

CONSIDERACIONES SOBRE EL MANDAMIENTO ESCRITO AL QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, PRIMER PÁRRAFO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL SISTEMA ACUSATORIO

Miguel BONILLA LÓPEZ

I. UNA NORMA QUE CONFIERE PODER

El primer párrafo del Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene el siguiente enunciado:

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.

La estructura normativa a la que puede ser trasladado dicho texto es la siguiente: “Si se da el estado de cosas X, y el sujeto Y realiza la acción Z, se produce el resultado institucional R”. Esta es la sintaxis que distingue a las normas que confieren poder, es decir, aquellas que establecen potestades y cuyo ejercicio conlleva a la creación de nuevos estados de cosas. En el ámbito del Derecho Público son llamadas normas de *competencia*, mientras que en el del Derecho Privado, normas sobre *capacidad*. Su función es conferir la facultad o atribución de hacer algo, de modificar estados de cosas preexistentes.

Si bien se ve, no prohíben ni obligan, sólo son constitutivas, en el sentido de que crean la posibilidad de realizar cambios, de pasar de un estado de cosas previo a uno diferente, y esta posibilidad no existe sin ellas; el cambio

—resultado institucional o cambio normativo— está unido indisolublemente a la existencia conjunta de un estado de cosas (configurado por hechos o actos) y de la realización de una o varias acciones específicamente determinadas por parte de un sujeto calificado. En el caso de los órganos del Estado, de los funcionarios y empleados públicos y de algunos particulares a los que la ley comisiona para realizar tareas de orden público, el ejercicio de estas competencias da como resultado actos normativos o cambios institucionales: el permiso o su denegación, la autorización o la no autorización, el arresto o la libertad, la multa o la no afectación al patrimonio, la clausura o no, la sentencia de condena o la absolutoria y la expedición del reglamento que regula una actividad, de la ley que establece las hipótesis generales. El no ejercicio de estas competencias (omisión) impide que se produzcan cambios normativos o institucionales.¹

La tipología del primer párrafo del Artículo 16 se entiende mejor al trasladar el contenido concreto al esquema sintáctico:

Si se da el estado de cosas X —esto es, que sea el caso de afectar a una persona en sus derechos—, y el sujeto Y —la autoridad a la que precisamente la ley faculta para producir el acto de molestia— realiza la acción Z —emite un mandamiento por escrito, en el que se funde y motive la causa del procedimiento—, se produce el resultado institucional R —un acto de molestia válido.

De este precepto, propiamente una norma que confiere poder, la jurisprudencia de los tribunales federales ha derivado un derecho de rango máximo —“garantía”, en la terminología del siglo XIX, donde encuentra su origen—, según el cual los individuos tienen la posibilidad, amparada por dicha disposición, de disfrutar de su libertad, domicilio, papeles, derechos y posesiones libres de interferencias arbitrarias —esto es, las que se producen por autoridades incompetentes, por mandatos no escritos, por mandatos mal motivados y fundados o por mandatos ayunos de fundamentación y motivación.

En segundo lugar, un derecho por cuya virtud los individuos pueden resistir el acto arbitrario, ejerciendo una acción para que un tercero imparcial declare su invalidez y ordene la restauración del estado de cosas anterior.

De forma generalizada, en la doctrina del siglo XX y en la actual, así como en el lenguaje de la quinta a la décima épocas del *Semanario Judicial de la Federación*, a este derecho se le ha denominado garantía de legalidad, en tanto que constriñe a la autoridad a actuar conforme al tenor de los dictados

¹ ATIENZA, Manuel y MANERO RUIZ, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 2004, p. 69.

de la ley. Así, con base en este texto, nuestros tribunales han establecido que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite,² que no tienen más facultades que las que expresamente les atribuye la ley³ y que los actos de autoridad que no estén autorizados por ley alguna importan violación de garantías.⁴ En este sentido, en el precepto no se ha encontrado sólo un derecho, sino además el reflejo del principio de legalidad.

Ya en pleno siglo XXI, en el mismo precepto se ha encontrado la expresión de un derecho diverso: el del respeto a la vida privada, con un caudal enorme de implicaciones.⁵ En efecto, la Suprema Corte ha sostenido que

El derecho fundamental consistente en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados por persona o entidad alguna en todo aquello que desean compartir únicamente con quienes ellos eligen; tal derecho deriva de la dignidad de la persona e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás [...] es muy amplio y se constituye con diversos derechos que tienen relación directa con la dignidad de la persona. Entre estos derechos se encuentran, entre otros, el del honor y el de la intimidad.⁶

Sobre el primero, la Primera Sala precisó:

El derecho al honor tiende a proteger no sólo el aspecto personal del individuo frente al ámbito social donde se desenvuelve, sino también a su ámbito privado, pues cualquier afectación al mismo es incuestionable que también afecta el ámbito reservado por él y del que quedan excluidos los demás.

Sobre el segundo, sostuvo que la vida privada:

La constituye el ámbito privado reservado a la propia persona y del que quedan excluidos los demás; la intimidad, se constituye con los extremos más personales de la vida y del entorno familiar, cuyo conocimiento está restringido a los integrantes de la unidad familiar [...] El concepto de vida privada engloba todo aquello que no se requiere que sea de general conocimiento, dentro de ello existe un núcleo que se protege con más

² Tesis con registro 286300, 810781, 331097 y 336190. Para la cita a pie de página de tesis jurisprudenciales y aisladas, por razones de espacio, se identificarán únicamente con el número de registro individual que cada una tiene en el banco de datos en línea del *Semanario Judicial de la Federación*, antes conocido como *Ius*.

³ Tesis con registro 299514, 818735, 238367 y 343429.

⁴ Tesis con registro 237752, 385106 y 326411.

⁵ En esto seguiré la espléndida exposición de GARCÍA RICCI, Diego, “Artículo 16 constitucional. Derecho a la privacidad”, en *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner, México, SCJN-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, T. I, 2013, pp. 1043-1079.

⁶ Amparo directo en revisión 402/2007, fallado por la Primera Sala el 23 de mayo de 2007.

celo, con mayor fuerza porque se entiende como esencial en la configuración de la persona y es a lo que se denomina intimidad [...] dentro de la vida privada se encuentra inserta la intimidad, la vida privada es lo genéricamente reservado y la intimidad lo radicalmente velado, lo más personal.

Y más todavía, de este derecho derivan otros. Según la Suprema Corte:

El de poder disponer del propio plan de vida, de ver protegidas ciertas manifestaciones de la integridad física y moral, el del honor, el de la reputación, el de no ser presentado bajo una falsa apariencia, el de impedir la divulgación de ciertos hechos a la publicación no autorizada de cierto tipo de fotografías, el de protección contra el uso abusivo de las comunicaciones privadas, y a la protección contra la divulgación de informaciones comunicadas o recibidas confidencialmente por un particular.⁷

Esta visión es mucho más amplia en sus alcances que la que se tuvo del mismo enunciado en el siglo XIX.

2. ORÍGENES

Como se sabe, el germen del primer párrafo del Artículo 16 constitucional está en el Artículo 5º del proyecto de Constitución que sirvió de base para las discusiones en el Congreso Constituyente de 1856-1857. El numeral referido era de este tenor:

Todos los habitantes de la República, así en su persona y familias, como en su domicilio, papeles y posesiones, están a cubierto de todo atropellamiento, examen o cateo, embargo o secuestro de cualquier persona o cosa, excepto en los casos prefijados por las leyes y con las indispensables condiciones de que se procederá racionalmente y de que la autoridad competente exprese en su mandato escrito la causa probable del procedimiento, sostenida por la afirmación al menos de un testigo, y señale y describa el lugar que debe ser registrado o la cosa o persona que debe ser secuestrada.

En el caso de delito *in fraganti*, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.⁸

⁷ Amparo directo en revisión 2044/2008, resuelto por la Primera Sala el 17 de junio de 2009.

⁸ *El debate de la Constitución de 1857*, México, Cámara de Diputados-LV Legislatura, 1994, T. I, pp. 303-313. Véase también a LOZANO, José María, *Estudio de Derecho Constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre*, México, Imprenta del Comercio de Dublín y Cía., 1876, pp. 267-269. CORDERO CORONA, Antonio, *Comentarios al Artículo 16*, San Luis Potosí, Ed. Ponciano Arriaga, 1997. A escasos veinte años de la promulgación de la Constitución, Lozano sugirió que el modelo que pudo haber inspirado a los constituyentes fue la IV enmienda de la carta estadounidense: “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to*

A Ponciano Arriaga se debe la autoría de ese texto. Según puede verse en los debates, su intención fue establecer una norma de rango máximo que sirviera como valladar a los actos arbitrarios (detención, allanamiento, registro y confiscación contrarios a derecho), oponiendo la razón a la fuerza bruta; así lo expresó durante las discusiones: “la palabra *racionalmente* [...] como lo contrario a *brutalmente*”. Después dijo, en vía de ejemplo, que con su propuesta se “ha querido evitar la manera bárbara y salvaje con que en México se hacen las prisiones, esa especie de furor canino con que toda clase de autoridades maltratan y atropellan a los ciudadanos. Desde los guardias diurnos hasta los gobernadores del distrito, todos se creen con derecho para vejar y golpear al que reconviene o aprehenden”.

La propuesta, sin embargo, no prosperó. En particular por las objeciones de Francisco Zarco, a quien la redacción no convenía. En cierto punto del debate, Arriaga solicitó a la asamblea permiso para retirar el Artículo, lo que ocurrió. Esto tuvo lugar durante las sesiones del 15 y 16 de julio de 1856.

Al día siguiente, otro diputado presentó una nueva versión del Artículo 5º, pero fue desestimada (Zarco, sin embargo, en sus crónicas, la calificó como de “redacción más clara”. Como sea, no se conoce el texto).

El 18 de noviembre del mismo año, la Comisión presentó la versión siguiente (de la que no se sabe quién fue el autor, aunque es posible que también fuera Arriaga):

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 el caso de delito *in fraganti*, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

No hubo discusión alguna. Este texto resultó aprobado por 78 votos contra uno; sólo fue recorrido, de modo que pasó de ser el Artículo 5º a ser el 16.

