

HESBERT BENAVENTE CHORRES

El amparo y su relación con el sistema acusatorio

10

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



EL AMPARO Y SU RELACIÓN CON EL SISTEMA ACUSATORIO

COLECCIÓN JUICIOS ORALES COORDINADA POR
JORGE WITKER Y CARLOS NATARÉN

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie JUICIOS ORALES, Núm. 10

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Ricardo Hernández Montes de Oca
Héctor Yeraldó Arias Alamilla
Cuidado de la edición

Ricardo Hernández Montes de Oca
Formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez
Elaboración de portada

HESBERT BENAVENTE CHORRES

EL AMPARO
Y SU RELACIÓN
CON EL SISTEMA
ACUSATORIO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2016

Esta obra fue dictaminada por sus pares académicos
y aprobada para su publicación por la Comisión Editorial
del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Primera edición: 21 de noviembre de 2013
Primera reimpresión: 26 de julio de 2016

DR © 2016, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Círculo Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN obra completa 978-607-02-4793-4
ISBN volumen 978-607-02-4988-4

CONTENIDO

Presentación	IX
Héctor Fix-Fierro	
I. Estado de la cuestión: ¿qué reformamos?	1
II. Inicio del proceso penal.....	9
III. El objeto del proceso penal	23
IV. Actos reclamables en la investigación preliminar sin detenido	37
V. Actos reclamables en la investigación preliminar con detenido	71
VI. Los actos reclamables en la investigación complementaria	87
VII. Los actos reclamables en la etapa intermedia	129
VIII. Los actos reclamables en la etapa de juicio oral ..	137
IX. Balance final	139
Bibliografía.....	141

El amparo y su relación con el sistema acusatorio, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 26 de julio de 2016 en los talleres de Editorial Color, S. A de C. V., Naranjo 96 bis, colonia Santa María la Ribera, 06400 Ciudad de México, tel. 5547 3540. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural de 57 x 87 de 75 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros, consta de 1000 ejemplares (impresión *offset*).

PRESENTACIÓN

La reforma constitucional de 2008 en materia penal plantea grandes desafíos de carácter técnico, humano y de reingeniería institucional, lo cual exige nuestra atención teórica-reflexiva.

En efecto, la transición que experimentan los sistemas penales mexicanos (local y federal), sugieren la realización de estudios empíricos y comparados que iluminen el proceso de cambio que hoy presenciamos desde los estados hacia la federación.

La seguridad pública, la prevención, la persecución y la procuración de justicia se armonizan a los parámetros constitucionales con horizontes temporales, precisos a culminar en 2016. Así la publicidad, contradicción, continuidad e inmediación, junto a la metodología de audiencias orales y posibles expedientes electrónicos deberán asimilarse en el nuevo sistema penal para la democracia en desarrollo.

En consecuencia, dichas dinámicas culturales e institucionales están en curso, detonadas por entidades federativas pioneras, las que en grados distintos, de diseños legislativos e implementación, se acoplan a principios de transparencia, publicidad y rendición de cuentas que rigen las políticas públicas actuales.

A cubrir y desarrollar tópicos diversos bajo el prisma del derecho comparado, que integran el universo de la reforma constitucional y legal en materia penal, y a registrar, experiencias internacionales y locales comparadas. Esta colección monográfica de Juicios Orales está destinada a cubrir y desarrollar tópicos bajo el prisma del derecho comparado, que integra el universo de la reforma constitucional y legal en materia penal, y a registrar experiencias internacionales y locales comparadas; misma que se ofrece a estudiosos, académicos y operadores de este nuevo sistema de justicia y reingeniería institucional penal en gestación.

X

PRESENTACIÓN

Este nuevo esfuerzo editorial de nuestro Instituto está coordinado por los doctores Carlos Natarén y Jorge Witker, miembros de nuestra comunidad académica, responsables de la calidad y continuidad de esta colección.

Héctor FIX-FIERRO

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN: ¿QUÉ REFORMAMOS?

En la actualidad, tema recurrente en los foros es el debate en cuanto al contenido de la reforma de la Ley de Amparo con la finalidad que se adecue, entre otros temas, con el sistema acusatorio adoptado en el artículo 20 constitucional reformado el 18 de junio de 2008. Sin embargo, consideramos que el análisis se ha orientado a un solo sentido: qué reforma requiere el proceso constitucional del amparo para que pueda responder a las exigencias del nuevo proceso penal; cuando en realidad el debate presenta varias aristas, entre ellas: cómo las decisiones judiciales adoptadas en el nuevo proceso penal son coherentes con el pensamiento garantista que presenta el sistema de protección constitucional.

En efecto, la comunidad jurídica no debe ser ajena a que los vientos de mejora del sistema acusatorio están siendo desviados por un “extraño” criterio jurisdiccional en torno a las facultades del juez de control o de garantías, el cual, al impactar en la esfera de los derechos humanos de los justiciables, el proceso de amparo se torna en la “punta de lanza” por excelencia y si bien, su funcionamiento debe adecuarse a las exigencias jurídicas del presente, la situación que ahora se va a exponer no puede esperar hasta la dación de una reforma legal en materia de amparo.

En esa inteligencia, la situación que se pretende describir es el examen de legalidad en torno a la detención por flagrancia que realiza el juez de control o de garantías, de conformidad con el séptimo párrafo del artículo 16 constitucional, que reza: “En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”. En tal virtud, el criterio jurisdiccional en comento es el de ratificar la detención a pesar

que el indiciado estuvo retenido más de 48 horas en el Ministerio Público.

Al respecto, el juez de control de Durango, Manuel Valadez Díaz, en coautoría con Jesús Rodríguez, señalan lo siguiente:

Una vez que se ha aclarado que las 48 horas que alega la Constitución al Ministerio Público sólo se refiere al tiempo que éste tiene para determinar si judicializa o no una causa penal con detenido ante el Juez de Control, habrá que ponderar que en este caso de incumplimiento de dicho plazo, tal situación *no convierte la detención anteriormente realizada en ilegal*, sino que únicamente genera responsabilidad ya sea penal o administrativa para el agente del Ministerio Público que es omiso en cumplir con el plazo de 48 horas para poner a disposición a un detenido ante Juez de Control, pero que tal extremo no impide el que dicho Juez de Control entre al estudio respecto de si el ciudadano fue legal o ilegalmente detenido en forma previa.¹

Como se aprecia, para el citado juez de control, la violación a lo preceptuado en el párrafo décimo del artículo 16 constitucional² no genera ningún efecto intraprocesal, sólo extraprocesal; luego entonces, el marco constitucional de protección a los detenidos no impacta en el procedimiento penal, que se aduce garantista.

Lo señalado se grafica en el denominado *caso del violador de Umán*, donde el indiciado estuvo detenido por 52 horas en la agencia del Ministerio Público del Distrito Judicial de Umán, Yucatán; luego el juez de control, en audiencia, confirmó la detención, sobre la base que la ratificación de la detención deviene como motivo del conocimiento justificado de cómo, cuándo y por

¹ Valadez Díaz, Manuel y Rodríguez, Jesús, *Litigación en juicio oral para el Ministerio Público*, Flores editor, México, 2012, pp. 20 y 21, énfasis añadido.

² “Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal”.

ESTADO DE LA CUESTIÓN: ¿QUÉ REFORMAMOS?

3

qué fue detenido el sujeto y no en la temporalidad con que cuenta el Ministerio Público para poner al detenido a disposición de un juez de control.³

Frente a tal situación, recordemos la posición fijada en la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación núm. 46/2003:

El precepto constitucional citado, a efecto de tutelar los derechos fundamentales del individuo, establece dos momentos para la integración de la averiguación previa, cuando se trata de la retención de un indiciado bajo la hipótesis de flagrancia: El primero, deriva de la aprehensión hecha por cualquier persona, al sorprender al indiciado en flagrancia, situación en la que debe ponerlo sin demora a disposición de la autoridad inmediata, y ésta, a su vez, con la misma prontitud, al Ministerio Público, lo que permite concluir que también puede darse el caso de que sea la autoridad la que aprehenda a aquél y entonces deberá sin demora ponerlo a disposición de la representación social; y el segundo, consiste en el plazo de las *cuarenta y ocho horas* que tiene el Ministerio Público para resolver la situación jurídica del indiciado, por lo que ese lapso único y exclusivo para que cumpla con tal fin, inicia a partir de que aquél le es puesto a su disposición. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones administrativas o penales que puedan derivarse para quien no cumpla con poner sin demora a disposición de la representación social a la persona aprehendida, o que el órgano jurisdiccional realice los razonamientos que sean pertinentes para la valoración de las pruebas cuando derive del incumplimiento de ese primer momento denominado “sin demora”.⁴

³ Debe de indicarse que, también en Umán, un taxista fue detenido por más de 48 horas en la agencia del Ministerio Público, y en la audiencia de control de la detención, el juez no confirmó como legal la detención. Toda esta información se obtuvo de las jornadas de capacitación para abogados litigantes que se celebró en la Universidad de Valladolid, Yucatán.

