pública, prevención del delito) les permiten aplicar programas que incluyan como medio la revisión de lugares públicos o abiertos al público para la detección y aseguramiento de personas y bienes relacionados con la comisión de delitos;
3. Qué requisitos debe satisfacer el acto en el que se funde la intervención; y, en su caso,
4. Qué eficacia tendrán las diligencias y pruebas obtenidas en este tipo de actuaciones.

### *III.1 Sobre el concepto de domicilio constitucional*

El fallo aprobado con los votos de la mayoría elabora el concepto de domicilio desde varios enfoques: histórico-constitucional, de Derecho Internacional, legal (de carácter civil y penal), doctrinal y también de Derecho Comparado. Sin embargo, el resultado del análisis no arroja, creo, un criterio útil para discernir cuándo estamos en presencia de un domicilio a los efectos de interpretar las distintas previsiones del artículo 16 constitucional.

Construir el punto de partida de un entendimiento más adecuado del concepto de “domicilio constitucional” exige trazar unas cuantas distinciones. El primer párrafo del artículo 16 constitucional se refiere a actos de molestia estatal de diferente tipo: en la persona, en la familia, en el domicilio y en los objetos (papeles o posesiones). Estas categorías no son excluyentes, porque un mismo acto puede abarcar a más de una (por ejemplo, puede darse un acto de molestia en objetos que están dentro de un domicilio, o puede suceder que a una persona se le moleste en sus papeles fuera del domicilio, o cualquier otra combinación). Lo que parece claro es que en todas estas instancias se afecta a las personas mediante la interferencia y la acción sobre cosas o ámbitos que les importan, siendo el domicilio uno de estos ámbitos. Pero ¿qué quiso entender el constituyente originario cuando pensó en el acto de molestia domiciliaria? ¿Incluye la Constitución una definición lexicográfica o una definición estipulativa? ¿Se utiliza un lenguaje natural o un lenguaje técnico?

Para despejar estas interrogantes, puede analizarse el uso ordinario del término en una comunidad lingüística determinada o copiar la definición del diccionario, puede atenderse a la definición técnico-jurídica suministrada por un diccionario especializado (por ejemplo, en materia civil o en materia constitucional), o bien puede buscarse una definición legal. Respecto de esta última opción, hay que destacar que aunque el concepto de domicilio tiene un origen eminentemente civil y es largamente regulado en los Códigos respectivos,<sup>5</sup> lo que hallamos en este ámbito son obviamente definiciones estipulati-

<sup>5</sup> “Artículo 29. El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren.

“Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses”.

“Artículo 30. El domicilio legal de una persona física es el lugar donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente”.

“Artículo 31. Se reputa domicilio legal:

I.- Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto;

II.- Del menor de edad que no esté bajo la patria potestad y del mayor incapacitado, el de su tutor;

III.- En el caso de menores o incapaces abandonados, el que resulte conforme a las circunstancias previstas en el artículo 29;

IV.- De los cónyuges, aquel en el cual éstos vivan de consuno, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 29;

V.- De los militares en servicio activo, el lugar en que están destinados;

VI.- De los servidores públicos, el lugar donde desempeñan sus funciones por más de seis meses;

VII.- De los funcionarios diplomáticos, el último que hayan tenido en el territorio del Estado acreditante, salvo con respecto a las obligaciones contraídas localmente;

VIII.- De las personas que residen temporalmente en el país en el desempeño de una comisión o empleo de su gobierno o de un organismo internacional, será el del Estado que los haya designado o el que hubieren tenido antes de dicha designación respectivamente, salvo con respecto a obligaciones contraídas localmente; y

IX.- De los sentenciados a sufrir una pena privativa de la libertad por más de seis meses, la población en que la extingan, por lo que toca a las relaciones jurídicas posteriores a la condena; en cuanto a las relaciones anteriores, los sentenciados conservarán el último domicilio que hayan tenido”.

“Artículo 32. Cuando una persona tenga dos o más domicilios se le considerará domiciliada en el lugar en que simplemente resida, y si viviere en varios, aquel en que se encontrare”.

vas adecuadas a la luz de los muy variados objetivos que, según han señalado los autores, tiene el domicilio, como atributo de las personas, en el citado contexto.<sup>6</sup>

Ninguna de estas acepciones es, sin embargo, útil para identificar los elementos que forman la “intensión” conceptual de “domicilio” que nos ayudará a determinar qué actos de intromisión en el mismo están constitucionalmente prohibidos y cuáles están permitidos en ciertas condiciones (respondiendo en particular a nuestro problema central: determinar si es posible que, bajo ciertas condiciones, las autoridades administrativas realicen revisiones de lugares públicos o abiertos al público y determinar, por consiguiente, en qué casos lo obtenido en las mismas puede tener valor probatorio en un proceso penal).