Es de señalar que durante el siglo XIX, al párrafo en cuestión se le atribuyó casi en exclusiva un ámbito penal (si acaso extensivo a la materia civil o a la fiscal en algunas cuantas hipótesis), y más que hablar de una garantía de

be seized”, esto es, “El derecho del pueblo a la seguridad en sus personas, casas, documentos y efectos, contra registros y secuestros irrazonables, no será violado, y no se emitirá ningún mandamiento, sino en virtud de causa probable, apoyada por juramento o afirmación, y que describa con precisión el lugar que debe ser registrado y las personas o cosas que deben ser detenidas o aseguradas” (según la traducción que aparece en *La Constitución de los Estados Unidos de América anotada con la jurisprudencia*, Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft, T. I, p. 44).

legalidad, se habló de *garantía de seguridad personal y real*. Verbigracia, Mariano Coronado escribió en su tratado:

Este artículo garantiza a los individuos la seguridad personal y real; por tanto, las molestias de que habla pueden referirse a la persona, como en los casos de aprehensiones, cateos y visitas domiciliarias, o a las cosas que aquélla posee, como el allanamiento de morada, el registro de papeles o la privación de los bienes.⁹

Los actos de molestia, como se ve, eran identificados esencialmente con la detención, el allanamiento, el registro y la confiscación. Sobre este último aspecto, Coronado fue más explícito:

por lo mismo que el hombre es dueño de sus acciones, no quiere que se pongan obstáculos al ejercicio de su actividad; y la privación de su libertad, la violación de su hogar, el trastorno de los objetos que posee, vendrían a limitar ese natural y legítimo ejercicio. Mas tales molestias pueden causarse a las personas cuando así lo previenen las leyes, sujetándose a los principios que el presente artículo encierra; pues hay casos en que el derecho de tercero o el interés común exigen que se infiera alguna de esas molestias, y esto sucede generalmente cuando algún individuo pretende ensanchar la esfera de sus derechos hasta dañar los ajenos, ocasionándoles positivo agravio.¹⁰

José María Lozano, en su texto de 1876, ya había apuntado algo semejante:

En resumen, nuestro artículo protege la seguridad personal de los habitantes de la República: 1º contra órdenes de prisión o arresto, dictadas por autoridades incompetentes; 2º contra las mismas órdenes de autoridad que, aunque sea competente, no expida el mandamiento por escrito, fundando y motivando la causa legal del procedimiento; 3º en los mismos términos, contra las órdenes dictadas para el cateo del domicilio, registro de papeles, embargo o secuestro de éstos o de otras cosas que están en su posesión.¹¹

Es importante recalcar el ámbito de protección del precepto: órdenes que incidían directamente en la libertad personal, la intromisión en la morada y el registro e incautación de bienes y documentos. Lo común de todos es, primero, que tienen lugar sin que el afectado tenga conocimiento previo de la orden que los autoriza; segundo, que propiamente se dan durante etapas de investigación; tercero, que las dicta un juez, pero las ejecuta la autoridad administrativa.

⁹ CORONADO, Mariano, *Elementos de Derecho Constitucional Mexicano*, 3a. edición, México, Librería de Ch. Bouret, 1906, p. 63.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ LOZANO, José María, *op. cit.*, p. 270.

En otro aspecto que aquí interesa, y hasta donde es posible saber, este artículo no tiene parangón con ningún otro de las Constituciones vigentes en el mundo en aquella época. Aunque en todas se hacía referencia a la proscripción de actos arbitrarios por parte de la autoridad sobre la persona, morada, derechos y bienes de los individuos, en pocas se advierte la *tenaz insistencia* en que el acto de autoridad —arresto, cateo, registro, aseguramiento— dimanara de un *mandamiento escrito*, como una de las condiciones de su validez (con una única excepción, conforme al texto: la detención en flagrancia).¹²

A propósito de esta exigencia, Lozano escribió:

El mandamiento debe constar por escrito, porque solo de esa manera puede conocerse y juzgarse acerca de su naturaleza y extensión. Sin esta circunstancia, los habitantes de la República estarían expuestos a las arbitrariedades y desmanes de los agentes secundarios ejecutores de tales mandamientos.

Por otra parte, la autoridad que expide un mandamiento [...] queda responsable de este acto con arreglo a las leyes, responsabilidad que no podría apreciarse con cabal exactitud si la orden fuera verbal.¹³

El comentario de Coronado también sirve para ilustrar este punto:

Cuando la molestia se puede sufrir legalmente, se requiere, en primer lugar, orden escrita. Este requisito es necesario para que se conozca claramente la naturaleza y extensión del mandamiento, a fin de evitar equivocaciones y desmanes de los agentes ejecutores. Si se trata, por ejemplo, de aprehensiones, la orden debe contener el nombre de la persona o personas que han de ser aprehendidas, aunque podrían designarse genéricamente si los nombres se ignorasen. El mandamiento por escrito sirve también para fundar la responsabilidad del empleado que obró de una manera ilegal.¹⁴

Según se aprecia, la necesidad de que el acto de molestia —por ejemplo, el cateo— constara en una orden escrita se explicaba en función de limitar el radio de acción del ejecutor y de sujetarlo a responsabilidad. En esto, la doctrina fue enfática. Así, otro tratadista del XIX, Eduardo Ruiz, refirió:

De esta manera, la autoridad que expide el mandamiento facilita al interesado los medios de exigir la responsabilidad, si no se procede conforme a la ley. Y como en la orden debe expresarse el nombre de la persona comisionada para llevarla a cabo, el interesado está en aptitud de cerciorarse de si esa persona es en verdad un agente de la autoridad o un individuo privado, a fin de evitar que los particulares usurpen funciones

¹² *Ibidem*, pp. 290-293. También véase MONTIEL Y DUARTE, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales*, México, Imprenta del Gobierno en Palacio, 1873, pp. 339-358.

¹³ LOZANO, José María, *op. cit.*, pp. 272-273.

¹⁴ CORONADO, Mariano, *op. cit.*, p. 64.

públicas o cometan el delito de allanamiento de morada, casos punibles conforme a nuestra legislación. El mandamiento escrito pone también en aptitud al interesado de conocer si la autoridad que lo libra es o no competente [...]»¹⁵

¿Por qué ese énfasis en que la orden fuese escrita, en que constase en un documento? José María del Castillo Velasco lo explicó de la mejor manera posible:

Los artículos de la Constitución en que se consigna la inviolabilidad de los derechos del hombre no son obra únicamente de la previsión del Congreso Constituyente, sino que pueden considerarse como datos históricos de México. Cada uno de esos artículos representa un mal que se ha corregido, es el remedio estudiado sobre la fotografía de la dictadura, es el recuerdo de un suceso doloroso que se tiene presente para evitar su repetición.¹⁶

Y agregó:

Perdido el respeto a la libertad del hombre, establecido el poder absoluto de la dictadura o de las facultades extraordinarias, conmovidos perpetuamente los gobiernos por el temor de los pronunciamientos y de las revoluciones, luchando siempre con las conspiraciones más o menos justas, los cateos, las prisiones, el registro de papeles y otras mil molestias se imponían a los habitantes de la República a fin de conservar los gobernantes su poder.

No era raro, sino antes muy común y frecuente, que simples agentes de la policía, oficiosos hasta un grado excesivo, practicasen sin autorización alguna todos esos atropellamientos, ya para complacer a sus jefes y superiores, ya para la simple satisfacción de sus odios y de sus malicias, cubriendo siempre tales atentados con asegurar que tenían órdenes verbales de las autoridades políticas o judiciales.¹⁷

La vía natural para impedir estos abusos era la orden escrita, emitida por autoridad competente, en la que se fundara y motivara la causa legal del procedimiento. Cítese de nuevo a del Castillo Velasco, con el peso que le da el haber sido diputado constituyente en 1856:

El mandamiento a que se refiere el artículo ha de tener tres requisitos: que sea escrito, para que determine qué es lo que ha de practicar el agente que lo ejecute, y fuera

¹⁵ RUIZ, Eduardo, *Derecho Constitucional*, 2a. edición, México, Tipografía de Aguilar e hijos, 1902, p. 88.

¹⁶ CASTILLO VELASCO, José María del, *Apuntamientos para el estudio del Derecho Constitucional Mexicano por José María del Castillo Velasco, diputado del Congreso Constituyente de 1856. Facsimilar de la edición príncipe. México, 1871*, México, Miguel Ángel Porrúa-Senado de la República-CNDH, 2007, p. 47.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 57-58.

de lo cual comete abuso; que proceda de la autoridad competente, para que no toda persona que ejerza mando o autoridad pueda expedir el mandamiento, sino solamente la competente en cada caso, y que funde y motive la causa legal del procedimiento, exponiendo la facultad legal con que procede la autoridad y el hecho o causa que da origen al ejercicio de ella.¹⁸

Según puede verse, lo tutelado en el Artículo 16 era la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y la privacidad; y aquello que se entendía podía vulnerar tales bienes eran las detenciones, los cateos, los registros y los aseguramientos emitidos por autoridades incompetentes o competentes, sí, pero arbitrarias por actuar al margen del derecho. El acto de molestia, esto es, el arresto, el allanamiento o el registro, sólo podían reputarse válidos si eran ordenados no mediante órdenes verbales, sino por escrito, precisamente por la autoridad facultada por la ley para ordenarlos, siempre y cuando hubiese mérito para ello.

La exigencia de la orden o mandamiento escritos se entendió, por así decirlo, como una *garantía de la razonabilidad del acto de molestia*, pues permitía al afectado tomar conocimiento de sus fundamentos, con miras a que pudiera discernir si eran ciertos; tomar conocimiento de quién era el funcionario emisor, a efectos de que constataste si tenía competencia; tomar conocimiento de quiénes serían los que ejecutasen la orden, a fin de no verse sorprendido por terceros que usurparan funciones. La teleología del precepto es clara: satisfacer una necesidad de comunicación, de cognoscibilidad de dichos elementos, y esto era perfectamente comprensible en función de la clase de actos de molestia que se tenían en mente, en los que el afectado no se entera ni puede enterarse sino hasta que son ejecutados o están en vías de ejecución: la orden de arresto, por ejemplo, no se informa previamente al destinatario, y en la tramitación del procedimiento de donde emana, se guarda sigilo, como también se guarda en los cateos.

Un dato que no puede escapar: en verdad, la “autoridad competente” de la que habla el precepto, si se ve a la luz de las explicaciones de los tratadistas de la época, podía ser, sí, el Ministerio Público cuando ordenaba la detención por flagrancia o caso urgente, o la autoridad hacendaria cuando ejercía sus facultades de fiscalización, pero en verdad la que constituía el caso típico

¹⁸ *Idem*. Con todo, estos juristas eran conscientes del trecho que había entre la realidad y lo establecido en la norma: “Por desgracia esta no es más que una teoría, porque ni los individuos cuidan de exigir el cumplimiento de esta garantía, ni la autoridad tiene miramiento bastante a su deber para no atropellar este derecho, y día a día vemos que se ejecutan aprehensiones y que se hacen citaciones las más vejatorias de orden verbal de cualquiera autoridad, aun las más incompetentes para el caso” (MONTIEL Y DUARTE, Isidro, *op. cit.*, p. 332).

era la autoridad judicial y los actos de molestia eran propiamente órdenes judiciales ejecutadas por sus notificadores o ejecutores (en materia civil y mercantil) o por agentes ministeriales y la policía (en materia criminal). No se consideraba otra clase de resoluciones judiciales que no fueran la orden de aprehensión, la de cateo, la que autorizaba el embargo o la liquidación... Este aspecto debe ser contrastado con lo que ocurrió en el siglo XX.

En el caso de la Constitución de 1917, el proyecto original presentado por Venustiano Carranza no comprendía el actual primer párrafo. Su propuesta de Artículo 16 más bien desarrollaba las hipótesis válidas de privación de la libertad de las personas, de intromisión en su domicilio y de registro de papeles y cosas. Aunque no se expresó en forma abierta, parece legítimo concluir que ello obedeció a dos posibles razones: 1. Al quitar el párrafo se impedía que pudiera revivirse la desbordada interpretación de la expresión "autoridad competente" que produjo la teoría de la incompetencia de origen: si una autoridad había sido ilegítimamente electa, debía estimarse que carecía de competencia para emitir cualquier clase de acto y su legitimidad podía ser examinada vía el juicio de amparo;¹⁹ 2. No se consideró necesaria una prevención genérica, si las prevenciones particulares quedaban fijadas desde ya en el texto constitucional, y nótese, prevenciones referidas a los actos de molestia que eran tenidos como tales conforme a la doctrina decimonónica: la detención de la persona, el allanamiento del domicilio, el registro de lugares y papeles y la confiscación de cosas y bienes.