⁴ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, t. XIX, enero de 2004, p. 90.

Como se aprecia, la jurisprudencia en cita realiza todo su razonamiento sobre la base de tutelar los derechos fundamentales del individuo detenido en flagrancia y señala efectos intraprocesales cuando la retención excedió las 48 horas, como la legalidad de las pruebas;⁵ asimismo, se indican los efectos extraprocesales en torno a la responsabilidad administrativa y penal de la autoridad omisa en cumplir con los términos constitucionales.

Ahora bien, si la temporalidad de la retención en el Ministerio Público no genera efectos para el procedimiento penal, por qué se le exige al fiscal indicar fecha y hora en que recibió al detenido, así como la fecha y hora en que lo puso a disposición del juez de control.

No se ignora que las 48 horas es el periodo de tiempo que la Constitución ha establecido para que el Ministerio Público decida en torno a la situación jurídica del detenido, pero ello a su vez presenta una lectura convencional, esto es, el derecho humano de: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales”, previsto en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrito por México.

Igualmente, desde la perspectiva constitucional, se debe recordar que con la reforma al artículo 16 constitucional operada en 1993 se resolvió el tema de la temporalidad de la retención en el Ministerio Público, pero no para facilitar la labor de determinación del órgano de procuración de justicia, sino para tutelar los derechos de la libertad personal y seguridad jurídica del detenido, al establecerse un término razonable para que el Ministerio Público se allegue de las evidencias que requiere para decidir si judicializa o no el caso, ya sea con imputado detenido o en libertad; sin pasar los costos de la demora en la recolección del material probatorio a la esfera de los derechos fundamentales del detenido.

⁵ Aspecto relacionado con el valor probatorio de la declaración del detenido, el cual, si bien ha quedado excluida del sistema acusatorio, no enerva la obligación de respetar los derechos humanos del detenido y la necesidad de generar efectos intraprocesales ante la violación de los mismos.

ESTADO DE LA CUESTIÓN: ¿QUÉ REFORMAMOS?

5

En tal virtud, la detención prolongada implica la vulneración de derechos sustantivos que puede ser materia del amparo indirecto, en concreto vía el amparo por incomunicación (artículo 117 de la Ley de Amparo)⁶ que generaría la suspensión oficiosa del acto reclamado (artículo 123 de la Ley de Amparo). No se ignora que vía amparo, los pronunciamientos giraban en torno a la declaración policial o ante el Ministerio Público del detenido, calificándola como confesión coaccionada o confesión inexistente,⁷ ni tampoco el tema de la irreparabilidad del perjuicio⁸ o la causal de improcedencia de la demanda de amparo por cambio de situación jurídica del quejoso (fracción X del artículo 73 de la Ley de Amparo); pero lo que debe afirmarse es que el tema de los derechos humanos del detenido sigue latente, aún si en el sistema acusatorio, éste no puede ser entrevistado por la policía (salvo para recabar datos en torno a su identidad), y si lo hace ante el Ministerio Público tendrá que ser con las formalidades señaladas

⁶ “El cuarto párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que en los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Tal previsión implica la existencia de una garantía de inmediatez en la presentación del detenido ante la autoridad tan pronto sea posible, en aras de darle seguridad legal acerca de su situación particular. En ese tenor, si existen datos fehacientes de que los agentes captores retuvieron al indiciado por más tiempo del que resultaba racionalmente necesario, en atención a las circunstancias propias de distancia y disponibilidad de traslado, resulta inconcusco que dicha circunstancia genera presunción fundada de que el detenido estuvo incomunicado y que en ese periodo sufrió afectación psíquica por el estado de incertidumbre en cuanto a su seguridad jurídica y personal, dada la retención prolongada a la que estuvo sometido, lo que trasciende al estado psico-anímico en el que rindió su declaración ministerial y, por ende, su confesión respecto de los hechos que se le imputan carecerá de validez”. Tesis aislada, XX.20.95. P., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIX, Novena Época, T.C.C., enero de 2009, p. 2684.

⁷ Véase Jurisprudencia VI.20.J/71, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IV, Novena Época, T.C.C., octubre de 1996, p. 375.

⁸ Al respecto, véase tesis aislada XX.20.95. P., *emanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VII, Octava Época, T.C.C., enero de 1991, p. 167.

en la ley adjetiva reguladora del proceso penal (sin que por ello importe ser calificada como prueba para efectos del dictado de la sentencia, de conformidad con la fracción III, apartado A, del artículo 20 constitucional).

Luego entonces, el que no esté en juego la confesión del detenido, no elimina, como tema de análisis, el respeto a sus derechos humanos.⁹ El dilema es que, en el caso de la detención prolongada, la misma no genera efectos jurídicos para el procedimiento penal, sólo responsabilidad administrativa o penal a la autoridad infractora. Siendo el *quid* del asunto si este razonamiento coincide con la obligación de proteger los derechos humanos prevista en el artículo 1o. constitucional, o estamos bajo el lema: *nos lavamos las manos como Pilatos*: 1) el Ministerio Público que se excede de las 48 horas afirmará: ¡qué lo examine el juez de control! 2) el juez de control al respecto pronunciará que no es un tema del control judicial de la detención: ¡qué se inicie procedimiento administrativo o penal contra la autoridad infractora, y si no están contentos con la decisión que recurran al juicio de amparo! 3) el órgano de garantías finalmente señalará: ¡bueno, como cambió la situación jurídica del quejoso, es improcedente su demanda de amparo! De esta forma, tanto el artículo 1o. como el 16 constitucional son letras muertas.

La afectación de los derechos humanos desde la detención no puede ser ajena al estudio del juez de control, de lo contrario nos alejaríamos de las garantías que subyacen en los párrafos séptimo y décimo cuarto del artículo 16 constitucional relacionados con el artículo 1o. de la ley fundamental. Tampoco podemos ser contradictorios en torno a que la afectación de los derechos humanos de los justiciables no genera efectos intraprocesales (nadie discute los extraprocesales).

Todo este recorrido tiene como finalidad el demostrar que: para la mejor tutela de los derechos fundamentales de los intervi-

⁹ Artículos 1o. y 16 constitucional relacionados con el artículo 7.5 del Pacto de San José.

nientes en el proceso penal de corte acusatorio, no basta con examinar, con fines de reforma, la Ley de Amparo, sino sobre todo el criterio que subyace en la lectura tanto constitucional como convencional de las instituciones procesales tanto por los jueces del fuero estatal (juez de control o de garantías, tribunal de juicio oral y juez de ejecución), como los del fuero federal (juez de distrito, tribunales de circuito y Suprema Corte de Justicia de la Nación).

En ese orden de ideas, el presente estudio efectuará comentarios a la reforma que se requiere para la mejor protección de los derechos humanos de los intervenientes en el drama penal, y si hay necesidad de mencionar alguna propuesta de modificación a la Ley de Amparo, téngase por seguro que se va a proponer; *pero la reforma que con urgencia se requiere es del criterio de los operadores jurídicos, que aún no les nace la luz de la tutela de los derechos humanos*, como se aprecia en la detención prolongada. En este tipo de reforma es en lo que más nos vamos a centrar, en espera del pronunciamiento legislativo que se requiere en torno a la Ley de Amparo.

Ahora bien, para el logro de tal finalidad vamos a partir del, hasta el momento, mejor estudio del amparo penal en el contexto del sistema acusatorio, esto es, la obra publicada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil,¹⁰ que como documento electrónico se puede ubicar en el portal de la SETEC. Entonces, el lector comprenderá el constante recurrir que al citado texto se va a realizar, claro está, complementado con nuestras aportaciones. Pero al mismo tiempo, sírvase este estudio como un reconocimiento que el autor realiza al estudio de los citados juristas; máxime si dos expertos en derecho constitucional decidieron examinar instituciones del proceso penal, y ahora, un penalista extranjero se atreve a comentar el proceso constitucional del amparo en su vertiente penal: ¡qué Dios me agarre confesado! Empecemos.

¹⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El juicio de amparo y el sistema procesal penal acusatorio*, México, SETEC, 2012.