A mi juicio, la delimitación constitucional del domicilio como algo que merece ser inviolable a menos que se trate de actuaciones públicas realizadas bajo condiciones muy estrictas (previa orden de cateo que cumpla con las condiciones que apunta el párrafo octavo del artículo 16), debe pivotar en torno a un elemento muy claro: la intimidad o privacidad de las personas.<sup>7</sup> De hecho, me parece que donde

<sup>6</sup> Al domicilio civil se le han señalado las siguientes finalidades: *a*) determinar el lugar para recibir todo tipo de notificaciones y emplazamientos (artículo 117 del Código de Procedimientos Civiles); *b*) precisar el lugar donde debe cumplir sus obligaciones (artículos 34 y 2028 del Código Civil Federal); *c*) fijar la competencia del juez (artículo 156 fracciones de la V a la XII del Código de Procedimientos Civiles); *d*) establecer el lugar en donde deben realizarse determinados actos del estado civil, y *e*) realizar la centralización de los bienes en caso de juicios universales —quiebra, concurso, herencia— (artículos 157 y 739 del Código de Procedimientos Civiles). Se distingue, asimismo, entre los siguientes tipos de domicilio: real (aquel en que radica una persona con el propósito de establecerse en él); legal (aquel que la ley señala como lugar para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones aunque de hecho no se encuentre allí presente); *voluntario* (aquel que surge cuando una persona, a pesar de residir en un lugar por más de seis meses, desea conservar su domicilio anterior, para ello debe hacer la declaración correspondiente dentro del término de 15 días, tanto a la autoridad municipal de su residencia anterior como a la de la nueva; convencional, es el lugar que una persona señala para el cumplimiento de determinadas obligaciones; de origen, que se refiere al lugar en donde se ha nacido; conyugal (lugar donde conviven los cónyuges) y *familiar* (uno de los elementos objeto del patrimonio de familia). Véase, por ejemplo, la voz “Domicilio” elaborada por Alicia Pérez Duarte en el *Diccionario Jurídico Mexicano*, XV ed., t. D-H, México, UNAM-Porrúa, 2001, pp. 1206-1207.

<sup>7</sup> En otras latitudes se ha acuñado también un concepto de “domicilio constitucional” diferente del domicilio civil en una línea similar a la que apunto en este voto. Al

encontramos la consagración del derecho a la intimidad o privacidad de las personas en el contexto de la Constitución federal es precisamente en el artículo 16, en el estilo detallado, no abstracto, que caracteriza a la declaración de derechos incluida en la Constitución federal.

Por ello, aunque a la hora de indagar y finalmente definir el alcance que debe dársele al derecho a la inviolabilidad del domicilio en un caso particular, resultará útil hacer mención tanto a elementos “objetivos” relacionados con las características físicas del lugar (será relevante indagar si es un lugar donde sea posible la permanencia y/o residencia de personas, con independencia de qué mueble o inmueble...), lo determinante será siempre el elemento “subjetivo” relacionado con el tipo de uso que los individuos le den al mismo: debe tratarse de un lugar donde las personas desarrollen de manera inmediata su vida íntima y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad. El domicilio constitucionalmente protegido será el espacio en el cual el individuo permanece sin estar sujeto de manera necesaria a los usos y convencionalismos sociales, donde ejerce su libertad más íntima y desarrolla su vida privada y su personalidad, quedando protegi-

respecto pueden consultarse, de la Corte Constitucional colombiana, la sentencia C-024/94, de 27 de enero de 1994, pp. 38-39, y las sentencias T-434/93, C-041/94, T-061/96 y C-505/99. En la primera de las resoluciones citadas, la Corte sostiene que “por inviolabilidad de domicilio se entiende en general el respeto a la casa de habitación de las personas, lo cual muestra que el concepto de domicilio a nivel constitucional no corresponde a su acepción en el derecho civil. En efecto, la definición constitucional de domicilio excede la noción civilista y comprende, además de los lugares de habitación, todos aquellos espacios cerrados, en donde las personas desarrollan de manera más inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad. La defensa de la inviolabilidad del domicilio protege así más que a un espacio físico en sí mismo al individuo en su seguridad, libertad e intimidad”. El Tribunal Constitucional español, por su parte, destacó en la sentencia 22/1984, de diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro, que “es preciso mantener un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico-privado o jurídico administrativo”, y que “el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima”, de modo que “no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella”. Pueden consultarse asimismo las sentencias 171/1999, de 27 de septiembre y 119/2001, de 24 de mayo, todas ellas del Tribunal Constitucional español.

do no sólo el espacio físico sino la posibilidad de florecimiento razonablemente libre del escrutinio ajeno que el mismo representa.

El uso de este criterio no evitará, por descontado, que junto a los casos claros (que quedan indudablemente dentro o fuera del ámbito protegido por el Derecho) surjan casos situados en la zona de penumbra del concepto. Así, parece claro que la casa donde reside habitualmente una persona, sola o con su familia, constituye un domicilio constitucionalmente protegido, y que lo mismo podrá sostenerse de su segunda residencia o residencia vacacional en la temporada que la ocupe, e incluso un vehículo habilitado para vivienda. Del mismo modo, es claro que la sala de espera de una estación pública de transportes no es, a los efectos constitucionales, el “domicilio” de las personas que la ocupan en un momento dado.

Sin embargo, existen otros casos en los que la utilización del criterio central articulado en torno a la privacidad no despeja todas las dudas. El concepto de domicilio, como ocurre con tantas otras nociones presentes en las declaraciones de Derechos, es vago y de textura abierta; pueden surgir casos en los que existan parte, pero no todos los elementos objetivos y subjetivos a que nos hemos referido, y casos en los que, por la presencia de otros no inicialmente previstos, también se tendrán dudas acerca de si estamos o no en presencia de un domicilio constitucionalmente protegido. En todos ellos serán necesarias concreciones justificadas y argumentadas por parte del juez de constitucionalidad.