No obstante, en el tercer dictamen que se sometió al Congreso ese primer párrafo sí fue incluido y así se aprobó, sin discusión. Las razones aducidas fueron que en el texto propuesto, por ejemplo, para regular el arresto, no se especificaba que la orden judicial debía constar por escrito:

Merece elogio la nueva forma, más liberal y más exacta con que aparece en el proyecto de Constitución el artículo 16 de la de 1857. Sin embargo, la comisión propone a la asamblea algunas variaciones. Creemos conveniente que toda orden de arresto se libre por escrito y que en ella se exprese el motivo por el que se ha dictado y el fundamento legal que la apoye, para que de esta suerte, el aprehendido pueda darse cuenta exacta, desde el principio, de la acusación que se hace.²⁰

¹⁹ No es el caso de abundar en este tema, tan extensamente tratado, por todos, 2013, Véase CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, 7a. edición, México, Porrúa, 1991, p. 240.

²⁰ Observación de los diputados Mugica, Recio, Coulunga, Román y Monzón, en PALAVICINI, Félix F., *Historia de la Constitución de 1917*, México, Consejo Editorial del Gobierno del Estado de Tabasco, 1980, T. I, p. 393. Véase también *Nueva Edición del Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917*, México, SCJN, 2005, T. I, pp. 685-740.

Después de sendos debates y de numerosas propuestas, sobre todo referidos al arresto y detención en flagrancia, la Comisión decidió lo siguiente:

Los oradores sugirieron cada uno diversas adiciones, sin que se hayan detenido a comentarlas, confirmarlas o rebatirlas recíprocamente; de tal suerte que era imposible a la comisión interpretar cuáles, de las diversas modificaciones propuestas, merecían la aprobación de la Asamblea. En esta perplejidad, la comisión tuvo el propósito de adoptar textualmente el artículo del proyecto de Constitución; pero prescindió de este propósito por creer que las objeciones que se han hecho al proyecto motivarían nuevas discusiones, cuyo resultado sería probablemente que se rechazara aquél. En tal virtud, prefirió la comisión citar a todos los abogados que figuran en la Cámara, por tratarse de un punto técnico, para conocer sus opiniones, recoger las ideas generales en que todos coincidieran y darles forma en el nuevo artículo. Citó, pues, la Comisión a todos los referidos abogados; y aunque no logró la concurrencia de todos, asistió el número suficiente para que la comisión pudiera considerarse ya suficientemente orientada. *De la deliberación que se verificó entre los abogados concurrentes a la sesión privada a que convocó la comisión, resultó: que la mayoría insiste en que debe adoptarse como encabezado del artículo 16 la fórmula que figura en la Constitución de 1857...*²¹

En la sesión del 13 de enero de 1917, puesto a discusión el nuevo texto, no se pidió la palabra y se procedió a votarlo. Fue aprobado por 147 votos contra 12. ¿Cuál era el ámbito de aplicación de esta garantía en el pensamiento originario de los constituyentes? Cedo la palabra a Juventino Castro:

Fácilmente puede advertirse, por todos los antecedentes que brevemente hemos resumido, que el mandato escrito de autoridad competente y la fundamentación y motivación de una orden de autoridad, están en todo momento referidos a cuestiones del orden penal, y no de otra índole, lo cual se comprueba con toda sencillez si se lee el resto del artículo 16 que está apartado para cuestiones penales exclusivamente.²²

Y cabe insistir: el ámbito penal, pero restringido a actos que sólo pueden tener lugar durante la etapa de investigación, en la que el afectado no pudo (ni debe) tener conocimiento previo, por tratarse de actuaciones llevadas en sigilo; y actos tales que casi en exclusiva sólo puede ordenar un juez.²³

²¹ *Ibidem*, p. 418. Énfasis añadido.

²² CASTRO, Juventino V., *op. cit.*, pp. 228-229

²³ Y acaso también el civil o el administrativo en contadísimas excepciones: arrestos civiles, embargos, visitas domiciliarias.

3. SIGNIFICADO ACTUAL

Tal y como lo refiere la doctrina contemporánea, el hecho de que en el Artículo 16 de la Constitución de 1917 las hipótesis de detención, allanamiento y registro de papeles se desarrollasen en los párrafos subsecuentes al primero, motivó que con el paso del tiempo se entendiera que en éste lo que había era “una disposición general aplicable a cualquier acto de autoridad que pueda afectar derechos de los particulares”, y no sólo a las órdenes judiciales cumplimentadas por agentes ministeriales y policías. Los párrafos restantes no serían otra cosa que la enunciación de casos específicos de actos de molestia, acaso los de mayor entidad.²⁴ Así, esta prevención genérica, entendida como predicable de *toda autoridad*, acabó como una garantía amplísima en la que hoy en día, incluso, se ha encontrado el fundamento del derecho a la vida privada y sus manifestaciones.

De un intento de condensar lo que la jurisprudencia ha dicho respecto de esta disposición, específicamente sobre el deber de la autoridad de fundamentar y motivar por escrito, y obviando ciertos matices, puede obtenerse lo siguiente: primero, que los actos de autoridad, en principio, se diferencian entre “aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado” y aquellos “que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos... pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos”.²⁵ Esta distinción permite exigir garantía de audiencia previa para los primeros y no para los segundos (y esto se comprende fácilmente: un acto de molestia de efectos provisionales por antonomasia, como el cateo, precisamente por su naturaleza, no podría tener como requisito de validez el que se escuche al posible afectado). No obstante, la distinción no funciona a la inversa, pues todos los actos de privación en verdad encierran molestias, de modo que respecto de ambos (los de privación y los de molestia) es exigible el deber de fundamentación y motivación, el mandamiento escrito, la causa legal del procedimiento, la autoridad competente.

Hecha esta precisión es dable diferenciar entre actos de molestia, en ese sentido lato, producidos por normas de carácter general,²⁶ y los que son pro-

²⁴ CASTRO, Juventino V., *op. cit.*, p. 229 y OVALLE FAVELA, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 3a. edición, México, Oxford University Press, 2007, p. 84. También véase a ARTEAGA NAVA, Elisur, *Garantías individuales*, México, Oxford University Press, 2012, pp. 169-196.

²⁵ Tesis con registro 200080.

²⁶ Tesis con registro 232351, 165745 y 1001303.

ducidos por órdenes o mandamientos concretos. En cuanto a los segundos, que son los que aquí interesan, para su validez formal, todos²⁷ (menos los de mero trámite que no produzcan por sí mismos molestias a los particulares),²⁸ han de tener su causa eficiente en un documento escrito —y esto porque es el texto la medida de la orden, lo que determina el alcance de las obligaciones o prohibiciones impuestas al destinatario; lo que permite fijar quién es éste, cuándo ha de comenzar su obligación, cuáles son las condiciones en que debe ejecutarse o acatarse lo ordenado en cuanto a modo, tiempo y lugar²⁹ y, en su caso, preparar su defensa—,³⁰ nunca una orden verbal,³¹ y un documento escrito inclusive en un mismo formato y con un mismo tipo de letra, no en “machote”,³² en lengua española y con el mayor apego posible a las reglas de la gramática, la ortografía y la sintaxis;³³ emitido precisamente por quien para ello esté facultado, expresando en el mismo el lugar y fecha de su emisión (para determinar si la autoridad actúa en el momento que la ley permite su actuación y dentro de la circunscripción sobre la que puede ejercer jurisdicción), el carácter con el que suscribe (para constatar que es él al que la norma otorga la competencia y no a diverso sujeto o funcionario) y el conjunto normativo que le otorga la atribución —especificando el apartado, fracción, inciso o subinciso, y si se trata de disposiciones complejas, transcribiendo el párrafo correspondiente—, bien sea por razón de materia, de grado, de territorio (para que el destinatario de la orden pueda corroborar si en efecto el orden jurídico otorga dicha competencia).³⁴ Amén de lo anterior, en el

²⁷ Tesis con registro 197923: “no alude únicamente a las resoluciones definitivas o que pongan fin a un procedimiento, sino que se refiere, en sentido amplio, a cualquier acto de autoridad en ejercicio de sus funciones, como sería, por ejemplo, la simple contestación recaída a cualquier solicitud del gobernado, a la cual la ley no exime de cumplir con los requisitos de fundamentación y motivación”.

²⁸ Tesis con registro 250573 (o los que en principio sean sólo comunicaciones o mandatos entre autoridades, según la tesis 1011565).

²⁹ Tesis con registro 2005777.

³⁰ Tesis con registro 254957, 199679, 210508 y en especial 175082.

³¹ Tesis con registro 216272 y 394967.

³² Tesis con registro 188560, 184620 y 182129: “resulta lógico que si la autoridad competente dicta una orden de visita, tanto sus elementos genéricos como los específicos deben estar señalados con el mismo tipo de letra (manuscrita, de máquina de escribir o de computadora) y, por otra, de que tratándose de una garantía individual para el gobernado y siendo perfectamente factible que se cumpla con esto último, debe exigirse su pleno acatamiento y la demostración idónea de ello, y no propiciar que se emitan órdenes de visita que por sus características pudieran proceder, en cuanto a los datos vinculados con el contribuyente y con la visita concreta que deba realizarse, no de la autoridad competente, sino del funcionario ejecutor de la orden pero incompetente para emitirla”.

³³ Tesis con registro 166948.

³⁴ Tesis con registro 188432, 216534 y 177347. Como excepción de esta minuciosidad en la fijación de la competencia, las resoluciones judiciales, según la tesis 169492.

mismo cuerpo del documento y no en uno diverso, como regla general,³⁵ no sólo ha de expresarse el mandamiento, la orden, sino que deberá constar la expresión precisa de los preceptos legales aplicables, las disposiciones de las que deriva el mandato³⁶ —fundamentación—³⁷ (y para el caso de que se citen criterios jurisprudenciales como fundamento, ha de referirse no sólo el texto de la tesis sino hasta sus datos de publicación, y demostrar su aplicación sin que baste la sola cita),³⁸ aunque con la excepción de las resoluciones jurisdiccionales, en las que no se exige el rigor del señalamiento de los fundamentos si “los razonamientos de la resolución conducen a la norma aplicada”,³⁹ y si se trata de normas de fuente internacional o resoluciones de tribunales de igual índole, sólo “cuando resulte necesario e imprescindible”,⁴⁰ pero siempre, si es el caso, la jurisprudencia interamericana vinculatoria.⁴¹ Además, el señalamiento preciso de las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para su emisión —motivación—,⁴² mismas que han de ser reales y ciertas, de modo que se advierta la “adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas”⁴³ y siempre atendiendo a la causa de pedir si el acto está emitido en función de una pretensión⁴⁴ (y en el caso de los actos que dimanen de procedimientos en los que el afectado ofreció medios de prueba, todos y cada uno de éstos debe tener un examen separado).⁴⁵ En decisiones sobre valores relevantísimos como la libertad y en especial en el sistema acusatorio, verificando “la coherencia del

³⁵ Tesis con registro 237870, 194414 y 212133. Las excepciones son las siguientes: cuando “los documentos en que se apoye la fundamentación y motivación del acto o resolución, sean del pleno conocimiento del gobernado al que va dirigido”, según la tesis 228473; o cuando se trate de “actuaciones o resoluciones vinculadas”, conforme a la tesis 1007701.

³⁶ Tesis con registro 265182 y 248889.

³⁷ Tesis con registro 234576, 173565, 226998, 210507 y 209986.

³⁸ Tesis con registro 186529 y 191112. La tesis 164574 impone hasta un método: 1) para el caso de criterios firmes, determinar si es aplicable y si lo es, resolver conforme; 2) si es un criterio aislado determinar por qué ha de seguirlo o por qué se separa del mismo.

³⁹ Tesis con registro 191358 y 252570.

⁴⁰ Tesis con registro 164051.

⁴¹ Tesis con registro 2006225, 2000206.