II. INICIO DEL PROCESO PENAL

La fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo señala que: “El amparo se pedirá ante el juez de Distrito: IV. Contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación”.

Al respecto, qué entendemos por *juicio*. En tal sentido, Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil precisan que:

Por lo dispuesto en el artículo 158 de la Ley de Amparo, ninguna duda cabe de que las resoluciones a que se refiere son las sentencias definitivas y aquellas resoluciones que dan por terminada una instancia procesal. El problema para definir un “proceso” para efectos del juicio de amparo surge en relación con el indirecto, en el cual el concepto de “juicio” es usado en dos sentidos diferentes por el artículo 114 de la ley de la materia: (1) para determinar los “procedimientos en forma de juicio” llevados ante autoridades administrativas (fracción II), y (2) para establecer cuándo comienza y termina un “juicio” seguido ante tribunales (fracciones III y IV).¹¹

Luego, los citados juristas concluyen que: “... al hablar de «juicio» en los sentidos indicados —sobre todo en los referidos en las fracciones III y IV del artículo 114 de la Ley de Amparo—, el legislador se refirió al «*proceso*»”.¹²

En tal virtud, para la procedencia del amparo indirecto por la causal prevista en la fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo, el acto reclamable debe haberse generado dentro de un proceso que, para efectos de nuestro estudio, debe ser el proceso

¹¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, p. 167.

¹² *Ibidem*, p. 168.

penal de corte acusatorio y oral, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 20 constitucional.

Ahora bien, cuándo se inicia el proceso penal. Según Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, la Constitución no aporta respuestas determinantes para resolver la pregunta planteada; pero, por el derecho fundamental a la celeridad de la justicia y a la economía procesal, que los principios de concentración y continuidad reforzán para el sistema procesal acusatorio, el inicio del proceso penal estaría en la formulación de la imputación; distanciándose de aquella postura que ubica el inicio del citado proceso en la formulación de la acusación.¹³

Al respecto, consideramos que sí existe una respuesta constitucional a la pregunta planteada, esto es, los párrafos primero y antepenúltimo del artículo 19 constitucional que reza:

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresara: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión... Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

El extracto resaltado del texto constitucional se le ha calificado como la fijación inmutable del marco fáctico que fija, determina o cierra la litis.¹⁴ A ello debemos agregar lo dispuesto en la fracción I, apartado A, del artículo 20 constitucional que señala: “El

¹³ *Ibidem*, pp. 173-187.

¹⁴ Hidalgo Murillo, José Daniel, *El juicio oral abreviado*, México, Porrúa, 2011, pp. 156 y 157.

proceso penal tendrá por objeto *el esclarecimiento de los hechos*, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”.

Luego, si el objeto del proceso punitivo es esclarecer los hechos y si los mismos son fijados por el auto de vinculación a proceso, entonces es en dicha resolución judicial donde se gesta el objeto del proceso penal; siendo incongruentes en afirmar que el objeto procesal es establecido por un acto preprocesal.

Ahora bien, existen pronunciamientos en los órganos jurisdiccionales competentes en el juicio de amparo que, vía *obiter dictum*, han mencionado que en la vinculación a proceso la autoridad judicial conoce de los hechos que se le atribuyen al imputado y determina cuál es su situación jurídica frente al proceso penal que se seguirá en su contra;¹⁵ o bien, que por la vinculación a proceso la litis permanece intocada.¹⁶ No obstante, consideramos que se han dado las condiciones normativas para afirmar que con la vinculación a proceso se da inicio al proceso punitivo.

Por otro lado, el proceso penal de corte acusatorio no presenta como característica su inicio de manera oficiosa, por lo que, en la legislación secundaria de aquellas entidades federativas que han implementado el citado modelo procesal se ha establecido que requisito para el dictado del auto de vinculación a proceso es que el Ministerio Público haya formulado imputación.¹⁷

¹⁵ Tesis aislada 1a.CXXIII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, Novena Época, 1a. Sala, septiembre de 2009, p. 437.

¹⁶ Tesis aislada XVII.1o.P.A.77 P (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro V, Decima Época, T.C.C., febrero de 2012, t. 3, p. 2414.

¹⁷ Artículo 281 fracción I del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículo 345 apartado a) del Código Procesal Penal de Chiapas; artículo 280 fracción I del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículo 301 fracción I del Código Procesal Penal de Durango; artículo 293 fracción I del Código de Procedimientos del Estado de México; artículo 282 fracción I de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato; artículo 278 fracción I del Código de Procedimientos Penales de Morelos; artículo 274 último párrafo del Código Procesal Penal de Oaxaca; artículo 284 fracción I del Código Procesal Penal de Yucatán y artículo 319 fracción I del Código Procesal Penal de Zacatecas.

En tal virtud, la formulación de la imputación no constituye sólo la formalización de la investigación o la judicialización del caso, sino el requisito de fondo para la fijación de los hechos, dado que también se ha establecido en la legislación secundaria que la vinculación a proceso descansa en los hechos de la imputación, a pesar que el juez puede señalar una calificación jurídica distinta.¹⁸

Frente a ello, la formulación de la imputación es la comunicación que realiza el Ministerio Público al imputado, informándole, en audiencia y con presencia del juez de control, que se está llevando una investigación en su contra; precisándole los hechos que se le atribuyen, la preliminar calificación jurídica que se le imputa y los datos de prueba, tanto de cargo como de descargo (principio de objetividad y deber de lealtad) que obran en la carpeta de investigación.

Ahora bien, de tal comunicación, el juez de control identificará a las personas y a los hechos que dotará de contenido al auto de vinculación a proceso y, por ende, al objeto del proceso penal. Entonces, identificamos un nexo normativo entre la formulación de la imputación con el auto de vinculación a proceso, se puede afirmar que la primera es el ejercicio de la acción penal en el modelo acusatorio mexicano que dota de sentido al auto que da inicio al proceso penal, esto es, la vinculación a proceso.

Al respecto, citamos el siguiente extracto de jurisprudencia emitida por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito:

¹⁸ Artículo 281 penúltimo párrafo del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículo 345 penúltimo párrafo del Código Procesal Penal de Chiapas; artículo 280 último párrafo del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículo 301 último párrafo del Código Procesal Penal de Durango; artículo 293 último párrafo del Código de Procedimientos del Estado de México; artículo 282 penúltimo párrafo de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato; artículo 278 penúltimo párrafo del Código de Procedimientos Penales de Morelos; artículo 274 último párrafo del Código Procesal Penal de Oaxaca; artículo 284 último párrafo del Código Procesal Penal de Yucatán y artículo 319 último párrafo del Código Procesal Penal de Zacatecas.

INICIO DEL PROCESO PENAL

13

En términos de los artículos 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 280 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, el auto de vinculación a proceso debe contener los siguientes elementos de forma: primero, que se haya formulado la imputación, según el caso, esto es, que exista el comunicado del Ministerio Público en presencia del juez, en el sentido que desarrolla una investigación en contra del imputado respecto de uno o más hechos determinados... tercero, únicamente podrá dictarse por hechos que fueron motivo de la formulación de la imputación...¹⁹

En tal virtud, la formulación de la imputación es requisito de la vinculación a proceso, pero no requisito de forma, como indica la jurisprudencia en cita, sino de fondo porque son los hechos enunciados en la misma los que dotarán de contenido a la vinculación a proceso; claro está, debe estar acompañado con los datos de prueba que desglose el Ministerio Público, los cuales deben ser idóneos, pertinentes y en su conjunto suficientes para establecer la presencia de un hecho calificado por la ley como delito, la probable intervención del imputado en el hecho y la no actualización de algún excluyente.

En ese sentido, es vital darle un rol central a la formulación de la imputación, que vaya más allá de una mera formalidad; de lo contrario, volveremos al debate infructuoso que si es con la formulación de la imputación o con la acusación donde se ejerce la acción penal; así como abona la cuestión que, si en la formulación de la imputación, los hechos o los datos de prueba fueron mal planteados, como es un requisito de forma, la fiscalía podrá suplir las deficiencias durante el debate del auto de vinculación a proceso, tornando letra muerta el enunciado normativo que reza que la vinculación descansa en los hechos de la imputación, señalado en las legislaciones secundarias de aquellas entidades federativas que han implementado el nuevo modelo de justicia penal.

¹⁹ Jurisprudencia XVII.1o.P.A.J/26 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro V, Décima Época, T.C.C., febrero de 2012, t. 3, p. 1940.