En mi opinión, la Corte se enfrentaba en la contradicción de tesis 75/2004-PS a uno de estos casos intermedios. En efecto: los lugares abiertos al público, como los negocios y los comercios, no son en principio foros en que los individuos desplieguen su vida íntima; se trata, por el contrario, de espacios destinados a la interacción social, donde la gente despliega la vertiente colectiva o grupal de sus planes de vida, un ámbito en la que la presencia y la influencia de la mirada y la acción de los demás es natural y se da por descontada. Sin embargo, tampoco se trata de un vía pública, no sólo porque en los locales industriales y comerciales existen áreas y objetos que realmente son emanaciones de la vida íntima de las personas, sino también porque normalmente junto a las áreas abiertas al público se encuentran otras que sí están destinadas a desarrollar de manera más o menos inmediata vertientes privadas de la vida de las personas que laboran en ellas.

En cualquier caso, estimo que la existencia de “grados” en el modo en que la intromisión de una autoridad pública a un espacio físico se traduce en una invasión de la intimidad de las personas, y el hecho de que los tribunales contendientes se refirieran a un caso “intermedio” no representaba, en realidad, una dificultad insuperable para resolver la *litis*, porque las previsiones del artículo de la Constitución federal, curiosamente, ya toman en cuenta esta gradación. En efecto: a mi juicio es claro que el artículo 16 de nuestra Carta Magna incluye dos previsiones bien distintas respecto del disfrute del derecho a la intimidad en el domicilio y facilita la construcción de una solución dual, coherente y completa al problema que nos ocupa.

Bajo mi punto de vista, en su párrafo octavo, el artículo 16 se refiere a intromisiones en espacios que deseo llamar “domicilio *stricto sensu*”, y que abarcan los casos que antes he situado en la zona clara de extensión del concepto. Respecto de estos casos, la previsión constitucional es que para que una autoridad pública pueda introducirse en los mismos (“catearlos”) se exige una orden que sólo la autoridad judicial puede expedir, que debe ser escrita y que debe expresar el lugar a inspeccionar, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan. Además, será necesario que la actuación se circunscriba estrictamente a tales objetivos, y que se levante un acta circunstanciada de la misma en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar o por la autoridad que la practica. Como puede observarse, los requisitos constitucionales para limitar el derecho a la inviolabilidad del domicilio en su zona “clara” y central de protección son explícitos y estrictos en nuestra Carta Magna.

Cuando se trate de casos más alejados del núcleo del Derecho en el “continuo” apuntado, en cambio, y en particular cuando nos encontremos en un caso que estimo intermedio, como el de la revisión o inspección de lugares abiertos al público dedicados al comercio o a la producción, podremos hablar únicamente de lo que deseo llamar “domicilio *lato sensu*”, al que resultarán de aplicación las previsiones del párrafo primero del artículo 16, según las cuales debe haber “un mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

La actuación deberá derivar, en otras palabras, de un acto administrativo emitido con la finalidad de proteger un bien jurídico (típicamente, la seguridad o la salud públicas) que satisfaga los siguientes requisitos:

- Constar por escrito;
- Ser emitido por autoridad competente;
- Estar debidamente fundada y motivada, de modo que se dé cuenta del motivo de su emisión y del tipo de actuaciones que su ejecución pueda implicar (por ejemplo, la inspección administrativa de lugares abiertos al público).

Una vía argumental alternativa por la que se confirma que este tipo de actuaciones están sometidas a las condiciones anteriores y no a las más estrictas formuladas en el párrafo octavo del artículo 16 o en el artículo 14, es la que las equipara a un acto de molestia, en oposición a uno privativo.<sup>8</sup>

Este Alto Tribunal ha sostenido reiteradamente que los actos privativos, cuya emisión está condicionada al desarrollo de un procedimiento en el que los gobernados expresen plenamente sus defensas, son aquellos que tienen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva y permanente de sus derechos. Los de molestia, en cambio, pese a afectar la esfera jurídica del gobernado, sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos.<sup>9</sup>

Desde esta perspectiva, es posible sostener que los programas que incluyen como medio la revisión de lugares públicos o abiertos al público para la detección y aseguramiento de personas y bienes relacionados con la posible comisión de un delito, no puede considerarse como un acto privativo, sino como un acto de molestia, pues no genera el menoscabo o supresión definitiva de los derechos de los gobernados, sino que sólo restringe de manera provisional o preventiva un derecho, con el objeto de proteger un determinado bien jurídico. En estas actuaciones interfiere de manera temporal con la libertad del

<sup>8</sup> Recordemos que el artículo 14 establece, entre otras cosas, que: “Nadie podrá ser privado 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”; y el 16 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”.

<sup>9</sup> Véase la tesis jurisprudencial plenaria 40/96, de rubro “ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCION”, consultable en la página 5 del tomo IV del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* (julio de 1996).

governado en lugares públicos o negociaciones abiertas al público con el fin de proteger un bien jurídico mayor.

De ahí que, para elucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicho acto se requiere verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 16 constitucional.