⁴² Tesis con registro 234576, 173565, 226998, 266987, 210507 y 209986.

⁴³ Tesis con registro 176546, 194798 y 222934. Véase además la de registro 2000787, sobre los elementos normativos de las descripciones típicas de los delitos: a) identificar si existe el elemento; b) fijar justificadamente el parámetro jurídico o ético-social, y c) hacer la valoración “dotando de contenido a los conceptos”, y la de registro 172068, sobre los conceptos jurídicos indeterminados previstos en las normas, los que deben ser dotados de sentido y demostrarse su aplicación mediante “procedimiento argumentativo”.

⁴⁴ Tesis con registro 2007671.

⁴⁵ Tesis con registro 213778 y 1012280.

orden constitucional y armonizar la protección de los Derechos Humanos”;⁴⁶ aunque la debida motivación no deba ser mayor de lo “estrictamente necesario para que se comprenda el razonamiento expresado”,⁴⁷ pero sin que la concisión signifique ausencia;⁴⁸ y sin que sea exigible, en las resoluciones judiciales, transcribir los argumentos de las partes,⁴⁹ ni refutar las teorías jurídicas expresadas por las partes,⁵⁰ ni que todas y cada una de sus afirmaciones individuales tengan que ser fundadas y motivadas una por una, sino que esto puede ser hecho en forma global,⁵¹ aunque cuidando siempre el cumplimiento del principio de exhaustividad (en especial en las sentencias).⁵² Aunque no sea necesario, es dable citar, hasta textualmente, doctrina (más en asuntos vinculados con Derechos Humanos) y legislación o precedentes judiciales extranjeros, pero no de manera dogmática, sino haciendo un análisis de lo expresado por los autores en forma objetiva y racional, asumiendo personalmente las consideraciones que le resulten convincentes;⁵³ y al final, para hacer constar su autenticidad, ha de obrar la inscripción de la firma autógrafa del emisor⁵⁴ y la del fedatario si la ley lo exige así (como los secretarios judiciales), aun y cuando no se exprese su nombre si es que éste es asequible de

⁴⁶ Tesis con registro 2006475.

⁴⁷ Tesis con registro 182181.

⁴⁸ Tesis con registro 187531 y 226999.

⁴⁹ Tesis con registro 164618.

⁵⁰ Tesis con registro 224977 y 228352.

⁵¹ Tesis con registro 217682. Otra tesis refiere: “sin que pueda exigirse formalmente mayor amplitud o abundancia que la expresión de lo estrictamente necesario para que substancialmente se comprenda el argumento expresado”, según la de registro 391564.

⁵² Tesis con registro 176546, que habla de “análisis exhaustivo de los puntos que integran la litis”. Sobre esto, algunos tribunales son más o menos exigentes: en la tesis con registro 162786 se permite, en aras de la concisión, que el tribunal haga referencias a cuestiones previamente dilucidadas. En contrapartida, la de registro 2005968 es radical, por así decirlo: es menester que el juez “no sólo se ocupe de cada cuestión planteada en el litigio, de una manera o forma cualquiera, sino que lo haga a profundidad, explore y enfrente todas las cuestiones atinentes a cada tópico, despeje cualquier incógnita que pueda generar inconsistencias en su discurso, enfrente las diversas posibilidades advertibles de cada punto de los temas sujetos a su decisión, exponga todas las razones que tenga en la asunción de un criterio, sin reservarse ninguna, y en general, que diga todo lo que le sirvió para adoptar una interpretación jurídica, integrar una ley, valorar el material probatorio, acoger o desestimar un argumento de las partes o una consideración de las autoridades que se ocuparon antes del asunto”. El yerro de la tesis es claro: confunde lo que constituye el proceso interno de razonamiento con la exposición del argumento en el papel. Toda la meticulosidad que apunta es predicable del acto mismo de enjuiciar, como operación mental (y constituye hasta una obligación ética), pero no puede ser predicable de la exposición escrita u oral del juez.

⁵³ Tesis con registro 183293, 189723, 355690, 816680, 216047, 224977, 2005760 y 173314.

⁵⁴ Tesis con registro 188221 y 254101.

autos.⁵⁵ Este documento, esta orden o mandamiento escritos, además, deben estar dirigidos y darse a conocer al destinatario no a través de terceros.⁵⁶

Hago notar que en el compendio anterior se entremezclan tesis referidas a actos de fuente netamente administrativa con otras en las que se examinaron resoluciones judiciales; no obstante, esta forma de presentarlas reunidas resulta, creo, una buena muestra de lo laborioso que puede llegar a ser la emisión del mandamiento escrito fundado y motivado (y explica en mucho el altísimo número de amparos concedidos en esta materia).

4. *PATHOS* DEL JUEZ

La siguiente no es una buena jurisprudencia, si se entiende por tal la fijación de un criterio sobre cómo debe ser interpretada una ley. De su lectura no se advierte qué norma fue interpretada ni ninguna regla general de interpretación del derecho. Sin embargo, conocerla es oportuno, porque muestra la angustia, los temores, la frustración —en suma, la psicología— de muchos juzgadores al momento de enfrentarse al expediente:

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE EXHAUSTIVIDAD Y CONGRUENCIA CORRELATIVOS A ESE DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La administración de justicia que como derecho público subjetivo establece el artículo 17 constitucional, se ve cada vez más distante por los siguientes motivos: A. El gran cúmulo de asuntos que día con día ingresan para su resolución a los tribunales del Poder Judicial de la Federación; B. Los extensos planteamientos que formulan las partes, apoyadas por la modernidad de las computadoras, que si bien han venido a representar herramientas valiosas de trabajo, generan el inconveniente de que esa facilidad se utilice para prolongar textos que abultan tales planteamientos, y que deben atenderse ya sin facilidad, pues con las transcripciones que el estilo de las sentencias exige, y con la dificultad que implica dar respuesta a esa extensa diversidad de alegaciones, se provoca que también los fallos se tornen extensos; C. La tendencia a convertir las resoluciones judiciales en tratados teóricos de derecho, olvidando que la academia (la teoría) corresponde a las universidades, mientras que la función propia de los órganos del Estado encargados de la administración de justicia es precisamente esa, la de administrar justicia, donde la técnica debe estar al servicio de ésta; D. La exigencia de que se trate de manera expresa absolutamente todos los tópicos plasmados por las partes, renglón a renglón, punto a punto, a pesar de que muchos de ellos no revelen una seria intención de defensa, sino abrir un abanico de posibilidades para ver cuál prospera, con el grave riesgo para el

⁵⁵ Tesis con registro 2008788.

⁵⁶ Tesis con registro 252437.

juzgador de incurrir en alguna omisión que potencialmente puede generar la promoción de queja administrativa ante el Consejo de la Judicatura Federal, cuya rendición de informe y atención genera a su vez más carga de trabajo y consumo de tiempo, factor fatal que se vuelve en contra. Por lo tanto, las partes en sus planteamientos y los tribunales en sus sentencias deben dar las pautas para buscar el valor justicia, es decir, no debe caerse en el extremo de que absolutamente todo quede escrito, sin mayor esfuerzo del intelecto para llegar al punto final, pues como lo apuntó el ilustre Barón de Montesquieu, no se trata de hacer leer sino de hacer pensar [recurrir a la “retórica” en su sentido fino (argumentar para justificar y convencer) y no peyorativo (hablar por hablar o escribir por escribir)], lo que implica entonces, que los fallos deben dictarse para resolver litigios, hacer justicia, atender los planteamientos serios de las partes, razonar para justificar y convencer, y para hacer pensar, no para hacer leer, de manera que agotando esos extremos, pueda afirmarse que se cumplen a cabalidad los principios de exhaustividad y congruencia correlativos a la satisfacción del servicio público de administración de justicia.⁵⁷

¿Qué hacer frente a demandas inmensurables; extraordinariamente largas yazonadas de incoherencias y de afirmaciones dogmáticas; repetitivas y mal redactadas? ¿Debe darse respuesta puntual a cada manifestación del accionante, aun si en cada capítulo de su demanda reitera lo expuesto en los demás, si sus afirmaciones carecen de razones que las apoyen, si la redacción es motivo de oscuridad? ¿Hay que fundar y motivar bajo la idea de que tal es lo que ha construido la jurisprudencia con tanto rigor? ¿Qué hacer si, frente al intento de dar a una demanda de ese talante una respuesta razonada y razonable, no acuciosa, pero tampoco vaga, al juzgador espera la presentación de una queja administrativa, en la que se aducirá falta de exhaustividad en la sentencia?⁵⁸ Y ¿qué hacer si no es una, sino que son la mayoría de las demandas las que presentan esa característica? ¿Así de extenso y de prolijo hay que actuar en cada proveído, en cada resolución, en cada sentencia?

Quizás uno también se curaría en salud. Quizás uno también haría público su método y lo intentaría justificar así: la misión de los tribunales es resolver litigios sobre la base de lo pretendido por las partes, pero lo pretendido con basamento, con “seriedad procesal”, de manera que, como lo dice la tesis transcrita, “agotando esos extremos, pueda afirmarse que se cumplen a cabalidad los principios de exhaustividad y congruencia”, aun y cuando no se diera puntual y precisa contestación a cada afirmación de los accionantes. El problema de actuar así, evidentemente, es que no hay un límite muy nítido entre ser vago y ser preciso. Como quiera que sea, si para los procedimientos

⁵⁷ Tesis con registro 178560.

⁵⁸ Hay criterios, aunque pocos, en el sentido de que la queja administrativa es improcedente en temas como el que nos ocupa. Por ejemplo, tesis con registro 180867.

judiciales escritos resulta cuestionable el puntillismo jurisprudencial a que nos hemos referido en las páginas precedentes, en el sistema oral no sólo es cuestionable, sino exorbitante.

5. FUNDAR Y MOTIVAR EN LOS TIEMPOS DEL SISTEMA ACUSATORIO

En un mundo en el que, tecnológicamente, el registro fehaciente de las órdenes sólo puede pensarse en papel —por su versatilidad: la permanencia de la escritura, la invariabilidad de lo estipulado y la posibilidad de comunicar esto a su destinatario o a terceros en el momento o en tiempo posterior— es claro que el documento escrito no sólo es el medio de expresión de la orden en sí misma, del acto de molestia, sino, además, es medio de prueba de su existencia; en especial ante la autoridad a la que corresponde revisarla y, en su caso, anularla, enmendarla o rectificarla. Esto da cuenta, al menos en parte, del por qué han acabado siendo tan proliferas muchas resoluciones judiciales.

Pero ese mundo era el de los siglos XIX y XX; en el actual existen tecnologías diferentes que permitirían cumplir esa misma función documental con igual (y hasta mayor) grado de certeza. Un ejemplo es el de los registros en audio o video de las audiencias en los juicios orales. El Artículo 61 del Código Nacional de Procedimientos Penales previene:

Artículo 61. *Registro de las audiencias.* Todas las audiencias previstas en este Código serán registradas por cualquier medio tecnológico que tenga a su disposición el órgano jurisdiccional.

La grabación o reproducción de imágenes o sonidos se considerará como parte de las actuaciones y registros y se conservarán en resguardo del Poder Judicial para efectos de conocimiento de otros órganos distintos que conozcan del mismo procedimiento y de las partes, garantizando siempre su conservación.