Luego entonces, nuestra visión sobre el inicio del proceso penal de corte acusatorio es el siguiente: con la formulación de la imputación se ejerce la acción penal, porque no es una mera formalización de la investigación sino la aportación de aquellos hechos que dotarán de contenido al auto de vinculación a proceso, y mediante esta resolución judicial se dará por iniciado el proceso punitivo al fijar su objeto de conformidad con el antepenúltimo párrafo del artículo 19 constitucional con relación a la fracción I del apartado *a* del artículo 20 constitucional.

Sin embargo, debemos someter nuestra postura, por lo menos, a las siguientes preguntas:

- 1) ¿Qué papel tiene la formulación de la acusación frente a la formulación de la imputación?
- 2) ¿Por qué, habiendo el Ministerio Público formulado la imputación se abre debate para discutir el auto de vinculación a proceso, y qué ocurriría si en la segunda intervención del fiscal éste integra hechos no mencionados en la formulación de la imputación?
- 3) Si la decisión judicial de vincular a proceso se difiere para las 72 o 144 horas (de acuerdo con el artículo 19 constitucional) ¿se sigue en un momento preprocesal o ya se puede hablar de proceso con la sola formulación de la imputación?

1. Imputación y acusación

En un modelo acusatorio parecería hasta tautológico afirmar que con la acusación se ejerce la acción penal, y ello es entendido en la región cuando la misma presenta como antecedente la formalización de la investigación y el sometimiento a plazos tanto para el cierre de la investigación como para la formulación de la acusación.

Sin embargo, en el modelo acusatorio mexicano se rompe lo señalado en el párrafo anterior con el ya comentado auto de vincu-

lación a proceso, el cual determina los hechos y las personas contra las cuales se seguirá el proceso penal. En donde no solamente estamos ante una formalización del caso, sino ante una formulación de imputación, la cual aporta el material fáctico que da sustento a la vinculación.

En efecto, en sistemas acusatorios donde no se trabaja con un examen del juez previo a la acusación (que en México se denomina la vinculación a proceso), la litis es postulada en la acusación (teoría concreta de la acción), al solicitarse la imposición de sanción penal y la reparación de los daños, indicándose los hechos y la calificación jurídica que dará sustento al debate oral, así como ofertándose el material probatorio que da el basamento a la acusación.

En ese orden de ideas, la acusación refleja tanto la pretensión de sanción y de reparación, así como el material fáctico, normativo y probatorio que sustenta la misma; debiéndose notificar al acusado para que formule su respectiva contestación, en la cual el acusado podrá identificar vicios formales en la acusación del Ministerio Público, interponer excepciones, ofrecer sus medios de prueba y argumentos de defensa o bien la solicitud de aplicación de una salida alterna o de un procedimiento especial, como lo es el abreviado.

Conflicto de intereses, pretensión, resistencia, acusación y contestación de la acusación serían los pilares, materiales y formales, que determinan la litis en materia penal. Sin embargo, y a diferencia del proceso civil, en lo penal el actor de la pretensión requiere el despliegue de actos de indagación que le permitan establecer la necesidad y lo sustentable de plantear su pretensión punitiva y de reparación en la acusación. En ese sentido, estos momentos previos constituyen la etapa de investigación, y el momento en que el Ministerio Público postula su pretensión (con su acusación), esto es el elemento formal de la litis (sin olvidar la resistencia a la pretensión, manifestada a través de la contestación de la acusación por parte del acusado), opera en la etapa intermedia.

Frente a tal panorama, entendemos el por qué, en el derecho comparado, la acusación es la base por la cual se desarrollará el juicio oral.²⁰ En ese sentido, el artículo 336 del Código de Procedimientos Penales de Colombia señala lo siguiente:

El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existe y que el imputado es su autor o partícipe.

En efecto, una vez planteada la acusación, la causa está lista para ser sometida a juicio oral, para establecer lo razonable o no de la pretensión planteada por el Ministerio Público.

Sin embargo, *clo señalado puede ser aplicado en el nuevo sistema de justicia penal mexicano?* Al respecto, la complejidad del sistema acusatorio mexicano es la dualidad: formulación de la imputación/vinculación a proceso, y el elevar a rango constitucional la segunda de las figuras acabadas de mencionar. En efecto, en las legislaciones latinoamericanas que han adoptado el modelo acusatorio no encontramos al auto de vinculación a proceso. Es decir, sólo se observa la regulación de la formalización de la investigación, el establecimiento de un plazo judicial para el cierre de la investigación, el cierre de esta etapa procesal y la formulación de la acusación (salvo otro pronunciamiento) por parte del Ministerio Público; podiendo afirmar que mientras en la formalización de la investigación estamos ante un “acto de comunicación” al imputado de que está siendo investigado, la acusación es un “acto postulatorio”, donde el fiscal, luego de haber investigado cree que existe base fáctica, normativa y probatoria para llevar al imputado a juicio oral, y de esta manera sea de recibo, por el órgano jurisdiccional, su solicitud de pena y reparación del daño.

²⁰ Artículo 326 del Código Procesal Penal de Costa Rica y artículo 356 del Código Procesal Penal del Perú.

No obstante, cuando México inserta el auto de vinculación a proceso obliga a replantear “drásticamente” cualquier idea jurídico-procesal que provenga de fuente legislativa, jurisprudencial y doctrinal extra mexicana.

En tal virtud, la vinculación a proceso busca fijar el objeto del proceso penal, esto es, los hechos a esclarecer y que son planteados por la formulación de la imputación. En tal virtud, estamos ante el examen judicial de identificar cuáles son los hechos que requieren ser aclarados en el marco del proceso penal, y tal examen se centra en establecer el material fáctico exigible por un determinado tipo penal, *lo que se requiere esclarecer son los hechos típicos propios del injusto penal.*

En ese orden de ideas, la formulación de la imputación implica, tanto el comunicar al imputado que se le sigue una investigación en su contra, así como presentar aquellos hechos que requieren ser esclarecidos junto con su preliminar calificación jurídica; con la finalidad de que el juez de control, al considerar que tales hechos encuadran en un determinado tipo penal, dicte el auto de vinculación a proceso, fijando el objeto procesal y el plazo para el cierre de la investigación.

Ahora bien, si con la formulación de la imputación se ejerce la acción penal ¿por qué también se ha regulado la acusación? Porque con la imputación se introduce el material fáctico que dotará de sentido al objeto del proceso de acuerdo con el auto de vinculación a proceso; en cambio, mediante la acusación se aporta el material probatorio y el *petitum* concreto de sanción y reparación de daños que dotará de contenido al objeto del debate de acuerdo con la sentencia que se dicte en el juicio oral o bien en los procedimientos especiales como el abreviado, para inimputables, acción penal privada o el juicio inmediato.²¹

En efecto, debemos distinguir dos tipos de objetos: el del proceso y el del debate.²² El del proceso estaría sólo conformado por

²¹ Figura regulada en el artículo 290 del Código Procesal Penal de Yucatán.

²² Benavente Chorres, Hesbert, *La etapa intermedia en el proceso penal acusatorio y oral*, México, Flores Editor, 2011, pp. 10 y ss.

el hecho. En cambio, el objeto del debate incluiría el *petitum* punitivo y el material probatorio para fundarlo.

El objeto del proceso está constituido por aquellos hechos que actualizan un determinado tipo penal y que son postulados por la formulación de la imputación, proyectándose en el auto de vinculación a proceso, generándose como efecto procesal la inmutabilidad de los hechos en las etapas procesales y su observancia para la toma de decisiones judiciales.

El objeto de debate está constituido por la solicitud de sanción y reparación de daños, acompañada con la oferta probatoria que le da sustento, y que es postulado en la acusación y que se proyecta en la sentencia, pasando por el filtro del auto de apertura a juicio en aquellos casos que la ley secundaria exige su dictado (exigencia que no opera en el procedimiento abreviado).

Asimismo, el objeto del proceso lo encontramos en el ya citado antepenúltimo párrafo del artículo 19 constitucional relacionado con la fracción I del apartado *a* del artículo 20 constitucional.

En cambio, el objeto de debate lo identificamos en la fracción V del apartado *a* del artículo 20 constitucional cuando regula los temas torales que debe abarcar la carga de la prueba de la parte acusadora: tipo penal y culpabilidad, y la exigencia de culpabilidad es coherente, porque la oferta probatoria se proyecta en el contenido de la sentencia, la cual se pronuncia sobre la culpabilidad del procesado y que dota de sentido a un pronunciamiento de condena o de absolución, y si es de condena, la culpabilidad asume el baremo para determinar la imposición de una pena o una medida de seguridad, así como el proceso de individualización judicial para precisar el *quantum* de la sanción.