### *III.2 La inspección administrativa de lugares abiertos al público*

Hechas las precisiones y distinciones pertinentes, paso a desarrollar más detenidamente las condiciones que mantendrán dentro de los límites constitucionales los actos administrativos espacios abiertos al público. Iniciaré refiriéndome a lo que deben estimarse autoridades competentes y a la fuente constitucional de sus atribuciones, y continuaré refiriéndome al resto de condiciones que deben sujetar este tipo de actuaciones.

#### *III.2.a. Fines habilitantes y autoridades competentes*

Una de las tareas fundamentales del Estado es la salvaguarda de la seguridad pública, noción que puede remitirse a la facultad y obligación de las autoridades de emprender aquellas acciones tendentes a asegurar la libertad de los individuos de una sociedad. No obstante, el término encierra una tensión interna, pues para otorgar seguridad y libertad a los individuos puede resultar necesario restringir, de manera racional, la propia libertad de los mismos. La Constitución deberá tender los puentes que permitan el mejor balance entre el mantenimiento de la libertad por parte de cada ciudadano y la necesidad del Estado de restringirla para salvaguardar su seguridad y la de los demás. La siguiente tesis de jurisprudencia plenaria alude a esta cuestión:

**SEGURIDAD PÚBLICA. SU REALIZACIÓN PRESUPONE EL RESPETO AL DERECHO Y EN ESPECIAL DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES.**– Del análisis sistemático de los artículos 16, 21, 29, 89, fracción VI, 129 y 133, de la Constitución, así como 2o., 3o., 5o., 9o., 10, 13 y 15, de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública; 1o., 2o., 3o., 10 y 11, de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, y 1o., 2o., 9o. y 10, de la Ley



Orgánica de la Armada de México, se deduce que el Estado mexicano, a través de sus tres niveles de gobierno y de todas las autoridades que tengan atribuciones relacionadas, directa o indirectamente, con la seguridad pública, deben coadyuvar a lograr los objetivos de ésta, traducidos en libertad, orden y paz pública, como condiciones imprescindibles para gozar de las garantías que la Constitución reconoce a los gobernados. El examen de los diferentes preceptos citados, con los demás elementos que permiten fijar su alcance, lleva a concluir que, jurídicamente, los conceptos de garantías individuales y seguridad pública no sólo no se oponen sino se condicionan recíprocamente. No tendría razón de ser la seguridad pública si no se buscara con ella crear condiciones adecuadas para que los gobernados gocen de sus garantías; de ahí que el Constituyente Originario y el Poder Reformador de la Constitución, hayan dado las bases para que equilibradamente y siempre en el estricto marco del derecho se puedan prevenir, remediar y eliminar o, al menos disminuir, significativamente, situaciones de violencia que como hechos notorios se ejercen en contra de las personas en su vida, libertad, posesiones, propiedades y derechos. Por ello, sería inadmisibles en el contexto jurídico constitucional interpretar la seguridad pública como posibilidad de afectar a los individuos en sus garantías, lo que daría lugar a acudir a los medios de defensa que la propia Constitución prevé para corregir esas desviaciones. Consecuentemente, por el bien de la comunidad a la que se debe otorgar la seguridad pública, debe concluirse que resulta inadmisibles constitucionalmente un criterio que propicie la proliferación y fortalecimiento de fenómenos que atenten gravemente contra los integrantes del cuerpo social, así como de cualquier otro que favoreciera la arbitrariedad de los órganos del Estado que, so pretexto de la seguridad pública, pudieran vulnerar las garantías individuales consagradas en el Código Supremo. Por tanto, debe establecerse el equilibrio entre ambos objetivos: defensa plena de las garantías individuales y seguridad pública al servicio de aquéllas. Ello implica el rechazo a interpretaciones ajenas al estudio integral del texto constitucional que se traduzca en mayor inseguridad para los gobernados o en multiplicación de las arbitrariedades de los gobernantes, en detrimento de la esfera de derecho de los gobernados.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Tesis de jurisprudencia 35/2000, emitida por el Tribunal Pleno al resolver la acción de inconstitucionalidad 1/96, consultable en la página 557 del tomo XI del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* (abril de 2000).

La Constitución, por su parte, en los párrafos sexto y séptimo del artículo 21, concibe la facultad estatal de brindar seguridad pública en los siguientes términos:

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones policiales se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez. La Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios se coordinarán, en los términos que la ley señale, para establecer un sistema nacional de seguridad pública.

Como puede observarse, la seguridad pública es una función que se ejerce a través de los distintos niveles de gobierno (Federación, Distrito Federal, estados y municipios) conforme a las leyes que expida el Congreso de la Unión para tal efecto. En congruencia con ello, el artículo 73, fracción XXIII, confiere competencia a este órgano para expedir las leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios en esa materia.<sup>11</sup>

Por lo que se refiere a la Federación, cabe señalar que en términos de la fracción I del artículo 89, el titular del Poder Ejecutivo tiene la facultad y la obligación de implementar todas aquellas acciones necesarias para la ejecución de las normas expedidas por el Congreso de la Unión. Entre estas últimas se cuentan la Ley de la Administración Pública, la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la Ley de Seguridad Pública y la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea, y en todas ellas se contienen previsiones acerca del modo en que las distintas dependencias de la administración pública federal tratarán de asegurar la seguridad pública.