En este aspecto cabe señalar lo obvio: el desarrollo jurisprudencial del Artículo 16 de la Constitución, primer párrafo, deriva del examen de casos en los que la ley aplicable regula procedimientos exclusivamente escritos, en los que la comunicación de las resoluciones, por ejemplo las judiciales, solo se da *ex post facto*, habiendo pasado los tiempos para acordar promociones o actos. Me explico: en las leyes procesales “tradicionales”, por así llamarlas, se establecen disposiciones que permiten a los tribunales emitir acuerdo por escrito a las promociones que lo reciben con desfase respecto al tiempo en que las mismas son presentadas. Así, el Código Federal de Procedimientos Penales, en su Artículo 21, refiere que el secretario debe dar cuenta con la

promoción escrita dentro de las 24 horas que sigan a su presentación, y el tribunal tiene hasta 72 horas para emitir el acuerdo escrito, fundado y motivado, que deba recaerles. En hipótesis como ésta, si en el proveído se contuviere un acto de molestia (por ejemplo, una citación), su fundamentación y motivación tienen necesariamente que hacerse constar en el cuerpo del mismo, con miras a que se pueda comunicar al interesado mediante un diverso y posterior acto, la notificación. Por ello, este deber de fundar y motivar debe satisfacerse en forma especialmente escrupulosa, con la minuciosidad a la que ya se ha hecho mención. Este modo de ser prolijo encuentra explicación en que los actos que entraña la orden se conocerán en un momento posterior respecto del tiempo en que el interesado acudió al órgano.

En los sistemas escritos,⁵⁹ como regla general, para producir plenamente efectos en relación con quienes son sus destinatarios, las resoluciones judiciales (la decisión, pero también su fundamentación y motivación) han de ser puestas en conocimiento de estos *ex post facto*. Para lograr este cometido, la ley procesal establece, primero, medios directos de comunicación con las partes o los terceros a quienes están dirigidos sus mandamientos; cuando dicha comunicación es materialmente imposible, prevé mecanismos para lograr, al menos, una presunción de conocimiento.

En relación con las partes, la comunicación procesal es necesaria para cumplir con el contradictorio, que no podría verse satisfecho sin el conocimiento de las providencias judiciales; en relación con terceros —individuos u órganos estatales— es necesaria para obtener su cooperación en la realización de actos que incidirán en el proceso y que afectarán a las partes. Por esto mismo, todo sistema de comunicación procesal está revestido de formas que tienden a servir de garantía del conocimiento de la resolución; el desapego a estas formalidades produce, por regla general, su nulidad (y a veces castigo para el responsable).

Establecido el acto de conocimiento o la presunción, comienzan para sus destinatarios los plazos y términos en que deben ser acatadas. Esta regla general conoce dos excepciones: 1. Las providencias de mero trámite de las que la ley dispone que no sean notificadas, sino tan sólo cumplidas (y esto explica por qué en ellas en vez de ordenar “Notifíquese” se dispone “Cúmplase”); y 2. Las que decretan medidas cautelares, cuya vocación es la de cumplirse antes de ser notificadas al afectado.

⁵⁹ En los párrafos subsecuentes me baso en las notas que compendío en “Notificaciones en el juicio de amparo antes y después de la reforma”, en BONILLA LÓPEZ, Miguel, *Sobre la Judicatura, Colección de ensayos*, México, Impretei, 2015, pp. 323-324.

Salvo en esos dos casos, sin la comunicación, las decisiones judiciales serían o fuente de abusos o por completo impracticables. En ambos, la seguridad jurídica que debe acompañar a los actos de autoridad se vería seriamente trasgredida. Las partes no podrían impugnarlas antes de sufrir la lesión. Resentirían resignadamente sus efectos sin defensa o se rebelarían abiertamente a someterse a los designios judiciales. Ninguna de las dos es buena circunstancia. Así, como regla general, resulta que las providencias no pueden cumplirse ni quedar firmes o ser declaradas ejecutoriadas si no han sido notificadas antes a quienes se dirigen. Como el acto de comunicación es autónomo respecto de la resolución que se notifica, si la notificación está mal hecha ello no afecta la validez de la providencia ni, su contenido. No obstante, una vez notificada, la resolución no puede ser modificada por el tribunal que la dictó. Lo que se comunica, lo que se notifica es la resolución con todos sus elementos: decisión, fundamentación y motivación.

En cambio, en el sistema de justicia oral, las decisiones judiciales, como regla, se dictan en el momento de la audiencia y las partes quedan notificadas en el acto:

Artículo 63. *Notificaciones en audiencia.* Las resoluciones del órgano jurisdiccional serán dictadas en forma oral, con expresión de sus fundamentos y motivaciones, quedando los intervinientes en ellas y quienes estaban obligados a asistir formalmente notificados de su emisión, lo que constará en el registro correspondiente en los términos previstos en este Código.

Sobre esta base, bien cabe preguntarse si en el nuevo sistema de justicia penal el deber de emitir mandamiento escrito en el que se funde y motive la causa legal del procedimiento —que deriva del Artículo 16 constitucional en relación con los diversos 44, 52, 61, 63, 67, 68, 70, 397, 401 y 404 del Código Nacional de Procedimientos Penales— ha de participar de las notas de minuciosidad, detalle, prolijidad, pormenorización y amplitud que con tanto énfasis ha construido la jurisprudencia, o si es el caso de dar un giro nuevo en esta materia, más ágil, dinámico, a la interpretación del Artículo 16 constitucional, primer párrafo.

Para las resoluciones tomadas en audiencia —dejando de lado las referidas a actos de investigación, para las que siguen vigentes todas las razones que dieron los juristas del XIX—,⁶⁰ en relación con quienes a ella compa-

⁶⁰ Es interesante observar que el Código Nacional de Procedimientos Penales refiere que “Todo acto de molestia deberá llevarse a cabo con respeto a la dignidad de la persona en cuestión” (Artículos 251, 252 y 266) y sobre esta base pasa a la regulación de los actos de investigación que no requieren autorización judicial y los que sí la requieren: inspección de lugares, objetos, instrumentos o productos del delito; inspección de personas; revisión corporal; toma de imágenes; reconocimiento de objetos, voces,

recen, el documento escrito ha perdido su razón de ser como fuente; ya que únicamente es medio de documentación, un registro más. La mayor de las resoluciones, verbigracia, la sentencia, es propiamente el *dictum* oral (el Artículo 404, párrafo segundo, del Código Nacional dispone que la sentencia producirá sus efectos desde el momento de su explicación verbal y no desde su formulación por escrito).

No obstante, existe una tendencia a seguir apegados al documento y sus formas. Se pierde de vista que la sentencia es, antes que todo, acto jurídico, y en el sistema oral ese acto se emite verbalmente, en audiencia, donde ya hay registro en audio o video. La sentencia-documento es un registro adicional, quizá más práctico para ciertos efectos. Por ello es verdadero el aserto de que en el sistema oral acusatorio

es necesario que ese documento público conste como expresión, título o prueba que dé certidumbre de la existencia misma del acto jurídico y perpetúe las manifestaciones en él asentadas, preservando así su contenido para el futuro y librando de posibles contradicciones o desconocimientos, a fin de brindar seguridad y confianza en cuanto a la valoración que la autoridad finalmente realizó respecto de los hechos y pruebas que conoció para resolver de determinada manera; tanto para la seguridad jurídica de los implicados, la potencial revisión de la forma de actuar de la autoridad y la posible ejecución misma del fallo.⁶¹

Esto, sin embargo, no debe obligarnos a trasladar toda la doctrina de la fundamentación y motivación del siglo XX a un sistema del siglo XXI. ¿Tendrá sentido que —salvo en la emisión de órdenes en materia de control de actos de investigación, a las que, según ya se hizo hincapié, siguen aplicables todas las consideraciones que nos vienen desde la Constitución de 1857— el juez o el tribunal acometan la empresa de ser prolijos, extensos, minuciosos, en sus versiones escritas; que empeñen el tiempo, valioso para las audiencias, en intentar acoplarse a los modos de una jurisprudencia diseñada para procedimientos escritos en los que las decisiones se toman desfasadas? La forma misma de las resoluciones tendría que ser replanteada: ¿habrá que expresar los fundamentos de la competencia —la cual se da por sentada—; referirse antecedentes para relatar el desarrollo del juicio —al cual han acudido

sonidos y en general realidades asequibles mediante percepción sensorial; localización geográfica en tiempo real; exhumación de cadáveres; reconocimiento o examen físico de personas; toma de muestras de fluidos corporales; cateo; intervención de correspondencia y comunicaciones privadas. Todos ellos, dice el Código, son *actos de molestia*.

⁶¹ Tesis con registro 162465. Véase, además, la exposición brillante sobre la sentencia-documento de COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, México, Ed. Nacional, 1981, pp. 289-297; pero constátese que es una doctrina esencialmente referida a sistemas escritos.

los destinatarios de la resolución y que por ello conocen—; invocar normas convencionales, jurisprudencia nacional e interamericana para cada consideración —aun y cuando el punto fuese menor o de explorado derecho—; hacer juicios de constitucionalidad o convencionalidad de cuestiones que no fueron planteadas en audiencia —y que por ello quedan fuera del radio de acción—; reiterar pasajes académicos que ya están de por sí en los libros de doctrina —y que las partes no quieren recibir? De algún modo hay que construir nuevas pautas, basadas quizás en esta directiva: la resolución escrita ha de contener sí un razonamiento, pero “sin que pueda exigirse formalmente mayor amplitud o abundancia que la expresión de lo estrictamente necesario para que substancialmente se comprenda el argumento expresado”,⁶² y en el que, en lugar del formalismo, se penetre en la médula, en la sustancia: *que el juez oral preserve derechos*.

En cuanto a lo primero, la idea que debe orientar a los jueces de oralidad (y, por supuesto, a los jueces de amparo, que eventualmente revisarán sus actos), cuando formulan las versiones escritas de sus sentencias y autos, es la que subyace en tesis como las siguientes, en las que subrayo la parte que estimo conducente:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL CUMPLIMIENTO A DICHA GARANTÍA TRATÁNDOSE DE RESOLUCIONES JURISDICCIONALES SE VERIFICA SIN QUE SE INVOQUEN DE MANERA EXPRESA SUS FUNDAMENTOS, CUANDO LOS RAZONAMIENTOS DE ÉSTAS CONDUZCAN A LAS NORMAS APLICADAS. La garantía de legalidad consagrada en el Artículo 16 de la Constitución Federal consiste en la obligación que tiene la autoridad de fundar y motivar todo acto de molestia que se dirija a los particulares, pero su cumplimiento se verifica de manera distinta tratándose de actos administrativos y de resoluciones jurisdiccionales. Lo anterior es así, porque en el acto administrativo que afecta de manera unilateral los intereses del gobernado, se debe cumplir con la formalidad de invocar de manera precisa los fundamentos del mismo, a efecto de que esté en posibilidad de conocer el sustento jurídico del acto que le afecta, mientras que la resolución jurisdiccional presupone el debido proceso legal en que se plantea un conflicto o una litis entre las partes, en el cual el actor establece sus pretensiones apoyándose en un derecho y el demandado lo objeta mediante defensas y excepciones, constituyendo la fundamentación de la resolución el análisis exhaustivo de los puntos que integran la litis, es decir, el estudio de las acciones y excepciones del debate, sin que se requiera de la formalidad que debe prevalecer en los actos administrativos, toda vez que dentro del citado análisis se dan razonamientos que involucran las disposiciones en que se funda la resolución, aun sin citarlas de forma expresa. En consecuencia, *aun cuando por regla general la autoridad emisora de una resolución jurisdiccional está obligada a fundar tal acto citando los preceptos con los que se cumpla esa exigencia, excepcionalmente,*

⁶² Tesis de registro 391564.