En el objeto del proceso (formulación de la imputación/auto de vinculación a proceso) el tema es fijar los hechos (introducidos en la imputación) que actualizan los elementos de un determinado tipo penal (establecido en la vinculación) y no el juicio de culpabilidad del imputado, esto es clarísimo en el antepenúltimo párrafo del artículo 19 constitucional.

Por tal razón, tanto en el procedimiento común como en los especiales se exigen los binomios: formulación de la imputación/ auto de vinculación a proceso, así como formulación de la acusación/sentencia; debido a las exigencias constitucionales para determinar el objeto del proceso y el objeto del debate, donde el último binomio, además, está compuesto por el ingreso al juicio de culpabilidad, exento en el primero.

En suma, en el sistema acusatorio mexicano tanto la imputación como la acusación son figuras de suma importancia porque se proyectan tanto en el objeto del proceso como en el objeto del debate, tanto en el auto de vinculación a proceso como en la sentencia, respectivamente, y ello en armonía con los dispositivos constitucionales señalados en el presente apartado.

2. El modelo de doble discurso para determinar el objeto del proceso

El tercer párrafo del artículo 277 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua señala que: “Rendida la declaración del imputado o manifestado su deseo de no declarar, el juez abrirá debate sobre las demás peticiones que los intervinientes plantearán”. Este enunciado normativo ha consagrado el denominado sistema de doble discurso, esto es, que el agente del Ministerio Público, luego de formular imputación, solicitará al juez de control el dictado del auto de vinculación a proceso, exponiendo por segunda vez la carga argumentativa necesaria para el logro del citado auto.²³

²³ Artículo 278 penúltimo párrafo del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículo 298 tercer párrafo del Código Procesal Penal de Durango; artículo 291 cuarto párrafo del Código de Procedimientos Penales del Estado de México; artículo 280 segundo párrafo de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato; artículo 275 último párrafo del Código de Procedimientos Penales de Morelos; artículo 274 antepenúltimo párrafo del Código Procesal Penal de Oaxaca; artículo 283 primer párrafo del Código Procesal Penal de Yucatán y artículo 316 penúltimo párrafo del Código Procesal Penal de Zacatecas.

Claro está que este modelo expositivo se convierte en poli-discurcivo si tomamos en cuenta las siguientes exposiciones del Ministerio Público: *a)* solicitud para que el juez de control confirme o ratiﬁque como legal la detención; *b)* formulación de la imputación; *c)* solicitud de medida cautelar, y *d)* solicitud de auto de vinculación a proceso (aunque el orden de las dos últimas exposiciones puede variar según la respectiva legislación secundaria).

Sin embargo, en el presente apartado resaltaremos la relación de contenido entre la formulación de la imputación y la solicitud de auto de vinculación a proceso, dado que, si es con los hechos de la imputación lo que le da sustento a la vinculación, por qué una segunda exposición del fiscal.

Luego entonces, el mensaje en la solicitud de vinculación debería contener una carga informativa no trabajada en la imputación; de lo contrario sería inútil mantener un sistema de doble discurso; siendo más aconsejable que en una sola exposición el fiscal formule imputación, solicite el dictado del auto de vinculación a proceso, e incluso requiera la medida cautelar y el plazo judicial de cierre de la investigación; para luego el imputado, si lo desea, declare y su defensor planteen sus posiciones, culminando con la decisión del juez de control en términos de lo solicitado por el fiscal (lo cual es la apuesta del artículo 344 del Código Procesal Penal de Chiapas y del artículo 407 del Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales).

Sin embargo, mientras la situación descrita en el párrafo anterior no se convierta en la realidad normativa del modelo acusatorio mexicano, debemos mantener la postura de que existen cargas informativas diferentes en la formulación de la imputación y en la solicitud del auto de vinculación a proceso. En tal virtud, y amén que estos tópicos sean desarrollados en los siguientes apartados de este estudio, se puede afirmar que la imputación implica la exposición de los hechos, su preliminar calificación jurídica y los datos de prueba que obran en la carpeta de investigación, con un lenguaje tal que el imputado pueda entenderlo. La imputación denota el mensaje fáctico.

En cambio, en el pedido de vinculación a proceso, el mensaje es normativo tendiente a convencer al juez que se encuentran acreditados los elementos de un determinado tipo penal y la probable intervención del imputado; para ello, el fiscal parte de los hechos expuestos en la imputación y selecciona aquellos datos de prueba pertinentes, idóneos y suficientes para acreditar los extremos de la vinculación; sin quebrantar, por tal selección, su deber de lealtad porque en la imputación expuso el plexo de datos de prueba que obran en la carpeta de investigación.

Finalmente, qué ocurre si el fiscal, durante la solicitud del auto de vinculación a proceso, menciona hechos o datos de prueba no expuestos en la formulación de la imputación. Al respecto, consideramos que si la legislación secundaria ha establecido que la vinculación descansa en los hechos expuestos en la imputación, la fiscalía no podría suplir su deficiencia durante el pedido del auto de vinculación, al menos no en el extremo de agregar nuevos hechos; con la cuestión de los datos de prueba pueda justificarse en el sentido de privilegiar la delimitación del objeto procesal en un contexto de debate entre las partes.

3. El momento preprocesal de la formulación de la imputación

El penúltimo párrafo del artículo 277 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua ha establecido que el juez de control declarará el cierre de la audiencia donde el fiscal ha formulado la imputación, el imputado, si ha sido su deseo, ha declarado, y en donde se ha dado el debate en torno a la vinculación a proceso, para que, en la audiencia de vinculación a proceso, se resuelva la situación jurídica del imputado; salvo que el imputado haya renunciado al plazo previsto en el artículo 19 constitucional y el juez haya resuelto sobre su vinculación a proceso en la misma audiencia.²⁴

²⁴ Artículo 278 último párrafo del Código de Procedimientos Penales de

En tal virtud, si el juez convoca a los intervenientes a la audiencia de vinculación a proceso ¿con la sola formulación de la imputación o incluso con el pedido de vinculación se podrá dar por iniciado el proceso penal? La respuesta es no, porque el objeto del proceso es establecido por el auto de vinculación que dicta el juez. Si por el contrario, el juzgador dictó auto de no vinculación a proceso, entonces no se puede hablar de un proceso penal iniciado, sino de una investigación preliminar, de naturaleza administrativa e informal, que puede seguir abierta mientras no prescriba la acción penal o no se venza un término que en especial haya sido fijado por la ley secundaria.²⁵

En conclusión, sin la vinculación a proceso no se puede hablar de un proceso penal iniciado; luego entonces, la formulación de la imputación sigue siendo de naturaleza preprocesal, por lo cual la fiscalía ejerce acción penal en espera del auto de vinculación que dicte el juez de control, en la misma audiencia o en otra.

Baja California; artículo 298 último párrafo del Código Procesal Penal de Durango; artículo 291 último párrafo del Código de Procedimientos Penales del Estado de México (aunque en dicho texto no se ha regulado la renuncia del término constitucional por parte del imputado); artículo 283 del Código Procesal de Yucatán y artículo 316 último párrafo del Código Procesal Penal de Zacatecas.

²⁵ Como ocurre en la legislación mexiquense, donde el artículo 294, último párrafo, del texto adjetivo señala lo siguiente: “El auto de no vinculación del imputado a proceso no impide que el Ministerio Público continúe con la investigación y formule nuevamente la imputación dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la notificación de aquél”.

III. EL OBJETO DEL PROCESO PENAL

En un estudio del artículo 20 constitucional, los profesores canadienses Paciocco y Friedman,²⁶ han señalado que:

La cuestión que debe decidirse en un proceso penal en Canadá es el si el procurador de la Corona puede probar la culpabilidad del acusado fuera de toda duda razonable. En tal virtud, las autoridades decisorias en Canadá no tienen la responsabilidad de “esclarecer los hechos”, su misión es decidir si la demanda del procurador es suficiente, en cuanto a ámbito y calidad, para apoyar una conclusión de culpabilidad fuera de toda duda razonable.²⁷

En el caso R. c. Mullins-Johnson, el Tribunal de Apelación de Ontario precisó que:

Un proceso penal no se ocupa de la inocencia según los hechos. El proceso penal trata de establecer si la Corona ha demostrado indicios de criminalidad fuera de toda duda razonable. Si lo demuestra, el acusado es culpable. Si no lo demuestra, el acusado es declarado no culpable. No existe la conclusión de inocencia según los hechos, ya que ello no se sitúa en el ámbito o propósito del derecho penal.²⁸

En tal virtud, para los citados profesores canadienses:

²⁶ Paciocco, David y Friedman, Solomon, *Análisis comparativo del artículo 20 de la Constitución mexicana y el derecho canadiense*, Chiapas, Poder Judicial de Chiapas, 2011.