<sup>11</sup> El artículo constitucional citado, a la letra, señala:

“El Congreso tiene facultad:

[...]

XXIII.- Para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en materia de seguridad pública; así como para la organización y funcionamiento, el ingreso, selección, promoción y reconocimiento de los integrantes de las instituciones de seguridad pública en el ámbito federal [...].”

Junto a ellas, existen planes y directrices de política pública que el Gobierno federal expide para que, dentro de los límites marcados por el anterior marco legal, orienten la actuación del Poder Ejecutivo. En el Plan Nacional de Desarrollo, por ejemplo, se listan los problemas de narcotráfico, delincuencia organizada, tráfico de personas y de armas, como algunos de los problemas que ocasionan inseguridad en el territorio nacional.<sup>12</sup> Por debajo del Plan Nacional de Desarrollo existen subprogramas (el Programa Nacional de Procuración de Justicia, el Programa Nacional para el Control de las Drogas, entre otros) que establecen objetivos y directrices para la cooperación que deberá existir entre las distintas dependencias gubernamentales a fin de combatir, entre otras cosas, la delincuencia organizada y el narcotráfico.<sup>13</sup>

De este modo, las entidades dependientes del Poder Ejecutivo, tales como la Secretaría de la Seguridad Pública Federal o la Procuraduría General de la República, tienen un extenso marco de directri-

<sup>12</sup> En el Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006, en la parte que interesa a este voto, se dijo:

“El tráfico de drogas y la delincuencia organizada representan una de las principales fuentes de violencia e inseguridad para la sociedad y una amenaza a las instituciones. Ocasionan corrupción, deterioro de imagen, pérdida de confianza y de prestigio nacional e internacional, afectando la soberanía y dañando nuestras relaciones internacionales.

“El tráfico de armas y de personas y las redes del terrorismo internacional que aprovechan las facilidades de comunicación y transporte que trae consigo la globalidad, buscan evadir las leyes de los estados nacionales”.

<sup>13</sup> En la parte que interesa a la presente resolución, en el Programa Nacional de Procuración de Justicia se sostuvo: “El combate a la delincuencia organizada se ha caracterizado por el empleo de instrumentos de investigación establecidos en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, como son las intervenciones de comunicaciones privadas y la información de testigos protegidos, así como la instrumentación de diversas directrices que, entrelazadas entre sí, permiten obtener mejores resultados en la aprehensión de delincuentes, que se refleja necesariamente en la integración y resolución de averiguaciones previas, posibilitando que los procesos penales que se instruyan a miembros de la delincuencia organizada terminen en la aplicación de sentencias condenatorias y con la aplicación de la pena correspondiente. Este esfuerzo deberá potencializarse con la colaboración de las secretarías de Gobernación, Relaciones Exteriores, Defensa Nacional, Marina y de Hacienda y Crédito Público, entre otras. Asimismo, se ha reforzado el trabajo que se desarrolla en la cooperación coordinada de las procuradurías generales de justicia de las 31 entidades federativas, así como la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y la Procuraduría General de Justicia Militar y la Procuraduría General de la República, en el ámbito respectivo de su competencia”.

ces respecto del tipo de actos que pueden ejecutar para tratar de preservar la seguridad de los ciudadanos. Los límites a su actuación emanan de este modo no sólo de la normativa que les es orgánicamente aplicable, sino también del contenido de los programas y planes expedidos por las distintas dependencias del Ejecutivo.

Es importante destacar, además, que entre las autoridades orgánicamente facultadas para desplegar estas competencias no están sólo las autoridades civiles (Procuraduría General de la República, Secretaría de Seguridad Pública Federal, entre otras), sino también las autoridades militares (Secretaría de la Defensa Nacional y Secretaría de Marina), aunque esta colaboración debe hacerse en un marco de estricta subordinación de las segundas a las primeras, como destacó el Pleno al resolver la acción de inconstitucionalidad 1/96.

En la citada acción, en la que estudió la validez de algunos preceptos de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, del año noventa y cinco, el Pleno destacó que ante la creciente capacidad organizativa y movilidad de la delincuencia organizada, el Estado debe tratar de hacerle frente con una estrategia articulada, razón por la que resulta adecuado que los tres niveles de gobierno articulen sus potencialidades y compensen sus insuficiencias en materia de seguridad pública.

El Pleno remarcó igualmente que, conforme a la interpretación del primer párrafo del artículo 16 de nuestra Constitución, en relación con los artículos 1 y 3 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanas y 29 y 30 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, se arriba a la conclusión de que dentro de nuestro sistema jurídico las fuerzas militares (bajo las directrices de la Secretaría de la Defensa Nacional y la Secretaría de Marina) son competentes para intervenir, entre otras, en labores de seguridad interior, siendo el problema de la producción y el comercio ilícito de drogas no sólo un problema de seguridad pública, sino de seguridad interior y exterior del Estado que habilita la participación de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, destacó el Pleno, las Fuerzas Armadas no pueden actuar en automático, sino en estricto auxilio a las autoridades civiles cuando éstas lo soliciten expresamente, lo que implica la subordinación de las primeras a las segundas.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Para conocer el criterio con más profundidad, véanse las tesis de jurisprudencia 34/2000; 36/2000 y 38/2000, emitidas por el Tribunal Pleno, cuyos rubros son: "EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. LA DETERMINACIÓN DE CUÁ-

La aplicación de los lineamientos dispuestos en los planes, programas o campañas correspondientes, por parte de las autoridades civiles o (excepcionalmente) militares competentes, deberá traducirse en la emisión de actos administrativos de autoridad que, por escrito, funden y motiven tanto la causa legal como el objetivo y los alcances de las actuaciones administrativas a realizar.