*si los razonamientos de la resolución conducen a la norma aplicada, la falta de formalidad puede dispensarse, de ahí que las resoluciones jurisdiccionales cumplen con la garantía constitucional de referencia sin necesidad de invocar de manera expresa el o los preceptos que las fundan, cuando de la resolución se advierte con claridad el artículo en que se basa.*⁶³

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, GARANTÍA DE SU ALCANCE. *No es válido pretender que todas y cada una de las afirmaciones que hagan los juzgadores al decidir las cuestiones planteadas ante su potestad tengan que ser individual y específicamente motivadas y fundadas, ya que lo que exige el Artículo 16 constitucional es que para molestar a alguien en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones debe existir mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, debiéndose entender éste como un todo.*⁶⁴

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, EXCEPCIÓN A LA REGLA DE QUE DEBE EXISTIR EN TODA RESOLUCIÓN. Si bien es cierto que de conformidad con la tesis de jurisprudencia número 153, visible en la página 248, Octava Parte, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de los años de 1917 a 1985, la fundamentación y motivación deben constar en la propia resolución que emita alguna autoridad, también es verdad que esa regla tiene como excepción la circunstancia de que los documentos en que se apoye la fundamentación y motivación del acto o resolución, sean del pleno conocimiento del gobernado al que va dirigido, hipótesis en la que no existe violación al Artículo 16 constitucional.⁶⁵

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. VIOLACIÓN FORMAL Y MATERIAL. Cuando el Artículo 16 constitucional establece la obligación para las autoridades de fundar y motivar sus actos, dicha obligación se satisface, desde el punto de vista formal, cuando se expresan las normas legales aplicables, y los hechos que hacen que el caso encaje en las hipótesis normativas. Pero para ello basta que quede claro el razonamiento substancial al respecto, *sin que pueda exigirse formalmente mayor amplitud o abundancia que la expresión de lo estrictamente necesario para que substancialmente se comprenda el argumento expresado*. Sólo la omisión total de motivación, o la que sea tan imprecisa que no dé elementos al afectado para defender sus derechos o impugnar el razonamiento aducido por las autoridades, podrá motivar la concesión del amparo por falta formal de motivación y fundamentación. Pero satisfechos estos requisitos en forma tal que el afectado conozca la esencia de los argumentos legales y de hecho en que se apoyó la autoridad, de manera que quede plenamente capacitado para rendir prueba en contrario de los hechos aducidos por la autoridad, y para alegar en contra de su argumentación jurídica, podrá concederse, o no, el amparo, por incorrecta fundamentación y motivación desde el punto de vista material o de contenido pero no por violación formal de la garantía de que se trata, ya que ésta comprende ambos aspectos.⁶⁶

⁶³ Tesis con registro 191358.

⁶⁴ Tesis con registro 217682.

⁶⁵ Tesis con registro 228473.

⁶⁶ Tesis con registro 391564.

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. CUÁNDO PUEDE CONSTAR EN RESOLUCIÓN DISTINTA A LA QUE CONTENGA LA SENTENCIA RECLAMADA. Una excepción a la regla de que la fundamentación y motivación debe constar en el cuerpo de la sentencia y no en documento distinto, se da cuando el tribunal de alzada, en materia penal, al cumplir con la obligación de suplir la deficiencia de la queja, hace suyas las consideraciones, razonamientos y fundamentos de la sentencia de primer grado y remite a éstas, ya que se trata de sentencias vinculadas, pues en ese supuesto no es requisito indispensable que el acto de molestia reproduzca literalmente los razonamientos que lo llevaron a las mismas conclusiones de la sentencia que se revisa, sino que basta con que se haga remisión a ella. Lo anterior no puede traer consigo un estado de indefensión al quejoso, ya que conoce, tanto la de primera como la de segunda instancia; por ende, si pretende impugnar esta última mediante el juicio constitucional, sus posibilidades de defensa son las mismas, pues no ignora las razones y fundamentos de ambas.⁶⁷

COMPETENCIA. LA GARANTÍA FORMAL DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN NO ES EXTENSIVA A LA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS PÚBLICOS. De una sana interpretación del Artículo 16 constitucional, se llega a la conclusión de que la garantía formal de fundamentación y motivación no es extensiva a la competencia de los órganos públicos, la que por sí misma constituye una garantía de seguridad jurídica distinta de aquélla, sino que tal garantía debe entenderse referida a la "causa legal del procedimiento", es decir, al contenido mismo del acto, a los hechos y preceptos determinantes de la decisión, y no en relación con el título de legitimación de la autoridad. De lo anterior se concluye que las exigencias consagradas por el Constituyente en el precepto de mérito deben tenerse por satisfechas si el acto de molestia y, por mayoría de razón, el de privación, está precedido de un mandamiento escrito de autoridad competente, siempre que dicha competencia se encuentre prevista de una norma jurídica idónea debidamente publicada en el Diario Oficial de la Federación o, en su caso, la Gaceta Oficial de difusión, en términos del principio de publicidad positivizado en el artículo tercero del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Estas reflexiones llevaron a este Tribunal Colegiado de Circuito a abandonar el criterio que se contiene en la tesis consultable en el Informe de Labores del año de 1983, Tercera Parte, página 94, con el rubro de "FUNDAMENTACIÓN, CARACTERÍSTICAS DEL ACTO DE AUTORIDAD CORRECTAMENTE FUNDADO. FORMALIDAD ESENCIAL DEL ACTO ES EL CARÁCTER CON QUE LA AUTORIDAD RESPECTIVA LO SUSCRIBE Y EL DISPOSITIVO, ACUERDO O DECRETO QUE LE OTORQUE TAL LEGITIMACIÓN", variación que desde luego no significa colocar al particular en una situación desventajosa frente a la que goza la autoridad pues basta que exprese su incertidumbre respecto de la competencia de ésta, para que el órgano jurisdiccional esté obligado a examinar escrupulosamente el título de actuación de la autoridad, de manera que un examen irregular por parte del juzgador siempre podrá ser motivo de revisión por el órgano de control constitucional.⁶⁸

⁶⁷ Tesis con registro 194414.

⁶⁸ Tesis con registro 221571.

En estas pautas jurisprudenciales se opta por descartar formalismos y concentrar esfuerzos en aspectos más bien pragmáticos: la versión escrita de una resolución judicial no tiene por qué ser una pieza amplia y cargada; entre la levedad y el peso, eligen la liviandad.

En cuanto al segundo aspecto, el referido a la médula, al contenido de la decisión, el nuevo Artículo 1º constitucional, primer párrafo, impone un cambio a la forma ordinaria de entender las garantías individuales. En este caso en particular es evidente: si se tiene el deber de preservar derechos de rango máximo (de fuente constitucional y de fuente convencional), "es innegable que no sólo puede reconocerse una dimensión adjetiva o formal en el derecho a la debida fundamentación y en su caso también a la debida motivación, sino también una dimensión sustantiva que implica obligaciones adicionales más allá del mero cumplimiento de la formalidad".⁶⁹ Fundar y motivar ya no sólo puede verse en un sentido sólo instrumental.

Retomo aquí la clásica cita de Beccaria sobre el silogismo judicial: "Pondrase como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena". Es útil para explicar la relación de la sentencia con lo sustantivo: el órgano jurisdiccional escoge la norma con la que construirá su solución; considera probados algunos hechos a los que debe dar tratamiento jurídico y emite un enunciado para adjudicar derechos y obligaciones. En cualquiera de estas fases existe el deber de preservar derechos de rango máximo. Llegó el momento de verlo parte por parte.

6. LA PREMISA MAYOR

El juez ha de cuestionarse si la premisa normativa se adecua a los cánones constitucional y convencional, esto es, si la norma que sirve de base para dar solución al caso no contraviene normas de ese rango. ¿Cómo distinguir si la premisa normativa es constitucional o convencional o, por el contrario, inconstitucional o inconvencional? Hay quienes se apresuran a decir que una ley es inconstitucional o inconvencional cuando contraviene a la Constitución o una Convención y con eso piensan haber zanjado la cuestión. La respuesta no convence: implica una regresión *ad infinitum*. Como si a la pregunta de

⁶⁹ PÉREZ JOHNSTON, Raúl, "Artículo 16. Actos de molestia", en *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, op. cit., p. 1546.

qué es el sol se contestara que es una estrella que brilla de día, sin percatarse de que lo que define al día es precisamente la presencia o ausencia del sol.

Permítanme sugerir esta idea, y ya dictaminarán ustedes, cuando la examinen con holgura de tiempo, si posee alguna virtud: la inconstitucionalidad o la inconventionalidad de las leyes es la situación en que se halla una norma vigente en un lugar y momento determinados, contenida —explícita o implícitamente— en uno o más artículos de cualquier ordenamiento formal y materialmente tenido como ley en relación con cualesquier otra norma vigente para el mismo lugar y momento contenida —explícita o implícitamente— en uno o más artículos de la Constitución o de una convención—, y una situación tal en la que, superados posibles problemas de interpretación y ciertos ya del significado de cada una, la primera resulta incompatible con la segunda, en el sentido de que, para el operador jurídico, satisfacer el contenido de aquella implica no satisfacer el de ésta. Una norma es inconstitucional si por satisfacerla, la constitucional se ve insatisfecha. Una norma es inconventional si al satisfacer su contenido se deja de satisfacer el contenido de la norma internacional.⁷⁰

Ejemplifiquémoslo (el caso que expondré versa sobre un juez del sistema tradicional; ello no importa para efectos de mi propósito, que es ilustrar el método que permitirá discernir si una norma es inconstitucional o inconventional, pues lo mismo deberá pensar un juez de uno u otro sistema). La Suprema Corte ha sentado jurisprudencia firme en cuanto a la inconstitucionalidad de las leyes penales que establecen tipos en blanco, cuando para la integración de la figura delictiva hay que acudir a normas que no tienen el rango y fuerza de ley. La tesis dice así:

NORMAS PENALES EN BLANCO. SON INCONSTITUCIONALES CUANDO REMITEN A OTRAS QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE LEYES EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL. LOS denominados “tipos penales en blanco” son supuestos hipotéticos en los que la conducta delictiva se precisa en términos abstractos y requiere de un complemento para integrarse plenamente. Ahora bien, ordinariamente la disposición complementaria está comprendida dentro de las normas contenidas en el mismo ordenamiento legal o en sus leyes conexas, pero que han sido dictadas por el Congreso de la Unión, con apoyo en las facultades expresamente conferidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En consecuencia, las “normas penales en blanco” no son inconstitucionales cuando remiten a otras que tienen el carácter de leyes en sentido formal y material, sino sólo cuando reenvían a otras normas que no tienen este carácter —como

⁷⁰ *Mutatis mutandis*, BONILLA LÓPEZ, Miguel, *Tribunales, normas y derechos. Los derechos de rango máximo y la inconstitucionalidad de la ley en la jurisprudencia mexicana*, México, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 260-262.

los reglamentos—, pues ello equivale a delegar a un poder distinto al legislativo la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal, cuando es facultad exclusiva e indelegable del Congreso de la Unión legislar en materia de delitos y faltas federales.⁷¹

Como se aprecia, para la Corte la inconstitucionalidad de las leyes federales que establecen tipos penales en blanco deviene de su falta de apego al mandato constitucional de que los delitos deben estar previstos precisamente en leyes emitidas por el Congreso, al tenor de los Artículos 14, tercer párrafo, y 73, fracción XXI, inciso b), de la Constitución. Sobre esta noción de la jurisprudencia se han resuelto casos concretos. En los mismos precedentes donde se sostuvo lo anterior, por ejemplo, se determinó la inconstitucionalidad del Artículo 171, fracción II, del Código Penal Federal, en tanto que establece como delito manejar vehículos de motor en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas enervantes si es que, a la vez, se infringe el reglamento de tránsito (que emite no una asamblea legislativa, sino el Poder Ejecutivo). La remisión a esta clase de ordenamientos que carecen del rango y fuerza de ley es contraria al principio de que la ley penal debe ser obra exclusiva de la autoridad legislativa:

ATAQUES A LAS VÍAS DE COMUNICACIÓN. LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL QUE PREVÉ ESE DELITO, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE EXACTA APLICACIÓN Y RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL. A la luz de los principios de exacta aplicación y reserva de ley en materia penal contenidos, respectivamente, en los Artículos 14, tercer párrafo, y 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se requiere que las leyes penales provengan del órgano legislativo y describan con claridad y precisión la conducta delictiva y las sanciones correspondientes, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, por lo que es indispensable que tanto los delitos como las sanciones estén previstos en una ley en sentido formal y material, con lo cual se proscriben las denominadas “normas penales en blanco” o “de reenvío”, que remiten a un reglamento emitido por el Poder Ejecutivo para conocer el núcleo esencial de la prohibición. Por tanto, el Artículo 171, fracción II, del Código Penal Federal, al prever una conducta delictiva compuesta de dos condiciones: manejar en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas enervantes vehículos de motor e infringir reglamentos de tránsito y circulación, viola los mencionados principios constitucionales en tanto que remite a la mera infracción de dichos reglamentos para conocer e integrar uno de los elementos esenciales del tipo, lo cual

⁷¹ Tesis con registro 170250. Algún matiz se ha querido imprimir en materia de delitos ambientales. Hay tesis aisladas de la Primera Sala que sostienen que es permisible cierto grado de remisión de la ley a la norma administrativa y, en particular, a las declaratorias de veda. Véanse las tesis con registro 159911 y 159909. En contrapartida, hay criterio del Pleno, contemporáneo de los de la Primera Sala, en donde se sostiene algo diametralmente opuesto en relación con delitos ambientales y las normas oficiales mexicanas (véase la discusión relativa a la acción de inconstitucionalidad 6/2010, fallada por mayoría de 8 votos el 5 de junio de 2012).

tiene como efecto que el contenido de la ley penal pueda variar por la sola voluntad del Ejecutivo Federal, modificándola de facto a través de normativas administrativas y sin necesidad de acudir a los procesos legislativos ordinarios, lo que trastoca el ejercicio de la facultad exclusiva del Congreso de la Unión para legislar en materia de delitos y faltas federales.⁷²

Según puede verse, conforme al argumento de la Corte, el Artículo 171, fracción II, del Código Penal Federal es inconstitucional, puesto que de satisfacer su contenido, se dejaría de satisfacer el contenido de los Artículos 14, tercer párrafo y 73, fracción XXI, inciso b), de la Constitución.

Ahora pensemos que a un juez le es consignada una averiguación previa a fin de que decida si al inculpado debe sujetársele a proceso por la comisión del ilícito previsto en el 171, fracción II... Los hechos están probados, de eso no hay duda: policías de caminos detuvieron a una persona en estado de ebriedad que conducía un vehículo automotor en una carretera federal, excediendo la velocidad permitida en el reglamento. Si el precepto ha sido calificado de inconstitucional en jurisprudencia firme por la Suprema Corte, ¿el juez podría decidir afirmativamente la cuestión con base en él? Parece que no, pues de hacerlo así desconocería que su premisa mayor vulnera uno de los principios fundamentales de la justicia penal: *nullum crimen sine lege*, previsto como derecho fundamental en el Artículo 14 de la Constitución.⁷³

Respecto del ejemplo que he explorado con ustedes, podría objetarse que la razón que explica el proceder del juez es la existencia de una jurisprudencia obligatoria, y que ello no podría ocurrir si ésta no existiera. La objeción, al menos ahora, no puede prosperar. Recordemos que a raíz de la resolución del Pleno de la Suprema Corte en el expediente Varios 912/2010 se ha vuelto un tópico firme la posibilidad (y más aún, la necesidad) del control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad de las normas que ha de aplicar el juez al resolver el litigio que le ocupa. En el caso que propongo, aun sin jurisprudencia firme, sería inviable dar cauce a un juicio por causa de delito que en verdad resulta contrario a la Constitución.

La doctrina de la Corte puede resumirse así: en el orden jurídico mexicano coexisten dos modelos de control de constitucionalidad, predicables *exclusivamente* en favor de los órganos jurisdiccionales (las demás autoridades del país, dice la Corte, tienen la obligación ineludible de aplicar las normas correspondientes, en su ámbito competencial, sin cuestionar de ningún modo

⁷² Tesis con registro 170393.

⁷³ BONILLA LÓPEZ, Miguel, "Los jueces y los fiscales ante las leyes penales en blanco", en *Sobre la judicatura...*, op. cit., pp. 211-230.

su validez. Su único deber es el de interpretarlas del modo más favorable a la persona).

Al primero se le conoce como *control concentrado*. Esto porque parte de un sistema de reglas expresas que confieren sólo a los órganos del Poder Judicial de la Federación la facultad de decidir si una norma de rango secundario es o no compatible con las de rango máximo. Si consideran que no, la excluyen del orden jurídico. Este sistema se ejerce a través de acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y el amparo en sus vías directa e indirecta. En verdad, lo que en esta clase de procedimientos se juzga es una ley que alguien sostiene que contraviene la Constitución.

El segundo sistema, llamado *control difuso*, es muchísimo más reciente. Podría decirse que entre nosotros su acta de nacimiento es el expediente Varios 912/2010. Conforme a este sistema, el resto de los jueces del país, en los procesos que de ordinario resuelven y sin necesidad de abrir artículo por separado, tienen la potestad de examinar la adecuación de la norma que en principio tendrán que aplicar a normas de orden superior. No juzgan una ley que alguien combate; dilucidan si la ley con la que deben resolver el caso es conforme con la Constitución o con los Derechos Humanos que de ella derivan o de instrumentos internacionales.⁷⁴

El control difuso parte de la premisa de que la ley aplicable aparece al juez como "sospechosa", y por ello, "de cara a los parámetros de control de los Derechos Humanos", tiene el deber de sujetarla a escrutinio; en contrapartida, "cuando una norma no genera sospechas de invalidez para el juzgador, por no parecer potencialmente violatoria de Derechos Humanos, entonces no se hace necesario un análisis de constitucionalidad y convencionalidad".⁷⁵

La categoría de "sospechosa" parte de su contraste con a) los Derechos Humanos contenidos en la Constitución Federal y la jurisprudencia relativa del Poder Judicial de la Federación; b) los Derechos Humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte; y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.⁷⁶

Si de ese contraste los jueces concluyen que la ley que regula el caso es contraria a dichos parámetros, están obligados a inaplicarla. Pero para que esto pueda ocurrir, los jueces tienen que seguir este itinerario: primero, efec-

⁷⁴ Tesis con registro 160480.

⁷⁵ Tesis con registro 2005622.

⁷⁶ Tesis con registro 160526.

tuar lo que la Corte llama “interpretación conforme en sentido amplio”, es decir, “interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia”; después, realizar la interpretación conforme al sentido estricto, esto es, que si “hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte”. Si pese a estos dos ejercicios no puede, por así decirlo, “rescatar” la ley en cuestión, tienen el deber de inaplicarla.⁷⁷ Esto no significa “que les esté atribuido hacer 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”.⁷⁸

Hasta donde entiendo, “inaplicar” una ley significa que a quien corresponde realizar su contenido se abstiene de obrar como ésta indica, sobre la base de un juicio de contraste del que resulta que la acción ordenada por la norma o los efectos producidos por su ejecución devienen contrarios en sí mismos a normas sustantivas de rango superior pertenecientes a la Constitución o a algún tratado de Derechos Humanos vigente para nuestro país (esto es, se dejaría de satisfacer lo previsto en éstos). El juez actúa, entonces, como si la norma cuestionada no existiera. Lo que le sirve para decidir el caso es el contenido normativo de la Constitución y de los tratados internacionales y, en específico, sus normas de Derechos Humanos, de modo que, a partir de principios generales, construye una solución particular.

Se trata de un poder inmenso.

7. LA PREMISA MENOR

Conforme a la teoría del silogismo judicial, la premisa menor está constituida por los hechos probados y relevantes, de los que cabe verificar si se adecuan o no al supuesto fáctico de la norma. También aquí el juez tiene el deber de preservar esos estados de cosas a los que acostumbramos llamar derechos, ello en beneficio de quienes litigan ante él (mejor todavía: en beneficio de la finalidad del proceso). El juez puede mal actuar en este ámbito y la doctrina

⁷⁷ Tesis con registro 160525.

⁷⁸ Tesis con registro 160589.

resume las hipótesis: que al resolver prescinda de la prueba decisiva, invoque pruebas inexistentes, relacione hechos que contradigan abiertamente los hechos que sí es factible desprender de autos o que produzca afirmaciones dogmáticas que no se sustenten en probanza alguna.⁷⁹ En cualquiera de estos casos se vulnerarían derechos adjetivos de rango superior (los de debido proceso).

Una hipótesis particularmente relevante es la que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en fecha reciente, ha empezado a construir en el ámbito penal (en el sistema tradicional, pero igualmente válida para el acusatorio). Puede denominarse como teoría de la prueba ilícita: el proceso no debe ser contaminado con probanzas espurias. Sus rasgos fundamentales son los siguientes: es válido proclamar la existencia de un principio constitucional de prohibición o exclusión de la prueba ilícita que dicta que ningún individuo puede ser juzgado a partir de pruebas cuya obtención se encuentre al margen de las exigencias constitucionales y legales.⁸⁰ Su función es “eliminar del caudal probatorio aquellas pruebas que hayan sido obtenidas contraviniendo las normas constitucionales; esto, sin embargo, no afecta la validez del proceso, ya que el juez podrá valorar el resto de pruebas no afectadas, ya sea en ese momento procesal o en una futura reposición del procedimiento”.⁸¹ Este derecho permite exigir la nulidad de la prueba ilícita durante todo el proceso.⁸²

El efecto de esa “nulidad” es que esta clase de pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando derechos fundamentales, no puedan surtir efecto procesal alguno. La Corte dice: “Esta afirmación afecta tanto a las pruebas obtenidas por los poderes públicos, como a aquellas obtenidas, por su cuenta y riesgo, por un particular. Asimismo, la ineficacia de la prueba no sólo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental, sino también a las adquiridas a partir o a resultados de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales”.⁸³

Un ejemplo: con base en una escucha telefónica no autorizada judicialmente (recordemos que en nuestro derecho positivo esto se limita taxativamente: investigaciones en materia de delincuencia organizada, de delitos graves y de salvaguarda de la seguridad nacional), se pretende obtener condena.

⁷⁹ CARRIÓ, Genaro R., “Sentencia arbitraria”, en *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006, pp. 281-299.

⁸⁰ Tesis con registro 2003885.

⁸¹ Tesis con registro 2003554.

⁸² Tesis con registro 160509.

⁸³ Tesis con registro 161221.