²⁷ *Ibidem*, p. 12.

²⁸ *Ibidem*, p. 13.

La búsqueda de la verdad se ve comprometida por las demandas de justicia en competencia a través de la voluminosa carga de la prueba que presenta el procurador, por los límites en los poderes de investigación que se ponen a la labor de los policías, y por una serie de reglas de exclusión de pruebas que protegen valores distintos a la búsqueda de la verdad (como las relaciones confidenciales o la necesidad de controlar el mal comportamiento de la policía). Por lo tanto, es justo decir que los canadienses aspiran a lograr veredictos auténticos pero no es exacto decir en Canadá que el proceso penal se realiza para esclarecer los hechos.²⁹

Luego de tal marco, Paciocco y Friedman emiten el siguiente juicio de valor, el cual impacta al objetivo del proceso penal mexicano previsto en la fracción I, apartado *a*, del artículo 20 constitucional:

Además, los juristas canadienses podrían inquietarse de que, al asignar los jueces esta tarea (“esclarecer los hechos”), se dificultaría el logro de otro de los objetivos previstos en el artículo 20: “proteger al inocente”. Atribuir a los jueces la tarea de esclarecer los hechos hace pensar en que han de llegar a una conclusión firme y que hay que aceptar alguna de las versiones en competencia.³⁰

Al respecto, somos respetuosos de la tradición jurídica canadiense, por lo que no emitiremos opinión en torno a la forma cómo se entiende el proceso acusatorio en el derecho canadiense. Sin embargo, si consideramos que los profesores Paciocco y Friedman han dado una lectura equivocada al extremo de la fracción I, apartado *a*, del artículo 20 constitucional que señala que el objeto del proceso penal es esclarecer los hechos.

En primer lugar, porque reducen el enunciado normativo a la sentencia que dicta el juez, cuando en realidad la Constitución ha

²⁹ *Ibidem*, p. 14.

³⁰ *Idem*.

establecido otros canales de gestión del conflicto penal, los cuales podrán ser regulados en la legislación secundaria e invocadas por los intervenientes o el operador jurídico en el proceso penal, partiendo de la identificación de aquellos hechos que dieron origen a la controversia punitiva.

En efecto, del cuarto párrafo del artículo 17 constitucional se desprende que en el proceso penal se discute una controversia que hemos denominado “conflicto de intereses con relevancia jurídico-penal”.³¹ En tal inteligencia, con la presencia de hechos probablemente delictivos, los involucrados en el mismo presentan una carga de intereses, expectativas o pretensiones que son dirigidas a las autoridades judiciales a fin de obtener respuesta. Así, la persona que se siente victimizada aspira al castigo del responsable de los hechos y a la reparación de los daños (pretensiones de sanción y de reparación que las hace suyas el Ministerio Público como órgano constitucionalmente encargado de la procuración de justicia, salvo aquellos delitos de acción penal privada reconocidos en el artículo 21 constitucional). En cambio, a la persona que se le imputa un hecho delictuoso, buscará mantener su inocencia o bien una consecuencia jurídico-penal que impacte lo menos posible en su esfera de libertad; así sus pretensiones de absolución o atenuación serán las que condicione la teoría del caso de la defensa.

Ahora bien, cuando estas pretensiones son comunicadas a las autoridades judiciales, las mismas son expuestas en un marco conflictual o de controversia, la cual puede ser gestionada por los diversos canales que ofrece el programa penal constitucional.

- a) Los mecanismos alternativos de resolución de controversias (artículo 17 constitucional, cuarto párrafo), que pueden ser

³¹ Al respecto, véase: Benavente Chorres, Hesbert y Mercado Maldonado, Asael, “El Estado en la gestión del conflicto. La reforma del proceso penal en Latinoamérica”, *Revista Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, vol. 09, núm. 17, 2010, pp. 57-70.

mecanismos autocompositivos que descansan en los principios de la justicia restaurativa (mediación o conciliación); o bien un pronunciamiento del juez basado en el cumplimiento de reglas de conducta propias de la justicia terapéutica (como es el caso de la suspensión condicional del proceso a prueba).

Sin embargo, la aplicación de tales mecanismos presenta como punto de partida aquella carga fáctica que dio origen al conflicto penal. En efecto, si pensamos en los mediadores en materia penal, ellos ingresan al procedimiento mediatorio tomando conocimiento de aquellos hechos que han sido materia de una noticia criminal, con el agregado que procuran que los participantes en la mediación identifiquen otras aristas del conflicto y adopten una solución autocompositiva que restauren tanto valores personales como las propias de la común convivencia en sociedad.

Asimismo, en la suspensión condicional del proceso a prueba, y de acuerdo a la legislación secundaria, la misma se tramita una vez dictado el auto de vinculación a proceso, debiendo tomar en cuenta a los hechos y personas señaladas en el citado auto.³²

- b) La aplicación de los criterios de oportunidad (artículo 21 constitucional, séptimo párrafo), los cuales no son salidas alternas, dado que son aplicados por el Ministerio Público mediante decisión unilateral. La dinámica estriba en que, a pesar que se cuenta con un hecho delictuoso y se ha identificado al probable autor o partícipe del mismo, por la actua-

³² Artículo 200 del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículo 201 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículo 189 del Código Procesal Penal de Chiapas; artículo 219 del Código Procesal Penal de Durango; artículo 121 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México; artículo 209 del Código de Procedimientos Penales de Morelos; artículo 152 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato; artículo 200 del Código Procesal Penal de Oaxaca; artículo 170 del Código Procesal Penal de Yucatán y artículo 105 del Código Procesal Penal de Zacatecas.

lización de un interés superior o la falta de gravedad en la afectación del interés público, así como la previa reparación de los daños, el fiscal decide no iniciar acción penal o desistirse de la ya iniciada.³³

En efecto, los criterios de oportunidad se aplican en hechos calificados por la ley como delito, pero por no afectar gravemente el interés público, por pena natural, por colaboración eficaz del imputado o bien por razones humanitarias, el fiscal decide no iniciar la acción penal o desistirse de la ya iniciada. Ahora bien, si se aplica un criterio de oportunidad cuando ya se inició el proceso penal, entonces el fiscal tomará en cuenta los hechos señalados en el auto de vinculación a proceso; si la aplicación del criterio de oportunidad ocurre antes de la vinculación, esto es, en el momento preprocesal, entonces el fiscal tomará en cuenta los hechos que investigó y que han sido materia de la noticia criminal.

- c) El no ejercicio de la acción penal o la reserva provisional de la investigación (fracción VII del apartado *c*, del artículo 20 constitucional), son decisiones que toma el Ministerio Público durante la investigación preliminar, esto es, antes que formule la imputación.³⁴ En tal virtud, el fiscal acorda-

³³ Artículo 79 del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículo 80 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículo 174 del Código Procesal Penal de Chiapas; artículo 95 del Código Procesal Penal de Durango; artículo 110 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México; artículo 88 del Código de Procedimientos Penales de Morelos; artículo 136 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato; artículo 196 del Código Procesal Penal de Oaxaca; artículo 216 del Código Procesal Penal de Yucatán y artículo 90 del Código Procesal Penal de Zacatecas.

³⁴ Artículos 224 y 225 del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículos 225 y 226 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículos 163 y 165 del Código Procesal Penal de Chiapas; artículos 231 y 232 del Código Procesal Penal de Durango; artículos 237 y 238 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México; artículos 223 y 225 del Código de Procedimientos Penales de Morelos; artículos 225 y 226 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato; artículos 217 y 220 del Código Procesal Penal de Oaxaca;

rá el no ejercicio de la acción penal cuando los hechos que investigó no constituyen delito. Igualmente, se acordará la reserva provisional de la investigación cuando, a pesar que los hechos constituyen delito, no se ha identificado al probable autor o partícipe de los mismos.

- d) La sentencia abreviada (fracción VII del apartado *a* del artículo 20 constitucional), se dicta en virtud del principio de terminación anticipada del proceso e implica que el juez dicte una sentencia anticipada sólo si el imputado aceptó su participación en los hechos que se le atribuyen y existen medios de convicción para corroborarlos.