### *III.2.b. Fundamentación, motivación y proporcionalidad*

El requisito de que el acto administrativo de autoridad conste “por escrito”, adquiere todo su sentido tan pronto se toma en cuenta que el resto de las condiciones que el mismo ha de cumplir deben ser conocidas por los ciudadanos que resentirán sus efectos. La exigencia formal de un documento escrito que la autoridad esté en condiciones de dar a conocer a los afectados, antes o simultáneamente a la ejecución del acto, permitirá a éstos conocer la fundamentación y la motivación legal del mismo y la autoridad de que proviene. Dicho requisito constitucional quedará entonces cubierto en la medida en que la actuación administrativa general —llámese “plan”, “programa”, “campaña” o cualquier otra denominación— del que derive la intromisión a un lugar abierto al público conste por escrito y esté en aptitud de ser dado a conocer a los afectados.

Por lo que respecta a la “fundamentación” legal de todo acto de autoridad que interfiera de un modo no definitivo en el goce de los derechos individuales, me parece que se trata de la derivación central y general del principio de legalidad, según el cual las autoridades pue-

LES SON SUS FUNCIONES, EXIGE EL ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA CONSTITUCIÓN Y, POR LO MISMO, LA COMPRESIÓN DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, CONFORME AL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE”; “EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. SI BIEN PUEDEN PARTICIPAR EN ACCIONES CIVILES EN FAVOR DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, EN SITUACIONES EN QUE NO SE REQUIERA SUSPENDER LAS GARANTÍAS, ELLO DEBE OBEDECER A LA SOLICITUD EXPRESA DE LAS AUTORIDADES CIVILES A LAS QUE DEBERÁN ESTAR SUJETOS, CON ESTRICTO ACATAMIENTO A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES.” y “EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA. SU PARTICIPACIÓN EN AUXILIO DE LAS AUTORIDADES CIVILES ES CONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 129 DE LA CONSTITUCIÓN)”, visibles en las páginas 549, 550 y 552, respectivamente, del tomo XI del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* (abril de 2000).

den hacer sólo lo que la Ley expresamente les permite. La fundamentación de un acto administrativo que “moleste” a las personas en sus derechos fundamentales deberá demostrar tanto la competencia de las autoridades emisoras como la de todas las involucradas en la ejecución del mismo.

Dado que está, además, orientada a otorgar certeza y seguridad jurídica al particular frente a actos de los que debe estar en aptitud de defenderse por los medios legales, la fundamentación exigida por el artículo 16 constitucional incluye igualmente la necesidad de citar con exactitud y precisión las normas legales que habilitan a la autoridad administrativa para desarrollar la actuación de que se trate.

El señalamiento debe comprender las disposiciones legales, acuerdos o decretos que justifican la competencia de quien la va a desarrollar (y si tales normas contienen diversos supuestos, deberán precisarse los apartados, fracciones o incisos correspondientes) y el carácter con que la autoridad actúa (pues puede hacerlo por sí misma, por ausencia del titular de la dependencia correspondiente o por delegación de facultades).<sup>15</sup>

Por lo que concierne al requisito de la “motivación”, el mismo exige dar cuenta de lo que son a veces llamados “elementos constitutivos” de todo acto administrativo: causa, finalidad, modo de implementación y efectos previstos, todo lo cual permitirá trazar la adecuada correlación entre las normas jurídicas fundantes y el caso concreto.

Así, al referirse a la causa, la autoridad deberá hacer constar el conjunto de circunstancias de hecho y de derecho cuya verificación provoca la reacción del Estado que se traducirá en la emisión del acto administrativo que antecede la revisión de lugares públicos o abiertos al público para la detección y aseguramiento de personas y bienes relacionados con eventuales conductas ilícitas. Al expresar la finali-

<sup>15</sup> Véanse las tesis de rubro “COMPETENCIA. SU FUNDAMENTACIÓN. ES REQUISITO ESENCIAL DEL ACTO DE AUTORIDAD” y “COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. EN EL MANDAMIENTO ESCRITO QUE CONTIENE EL ACTO DE MOLESTIA, DEBE SEÑALARSE CON PRECISIÓN EL PRECEPTO LEGAL QUE LES OTORQUE LA ATRIBUCIÓN EJERCIDA Y, EN SU CASO, LA RESPECTIVA FRACCIÓN, INCISO Y SUBINCISO”, consultables, respectivamente, en la página 12 del tomo 77 de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (mayo de 1994) y la página 31 del tomo XIV del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* (noviembre de 2001).

dad, la autoridad deberá exponer tanto los objetivos de la actuación como su compatibilidad con los bienes jurídicos tutelados constitucionalmente. Finalmente, deberán expresarse tanto los medios de aplicación como los efectos previstos —no los efectivamente producidos, que pueden ser fortuitos o imprevisibles— del acto administrativo. Ello ha de permitir, en un eventual proceso de revisión jurisdiccional del mismo, evaluar si las medidas adoptadas eran racionalmente adecuadas para la consecución de la finalidad del acto.