El audio interceptado, que el actor ofrece como prueba, en efecto contiene una narración de la que perfectamente se desprende la responsabilidad del demandado. No obstante, el registro de la conversación no fue obtenido ni es aportado por ninguno de los participantes de la misma. Esa prueba no puede tener valor y no ha de ser considerada al momento de resolver. Darle peso probatorio implicaría desconocer derechos, no sólo los adjetivos que regulan la prueba, sino los sustantivos que hubiesen sido violados al obtenerla:

INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL. LAS GRABACIONES DERIVADAS DE UN ACTO DE ESA NATURALEZA CONSTITUYEN PRUEBAS ILÍCITAS QUE POR MANDATO EXPRESO DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL CARECEN DE TODO VALOR PROBATORIO. En los párrafos noveno y décimo del citado precepto constitucional se establece el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, que únicamente la autoridad judicial federal podrá autorizar su intervención, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, en la inteligencia de que esas autorizaciones no podrán otorgarse cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativa ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor y que los resultados de cualquier intervención autorizada que no cumpla con los requisitos legales aplicables carecerán de todo valor probatorio. Ante ello, debe estimarse que el Poder Reformador de la Constitución consignó la prevalencia, en todo caso, del referido derecho fundamental sobre el derecho de defensa y de prueba garantizados en los Artículos 14 y 17 de la propia Constitución, prerrogativas que se encuentran sujetas a limitaciones establecidas para sujetar al principio de legalidad la disciplina probatoria y para garantizar que la actividad jurisdiccional se lleve a cabo en estricto cumplimiento al marco constitucional y legal aplicable, por lo que cualquier grabación derivada de la intervención de una comunicación privada que no se haya autorizado en términos de lo establecido en el Artículo 16 constitucional constituye una prueba ilícita que carece de todo valor probatorio.⁸⁴

8. LA CEREZA DEL SILOGISMO

En un tercer momento es pertinente para el juez determinar si vulnera derechos. La solución de un caso significa, al final, enunciar si una conducta está ordenada o prohibida o si un cierto estado de cosas es posible o no. En esta parte del trabajo judicial también es palmario que cabe hacer un juicio de valor sobre si la solución, en sí misma considerada, es compatible con normas de rango máximo de las que derivan Derechos Humanos.

Permítanme retomar aquí lo que establecí páginas atrás: Derechos Humanos son los estados de cosas que derivan de las normas constitucionales

⁸⁴ Tesis con registro 169859.

o convencionales aplicables dentro del territorio nacional, creadas para la protección de intereses especialmente relevantes de los individuos o de las colectividades que éstos conforman (relevantes por su conexión con valores tales como: dignidad individual, libertad personal, igualdad interpersonal, solidaridad social, ciudadanía política y justa administración de justicia de acuerdo al Derecho).

Dentro de estos estados de cosas que devienen de tales entramados normativos, los seres humanos somos capaces de producir acciones (disfrutar, crear cambios institucionales, exigir prestaciones debidas, impugnar los actos que interfieren con el disfrute) o de vernos favorecidos por las de otros (como la protección debida a cargo de terceros) —acciones conceptualmente unidas a aquellos intereses—; todo lo cual constituye límites tales para el Estado que los actos que éste cometa trastocándolos (al imponernos indebidamente cargas, bien sea obstaculizando o impidiendo que produzcamos dichas acciones o que nos veamos favorecidos por las de otros) se reputan inválidos y dan lugar a la restitución de su goce.

La solución que ofrezcan los tribunales a los casos que son sometidos a su conocimiento ha de ser compatible con los Derechos Humanos. Si la solución dada a un caso por parte de un juez local impone una carga (y siempre lo hace, porque es propio de las resoluciones judiciales imponer una conducta o la sujeción a un estado de cosas), esta carga debe ser conforme a derecho y no ha de impedir ni obstaculizar que esos estados de cosas benéficos se realicen en las partes.

Robert Alexy⁸⁵ sostiene que lo primero ocurre cuando el Estado, *contra Derecho*, crea circunstancias que hacen fácticamente imposible al derecho-habiente realizar la acción que constituye la esencia del derecho (o, agrego, ser recipiendario de la acción de otro); lo segundo, cuando el Estado crea circunstancias que *dificultan* al derecho-habiente realizar o recibir dicha acción, incluso al grado de impedirlo *jurídicamente* (a mi modo de ver, estas circunstancias pueden perfectamente ser llamadas “cargas”: carga como la obligación de asumir una determinada conducta impuesta por una autoridad que actúa, al menos *prima facie*, amparada por una potestad pública, que el individuo puede repudiar al considerarla contraria a Derecho, esto es, que lo agravia).⁸⁶ Impide la realización del derecho de libertad, el agente del Ministerio Público que detiene a una persona sin que medie flagrancia ni se

⁸⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 166 -168.

⁸⁶ BONILLA LÓPEZ, Miguel, *Tribunales...*, op. cit., pp. 15-35.

actualicen las condiciones del caso urgente; obstaculiza el derecho de defensa si, además, no le da a conocer las causas de la detención.

Quiero ejemplificar lo anterior con un caso concreto, actual y real. No con una sentencia y ni siquiera con un auto interlocutorio. Haré uso de un acuerdo de trámite: el que ordena el archivo del expediente (esto muestra, además, que la satisfacción de los derechos que devienen de los ordenamientos supremos puede darse en todos los productos de la actividad judicial).

En la clase de juzgado a la que estoy adscrito (uno especializado en cateos, arraigos e intervención de comunicaciones), cuando se libra una orden de allanamiento y ha sido ya ejecutada por el Ministerio Público, lo que se espera es que éste remita el acta con todas las formalidades, el material fotográfico del que se desprenda el desarrollo de la diligencia y las certificaciones correspondientes. Con esta información, el Juzgado no tiene ya más actuaciones para desahogar y se ordena el archivo. Cesa su actividad jurisdiccional y lo que sigue es del ámbito netamente administrativo. El cuaderno se deposita en unas bodegas que sirven como archivo dentro del inmueble donde se ubica el órgano. Pasados tres años, el expediente se transfiere a un diverso archivo de concentración general para todos los tribunales y juzgados federales, en donde el cuaderno ya no está sujeto a la guarda y custodia del órgano que lo remite. Lo mismo ocurre con las intervenciones de comunicaciones que concluyen. En la generalidad de los casos esto no significa ningún problema y no hay reparo que hacer: ¿qué puede haber más monótono, rutinario y simple que mandar al archivo un expediente?

Al poco tiempo de haber tomado posesión del Juzgado, sin embargo, se presentaron varias solicitudes de cateo y de intervención de comunicaciones vinculadas con la creación, almacenamiento y distribución de imágenes y videos de pornografía infantil a través de redes informáticas. En estas peticiones, entre el material probatorio exhibido por el Ministerio Público, necesariamente, se encontraban las fotografías o videograbaciones interceptadas, en las que, por supuesto, aparecían las víctimas.

Una vez desahogado el cateo o concluida la intervención, sin más trámite pendiente, ¿era conducente enviar al archivo los cuadernos, en los que, entre sus fojas, obraban las imágenes de menores de dieciocho años sufriendo actos de pornografía? Consideré que sí, *pero sin constancia de las imágenes*. Concluí que de remitir los cuadernos con las fotografías se podía poner en riesgo un derecho de fuente internacional fundamental de los menores de edad, esto es, que podía ser trastocado en su perjuicio uno de esos valiosos estados de cosas que llamamos "Derechos Humanos". La solución que adopté es esta: una vez resuelto el asunto y ejecutada la orden de cateo por la autoridad mi-

nisterial, las imágenes dejan de tener utilidad procesal. Sobre esta base y en apego al deber de atender al interés superior del niño (que no significa sino realizar en los casos concretos los derechos que para las personas menores de dieciocho años prevén la Convención de los Derechos del Niño y los ordenamientos del derecho interno de cada Estado o del Derecho Internacional aplicable en dicho Estado), a efecto de no vulnerar derechos fundamentales, antes del envío del cuaderno al archivo, deben desglosarse las fojas donde obran las imágenes mencionadas y ser destruidas ante la presencia del Secretario, previa foja de sustitución y certificación que se deje en autos.

La base normativa de esto es el conjunto conformado por los Artículos 1º, párrafos primero, segundo y tercero; 4º, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 2.1, 3.1 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y 8.1 inciso e), y 8.3 del Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño, relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía (instrumentos internacionales de aplicación plena y obligatoria para todas las autoridades del país), de los que se desprende el deber jurídico para cualquier órgano del Estado de proteger la intimidad o identidad de los niños víctimas de pornografía infantil y de tomar medidas que tiendan a evitar la divulgación de información que pudiera llevar a su identificación.

Alguien podría objetar que este proceder contravendría los Artículos 18, primer párrafo, y 19 del Código Federal de Procedimientos Penales, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 18. Inmediatamente después de que se hayan asentado las actuaciones del día o agregado los documentos recibidos, el secretario foliará y rubricará las hojas respectivas y pondrá el sello del tribunal en el fondo del cuaderno de manera que abrace las dos caras.

Artículo 19. Las actuaciones se asentarán en los expedientes en forma continua, sin dejar hojas ni espacios en blanco; y cuando haya que agregar documentos, se hará constar cuáles son las fojas que les corresponden.

Si, en efecto, estas dos disposiciones contravinieran las normas de fuente internacional, habría que preferir éstas: dejar de satisfacer el contenido de normas de rango máximo por dejar satisfecho el contenido de normas secundarias no es proceder adecuadamente. A quienes actuaran así se les tildaría, con justa razón, de "formalistas". Sin embargo, creo que no estamos frente a un caso de ver cuál es el contenido normativo que debe prevalecer y ni siquiera ante uno de ponderación.

La *ratio legis* que anima las dos disposiciones adjetivas es la de evitar que los expedientes sean alterados, sustrayendo o adicionando actuaciones que no hayan sido previamente puestas a disposición del juez para su acuerdo y conservar en forma indubitable el desarrollo del procedimiento a través de los documentos sobre los que se desenvuelve. Estas finalidades, empero, se han visto colmadas en los asuntos que refiero, desde su inicio y hasta su culminación, y como ya no subsiste la necesidad de tener a la vista dentro del procedimiento las imágenes mencionadas, al haberse agotado en definitiva su objeto, conservarlas en un expediente que será remitido al archivo deja de tener sentido y más si hacerlo podría poner en riesgo los derechos de los menores que derivan de las normas transcritas.

Así decidí. Atendí a preceptos de fuente internacional de los que derivan derechos a favor de los niños. Di solución a un caso: ofrecí un enunciado que estimo compatible con esos estados benéficos a los que se llama derechos fundamentales.

9. CONCLUSIONES

Para quienes tienen en la judicatura su oficio es pacífico considerar que el juez, por definición, es un tercero imparcial cuya única misión (y satisfacción) es salvaguardar el proceso y dirimir litigios con arreglo a Derecho.

Tiene como debido preservar, mantener vigentes, evitar trastocar los derechos de quienes participan en el proceso (partes y terceros), y es durante su desarrollo, sobre todo, en la acción de decidir las disputas, que ese deber adquiere toda su fuerza. En sus decisiones, el juez escoge la norma con la que construirá su solución, considera probados ciertos hechos a los que debe dar tratamiento jurídico y emite un enunciado adjudicando derechos y obligaciones. En cualquiera de estas tres faenas existe para él el deber de preservar derechos de rango máximo: mantenerlos vigentes para las partes a quienes correspondan, evitar trastocarlos.

Estos deberes devienen del nuevo Artículo 1º, primer párrafo, en relación con el primer párrafo del 16, ambos de la Constitución, que imponen un tratamiento sustantivo antes que sólo formal; no obstante, el deber de fundar y motivar, y de emitir precisamente mandamiento escrito adquiere (debe adquirir) nueva fisonomía en el ámbito del sistema de enjuiciamiento oral: agilidad, liviandad, sutileza en oposición a lo lento, lo pesado, lo abigarrado. No puede darse el trato jurisprudencial del siglo XX a las formas del sistema acusatorio.