Ahora bien, como la sentencia abreviada es una decisión judicial heterocompositiva, se dicta sobre la base de los hechos enunciados en el auto de vinculación a proceso y dentro del trámite especial señalado en la ley secundaria.³⁵

- e) La sentencia dictada en la audiencia de juicio oral (fracción V del apartado *b* del artículo 20 constitucional) es la decisión heterocompositiva por excelencia en el sistema acusatorio, la cual descansa en aquellos enunciados fácticos verificados con las pruebas desahogadas en audiencia frente a autoridad judicial en los términos señalados en la fracción III del apartado *a* del artículo 20 constitucional.³⁶

artículos 214 y 215 del Código Procesal Penal de Yucatán y artículos 247 y 250 del Código Procesal Penal de Zacatecas.

³⁵ Artículo 387 del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículo 388 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículo 434 del Código Procesal Penal de Chiapas; artículo 418 del Código Procesal Penal de Durango; artículo 399 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México; artículo 388 del Código de Procedimientos Penales de Morelos; artículo 408 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato; artículo 395 del Código Procesal Penal de Oaxaca; artículo 378 del Código Procesal Penal de Yucatán y artículo 421 del Código Procesal Penal de Zacatecas.

³⁶ Artículo 316 del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículo 317 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículo 384 del Código Procesal Penal de Chiapas; artículo 338 del Código Procesal Penal de Durango; artículo 329 del Código de Procedimientos Penales del Estado de

La finalidad de esclarecer los hechos impone la obligación procesal de fijar el objeto del proceso punitivo en el material fáctico señalado en el auto de vinculación a proceso y de ahí decidir por el canal normativo para gestionar el caso. Asimismo, en los momentos preprocesales, la veracidad de los hechos y su carácter delictivo son tomados en cuenta para las decisiones que se toman en ese estadio, claro está, que los mismos son los señalados en la noticia criminal.

En segundo lugar, la lectura de los profesores canadienses Paciocco y Friedman es equivocada cuando consideran que si los jueces toman partido por el esclarecimiento de los hechos sus decisiones se limitarán a la demanda de justicia de una de las partes. Al respecto, en la dinámica del proceso penal se ha hablado mucho de la teoría del caso, a tal punto que en la sentencia penal, se afirma, el juzgador tomará partido por la hipótesis del caso de una de las partes, descartando el de la contraria. Sin embargo, debemos matizar esta apreciación.

En efecto, la teoría del caso es el constructo argumentativo que realiza cada interviniente en el drama penal, fundando sus pretensiones en discursos que toman en cuenta los hechos, la teoría del delito y la teoría de la prueba.³⁷ No obstante, la gestión

México; artículo 317 del Código de Procedimientos Penales de Morelos; artículo 346 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato; artículo 314 del Código Procesal Penal de Oaxaca; artículo 323 del Código Procesal Penal de Yucatán y artículo 356 del Código Procesal Penal de Zacatecas.

³⁷ Al respecto, véase Benavente Chorres, Hesbert, *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*, Barcelona, Bosch, 2011. Asimismo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado lo siguiente: “El nuevo sistema procesal penal, a través del principio de contradicción, garantiza la igualdad procesal de las partes... en la medida en que se les permite escuchar de viva voz las argumentaciones de la contraria para apoyarlas o rebatirlas y observar desde el inicio la manera como formulan sus planteamientos en presencia del juzgador.

Así tanto el Ministerio Público como el imputado y su defensor, deben exponer al juzgador su versión de los hechos con base en los datos que cada uno de ellos aporte, a fin de lograr convencerlo de su versión, la cual ha sido denominada en la literatura comparada como “teoría del caso”, que puede definirse como

del conflicto se puede dar en situaciones donde los intervenientes ganan-ganan, como en las soluciones autocompositivas, o bien en donde hay coincidencia entre las hipótesis de casos, como ocurre en la aplicación de criterios de oportunidad o en la sentencia condenatoria abreviada.

En tal virtud, la finalidad de esclarecer los hechos puede darse en circunstancias donde una teoría del caso es de recibo o bien entre coincidencias de hipótesis del caso; lo importante es que la gestión del caso se logre sobre la base de un conocimiento objetivo propio de los enunciados fácticos postulados en el proceso penal, y no por la mera persuasión.

En tercer lugar, los citados profesores canadienses tienen una visión del sistema acusatorio cuyo centro es que el procurador de la Corona demuestre la culpabilidad del acusado fuera de toda duda razonable. Sin embargo, en el modelo acusatorio mexicano, la finalidad constitucional de esclarecer los hechos a través de los diversos canales de gestión del conflicto, implica que todos los intervenientes en el drama penal legitimen su actuación sobre la base de la citada finalidad constitucional.

Así, nadie discute que la parte acusadora tiene la carga de probar la culpabilidad del acusado (fracción V del apartado *a* del

la idea central o conjunto de hechos sobre los que versará la participación de cada parte, a efecto de explicarlos y determinar su relevancia, dotándolos de consistencia argumentativa para establecer la hipótesis procesal que pretende demostrarse y que sustentará la decisión del juzgador, la cual deberá vincularse con los datos aportados para desvirtuar aquellos en que se apoyen las afirmaciones de su contraparte, de manera que la intervención de las partes procesales puede resumirse en: presentación, argumentación y demostración. En otras palabras, la teoría del caso se basa en la capacidad argumentativa de las partes para sostener que está acreditado un hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o haya participado en su comisión, o bien, que existe alguna excluyente de responsabilidad o la destrucción de la proposición que se realiza contra el imputado y que desvirtúa las evidencias en que se apoya". Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro VI, Décima Época, 1a. Sala, marzo de 2012, t. 1, p. 291. En contra de esta tesis: Hidalgo Murillo, José Daniel, *La audiencia de vinculación en el proceso penal acusatorio y oral mexicano*, México, Flores Editor, 2012, pp. 186-193.

artículo 20 constitucional), a tal punto de lograr que el juez emita sentencia condenatoria, la cual se dará sólo si tiene convicción de la culpabilidad del procesado (fracción VIII del apartado *a* del artículo 20 constitucional). Pero ello no impide que el fiscal gestione el caso por un canal constitucional diferente al dictado de una sentencia; por lo que, no requiere vencer la regla de la duda razonable para solicitar la suspensión condicional del proceso a prueba, la aplicación de criterios de oportunidad o canalizar el caso a justicia restaurativa, y todas estas decisiones son legítimas en el sistema acusatorio mexicano (desconocemos si también en el canadiense), y con la aplicación de tales figuras el sistema no deja de ser acusatorio.

Igualmente, y tomando en cuenta el material fáctico objeto del proceso penal, el imputado junto con su abogado puede ejercer una defensa activa de acuerdo con su teoría del caso, sin que ello implique ser incoherente con el derecho constitucional a la presunción de inocencia (fracción I del apartado *b* del artículo 20 constitucional); en tal virtud, por defensa activa entendemos a la actividad de aportar medios de convicción tendientes al esclarecimiento de los hechos (fracción IV del apartado *b* del artículo 20 constitucional), así como a contravenir los cargos que se le atribuyen y los argumentos que los fundamentan (principio de contradicción: artículo 20 constitucional, primer párrafo); siendo el caso que por la actividad que la defensa realice no invalida la exigencia constitucional que su culpabilidad sea declarada en sentencia por el juez de la causa.

Asimismo, en lo que respecta al juez, la finalidad de esclarecer los hechos no implica volver a la práctica de las diligencias de mejor proveer o suplir las deficiencias de la parte acusadora (como es el temor de Paciocco y Friedman al opinar que con tal finalidad no se podrá proteger al inocente); sino que las decisiones que tome deben descansar en un determinado material fáctico fijado en el auto de vinculación a proceso, tomando en cuenta los derechos humanos de los participantes en el drama penal, la teoría del delito, los principios procesales referentes a la prueba y

los principios que dotan de contenido al procedimiento de individualización judicial de la sanción penal.

Ahora bien, el esclarecimiento de los hechos es compatible con los otros fines constitucionales del proceso penal, como el proteger al inocente, así como con la obligación de las autoridades en proteger los derechos humanos (artículo 1o. constitucional) y ello se refleja con el control de convencionalidad que debe ejercer todo juez, sea cual fuese su jurisdicción y jerarquía, dentro del ámbito de su competencia.³⁸

No obstante, el debate en torno al citado control descansa en si el juez puede o no inaplicar una ley que va en contra de la Constitución o de los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por México. Al respecto, Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil precisan que: “Todos los órganos del Estado están obligados a acatar la Constitución, y para tal efecto lo más natural es que interpreten y apliquen sus disposiciones; el límite de dicha aplicación es lo prescrito por las leyes ordinarias: un juez ordinario no puede dejar de observar una disposición legal, por aplicar directamente la ley fundamental”.³⁹ A primera vista, parece que los citados juristas están en contra del denominado control difuso de convencionalidad, el cual tiene como efecto que un juez inaplique una norma ordinaria por ser violatoria a un determinado derecho humano protegido en un dispositivo constitucional o en un tratado internacional suscrito por México. Sin embargo, en otro estudio, Ferrer Mac-Gregor es explícito en tomar posición por el control difuso de convencionalidad,⁴⁰ precisando que lo que no pueden hacer las autoridades ordinarias es establecer la inconstitucionalidad de una ley o de un acto procesal violatorio de la ley

³⁸ Para mayores detalles véase Benavente Chorres, Hesbert, *La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal. Concepto y modalidades*, Barcelona, J. M. Bosch, 2012.