El análisis de la “proporcionalidad” de las medidas ordenadas no es parte del contenido garantizado propiamente por la garantía de legalidad, pero será imprescindible para determinar si el derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido en el artículo 16 se afecta solamente en la medida necesaria para alcanzar los objetivos públicos relevantes, y para realizar esta determinación, la autoridad judicial que conozca del asunto deberá partir de lo que venga expresado en la motivación del acto. El Estado no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcionado, a costa de una afectación innecesaria de los derechos fundamentales. La autoridad que deba examinar la legalidad y constitucionalidad del acto deberá, por tanto, tener los elementos necesarios para determinar, por ejemplo, si el lugar en el que se debía practicar la revisión debía ser un lugar abierto al público, o si la actuación policial estaba diseñada para afectar en realidad a una casa habitación (hipótesis que le permitirá establecer si, en el caso, se requería una orden de cateo o si era efectivamente suficiente el procedimiento del “operativo”), o si las autoridades públicas partieron de algún hecho objetivo que descarte evitar calificar de arbitraria la actuación de la autoridad. La motivación del acto debe proporcionarle todos los elementos que necesita para hacer este tipo de comprobaciones.

### *III.3 Eficacia de las diligencias y pruebas obtenidas en una inspección administrativa*

Precisado lo anterior, queda razonablemente despejado el camino para determinar qué eficacia podrá darse a las diligencias y medios de prueba obtenidos en la ejecución de programas que incluyen como medio la revisión en lugares públicos o abiertos al público para la detección y aseguramiento de personas y bienes relacionados con la posible comisión de un delito.

Como hemos sostenido, el despliegue de estos programas (a veces llamados coloquialmente “operativos”) no resulta inconstitucional, siempre que se cumplan los requisitos que he apuntado en el apartado anterior; bajo esas condiciones, y siempre que no se incurra en violación de derechos fundamentales por otros motivos, cualquier medio de prueba que surja de su práctica y ejecución podrá ser tomado en cuenta en la averiguación previa que pueda iniciarse, si lo hallado hace presumible la comisión de un delito o deriva en la puesta a disposición del Ministerio Público de un probable responsable detenido en flagrante delito. Pero, contrario a lo que asume la mayoría —y éste es un punto esencial—, no es la flagrancia la que posibilita la intromisión de las autoridades a determinados lugares, sino que esta última debe tener una justificación autónoma, y su status constitucional es independiente de que pueda dar lugar a la detención en flagrancia de la persona que sea sorprendida cometiendo un delito en el momento de revisar el lugar público o abierto al público.

¿Qué ocurre cuando la inspección administrativa no discurre según los requisitos precisados en los apartados precedentes, pero desemboca en la detención de personas porque se encuentran datos que revelan la posible comisión de un delito? En ese caso, se trata de una actuación inconstitucional, lo cual producirá al menos las siguientes consecuencias: de entrada, se actualizarán las responsabilidades penales y/o administrativas pertinentes para los servidores públicos involucrados; en segundo lugar, y en la hipótesis de que alguien haya sido puesto a disposición del Ministerio Público, el incumplimiento de las condiciones apuntadas exige que dicho Ministerio o el juez de la causa no ratifiquen la detención y ordenen su inmediata liberación.

Por lo que respecta a la eficacia probatoria en el proceso penal de los elementos que surjan de dicha actuación inconstitucional, los mismos no tendrán eficacia alguna, serán nulos de pleno derecho y podrán considerarse integrados a la categoría general de “prueba ilícita”, que es aquella obtenida con infracción al ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, dado que en este caso la antijuridicidad proviene de la infracción de la Constitución, no solamente de las leyes, queda excluida cualquier pretendida oportunidad de ponderar o balancear sus defectos legales con la supuesta aportación que la prueba podría hacer al esclarecimiento de los hechos en el caso concreto. Por tal motivo, y sin que ello deba leerse como un pronunciamiento general en torno a la problemática de la prueba con causa ilícita que



no deseo hacer ahora, quiero destacar que en mi opinión todo acto (público, y en su caso privado) violatorio de derechos fundamentales es nulo; reconocerle institucionalmente efectividad supondría redoblar la violación de aquéllos.

La interdicción procesal de la prueba obtenida en violación de derechos fundamentales (y el consiguiente derecho de los ciudadanos a que las autoridades públicas no persigan el esclarecimiento de los hechos más que por medios insertos en el marco constitucional) deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en la cúspide del ordenamiento y de su doble dimensión de derechos subjetivos y de elementos objetivos que deben moldear el marco de la convivencia social justa y pacífica. La recepción procesal de este tipo de pruebas implicaría, además, una inaceptable desigualdad procesal en favor de quien ha recabado elementos de juicio en desprecio a los derechos fundamentales de otro. La noción de medios de prueba “conducente” añade así a su contenido esencialmente técnico-procesal, una dimensión sustantiva, y cualquier determinación que una autoridad judicial tome sobre su base violará la presunción de inocencia.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> La Suprema Corte ha descrito el contenido de dicha garantía en la siguiente tesis de jurisprudencia: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar ‘los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado’; en el artículo 21, al disponer que ‘la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público’; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole ‘buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos’. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma

¿Qué ocurrirá con los bienes u objetos que fueron asegurados con motivo de la revisión de un lugar abierto al público no practicada conforme a los lineamientos que he desarrollado en este voto, pero que se presume tienen relación con un origen ilícito (la droga, armas, mercancía pirata, etcétera)? Puesto que provienen de actuaciones que vulneran garantías individuales, los mismos no tendrán eficacia para demostrar la responsabilidad respecto de hechos constitutivos de delito en ese caso particular.

En efecto: dado que según el Código Civil los bienes que son susceptibles de apropiación particular son aquellos no excluidos del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley,<sup>17</sup> y dado que lo que suele encontrarse en los operativos (droga, armas) son objetos que pueden considerarse bienes sólo en un sentido distinto al anterior, pues se necesitan permisos tanto para producirlos como para transportarlos (la industria farmacéutica, o las empresas encargadas de abastecer a las fuerzas armadas y a las corporaciones del orden público, deben contar con ellos), la autoridad competente deberá asegurarlos y ponerlos bajo resguardo. Se aplicaría de este modo una norma parecida a la incluida en el artículo 181 del Código Federal de Procedimientos Penales, según el cual los instrumentos, productos y objetos relacionados con la comisión de un delito serán asegurados y administrados de conformidad con las leyes de la materia<sup>18</sup> (se trataría

implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, *a priori*, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado”. La misma lleva el número XXXV/2002 y puede consultarse en la página 14 del tomo XVI del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* (agosto de 2002).

<sup>17</sup> Los artículos 747, 748 y 749 del Código Civil Federal, respectivamente, disponen: “Artículo 747. Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio”.

“Artículo 748. Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley”.

“Artículo 749. Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular”.

<sup>18</sup> “Artículo 181. Los instrumentos, objetos o productos del delito, así como los bienes en que existan huellas o pudieran tener relación con éste, serán asegurados a fin

de una norma sólo análoga porque en este caso, dada la nulidad de la actuación, no podemos hablar de la “comisión de un delito” en relación con ella).

#### IV. CONCLUSIÓN

La *litis* en la contradicción de tesis 75/2004-PS nos obligaba a construir una hipótesis intermedia de esencial importancia para la efectiva vigencia del Estado de Derecho en nuestro país. En una democracia constitucional que debe comprometerse tanto con el respeto pleno de los derechos individuales como con el respaldo a autoridades públicas con las atribuciones necesarias para prevenir o perseguir la comisión de delitos, la definición jurídica por parte de la Corte a la cuestión que se nos presentaba gozaba de la máxima relevancia.

Personalmente, estimo que la solución a los graves problemas que aquejan a nuestra sociedad no puede buscarse ya más en el expediente de ser los más garantistas del mundo en las páginas de los libros de leyes, para minimizar y convalidar después, en la práctica, en el momento aplicativo del Derecho, los efectos de su más descarado desconocimiento en aras de salvaguardar un supuesto bien mayor (llámese “conocimiento de la verdad”, “mano dura”, “orden” o “seguridad de la nación”).

de que no se alteren, destruyan o desaparezcan. La administración de los bienes asegurados se realizará de conformidad con la ley de la materia.

“Las autoridades que actúen en auxilio del Ministerio Público, pondrán inmediatamente a disposición de éste los bienes a que se refiere el párrafo anterior. El Ministerio Público, al momento de recibir los bienes, resolverá sobre su aseguramiento.

“Cuando se trate de plantíos de marihuana, *Papaver somniferum* o adormidera, u otros estupefacientes, el Ministerio Público, la Policía Judicial o las autoridades que actúen en su auxilio, procederán a la destrucción de aquéllos, levantando un acta en la que se haga constar: el área del cultivo, cantidad o volumen del estupefaciente, debiéndose recabar muestras del mismo para que obren en la averiguación previa que al efecto se inicie.

“Cuando se aseguren estupefacientes o psicotrópicos, el Ministerio Público acordará y vigilará su destrucción, si esta medida es procedente, previa la inspección de las sustancias, en la que se determinará la naturaleza, el peso y las demás características de éstas. Se conservará una muestra representativa suficiente para la elaboración de los dictámenes periciales que hayan de producirse en la averiguación previa o en el proceso, según el caso”.

Pero ello sería obviamente irrelevante si no coincidiera, como lo hace en el presente caso, con las previsiones constitucionales que nos rigen. Al proteger la privacidad y la inviolabilidad del domicilio de las personas, la Constitución Federal no incluye un único régimen de condiciones, sino dos: las formalidades listadas en el párrafo sexto del artículo 16, propias del cateo, y las formalidades derivadas del primer párrafo de ese mismo precepto, aplicables para la inspección administrativa de espacios públicos y de todos aquellos que, por ser abiertos al público, sólo pueden ser considerados “domicilios” en sentido nato. Sin embargo, este conjunto menos exigente de formalidades está en la Constitución para ser cumplido, y su desconocimiento debe desembocar necesariamente en la ineficacia de los elementos obtenidos a los efectos de fundamentar una condena penal en el caso concreto.