³⁹ Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2011.

fundamental,⁴¹ y ello es correcto, en la medida que no es lo que persigue el control de convencionalidad.

Pero también es correcto afirmar que, por el control difuso de convencionalidad, en México, se han venido inaplicando normas. Así, tenemos, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Yucatán, la cual, en resolución del 2 de mayo de 2012 (Res. 279-2012), en el caso Manuel de Jesús Jiménez Bautista, inaplicó el artículo 38 constitucional fracción II por ser inconveniente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (con relación a los derechos políticos) y con el Pacto de San José (referente al derecho a la presunción de inocencia). Igualmente, el Octavo Juzgado Penal de San Luis Potosí (en la Averiguación núm. 135/2011) inaplicó el arraigo que fue solicitado por la representación social en el caso Ásale Torres Hermosillo, por ser inconveniente con el Pacto de San José (en lo concerniente a los derechos humanos de presunción de inocencia y a la libertad personal).

En resumen, el programa penal constitucional es coherente al señalar que el objeto del proceso penal es esclarecer los hechos, dado que es la verdad o falsedad de las afirmaciones relacionadas a los hechos que dieron motivo al conflicto penal lo que permitirá emitir decisiones judiciales sobre la base de un conocimiento objetivo. Asimismo, las soluciones autocompositivas tienen como punto de inicio la exposición de aquellos hechos que han generado una relación de conflicto, con la salvedad que el procedimiento mediatorio o conciliatorio busca ahondar más en el conflicto a fin de lograr una restauración entre los sujetos participantes de la relación conflictual.

Al respecto, Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil apuntan lo siguiente:

El proceso penal, entendido este concepto en el sentido teórico más estricto, cumple en sus ámbitos los objetivos que generalmente co-

⁴¹ Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, *op. cit.*, p. 159.

rresponden a cualquier otro: (1) determina la situación jurídica de las partes, en especial la del imputado; (2) lleva al cumplimiento de las normas sustantivas penales y a la reparación de los agravios ocasionados por su contravención, y con ello a la realización de sus propósitos axiológicos inmediatos; y (3) protege la libertad del imputado, impidiendo que sea objeto de afectaciones arbitrarias de rasgos vindicativos. De lo anterior podemos concluir que hay coincidencia esencial entre las posturas teóricas antes reseñadas, y los objetivos que la Constitución impone al proceso penal: (1) establecer los hechos, (2) proteger al inocente, (3) procurar que el culpable no quede impune; y (4) reparar los daños causados.⁴²

Asimismo, el esclarecimiento de los hechos es coherente con los otros fines constitucionales del proceso penal como son: proteger al inocente, que el culpable no quede impune y que los daños causados se reparen (y con todo equivalente al valor justicia), dado que, independientemente del criterio jurídico que se emplee para valorar y definir la justicia de la decisión, se puede asegurar que ésta jamás será justa si se funda sobre una comprobación errónea e inverosímil de los hechos.⁴³ Luego entonces, también resulta equivocada la lectura que los profesores Paciocco y Friedman realizan en torno a que la Procuraduría no puede perseguir la reparación de los daños a la víctima, porque rompería con su imparcialidad y no podrían hacerlo debido a la pesada carga de demostrar la culpabilidad del acusado fuera de toda duda razonable.⁴⁴ Y es equivocada al desconocer que en el modelo acusatorio mexicano a los fiscales les rige, no el principio de imparcialidad, sino el de objetividad junto con el deber

⁴² *Ibidem*, pp. 24 y 25.

⁴³ Taruffo, Michele, “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año VII, núm. 11, 2002, p. 113.

⁴⁴ Paciocco y Friedman, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

de lealtad,⁴⁵ por lo que sin ningún problema pueden ejercer la acción civil derivada de la comisión de un delito en el marco del proceso punitivo. Igualmente, yerran al equiparar problemas operativos en cumplir con la carga de la prueba con la filosofía del sistema de justicia penal acusatorio mexicano: gestionar el conflicto penal a través de canales de respuesta a los intereses penales y civiles de los intervenientes en el drama penal, teniendo como referente el marco fáctico.

Finalmente, los fines constitucionales del proceso penal son coherentes con la obligación de toda autoridad de proteger los derechos humanos, dentro del ámbito de su competencia (artículo 1o. constitucional); encontrándose en el control difuso de convencionalidad el mecanismo para que los jueces del sistema penal cumplan con tal obligación.

⁴⁵ Artículo 107 del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículo 108 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículo 134 del Código de Procedimientos Penales de Chiapas; artículo 122 del Código Procesal Penal de Durango; artículo 137 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México; artículo 38 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato y artículo 137 del Código Procesal Penal de Zacatecas.

IV. ACTOS RECLAMABLES EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR SIN DETENIDO

En cuanto a los actos del sistema acusatorio reclamables en el juicio de amparo, vamos a partir de la dicotomía actos privativos (artículo 14 constitucional)/actos de molestia (artículo 16 constitucional), así como de los criterios jurisprudenciales para identificar si el reclamo debe ser tramitado vía amparo indirecto (violación de derechos sustantivos, afectación en grado superior u omisiones del Ministerio Público) o amparo directo (vicio intraprocesal que afecta el contenido de la sentencia).

Ahora bien, vamos a aterrizar lo señalado en el párrafo anterior, identificando determinados actos reclamables según la etapa del procedimiento penal. En tal virtud, dicho procedimiento lo esquematizamos de la siguiente forma:⁴⁶

A. Etapa de investigación: su finalidad es reunir los elementos de convicción pertinentes, idóneos y suficientes para plantear tanto la formulación de la imputación como la formulación de la acusación; así como permitir al imputado preparar su defensa. Esta etapa se divide en dos momentos:

- a) Investigación preliminar o preprocesal: incluye los actos y diligencias desde la presentación de la denuncia o querella o, en su caso, desde la detención en flagrancia, hasta la formulación de la imputación.

⁴⁶ Siguiendo a lo establecido en el artículo 211 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato.

- b) Investigación complementaria o procesal: a partir de la formulación de la imputación y emisión del auto de vinculación a proceso hasta la formulación de acusación y solicitud de apertura de juicio oral.

B. *Etapa intermedia o de preparación del juicio oral:* comprende los actos realizados desde la notificación de la acusación y la cita para la audiencia intermedia hasta el auto de apertura a juicio oral.

C. *Etapa de juicio oral:* comprende desde la radicación del asunto por parte del presidente del tribunal del juicio oral hasta la audiencia de explicación de la sentencia y, en su caso, la remisión de la copia de esa resolución a las autoridades ejecutoras.

Asimismo, tenemos que integrarla con las reglas de la impugnación y de la ejecución de sentencia, así como el tener presente los actos procesales que emanen de los denominados procedimientos especiales (abreviado, para inimputables, de ejercicio privado de la acción penal e inmediato). Luego, en el presente apartado, empezaremos nuestro recorrido con la etapa de investigación, a partir de su primer momento, esto es, la investigación preliminar o preprocesal y, por razones metodológicas, nos centraremos en la investigación preliminar sin detenido, y en el siguiente apartado nos avocaremos a los actos reclamables que pueden surgir en la investigación preliminar con detenido.

Ahora bien, la primera finalidad de la etapa de investigación es determinar la existencia del hecho que ha sido materia de la noticia criminal. En efecto, esta etapa procesal se inicia con la interposición de la respectiva denuncia o querella ante el Ministerio Público,⁴⁷ o bien cuando una persona ha sido detenida ya sea

⁴⁷ Si fue interpuesta ante una autoridad diferente, la misma deberá redirigirla al Ministerio Público o comunicar al denunciante o querellante que acuda a las oficinas de la mencionada autoridad ministerial para que comunique la comisión de un hecho delictivo.

bajo la figura de la flagrancia delictiva o bien por la modalidad del caso urgente, y conducida ante la mencionada autoridad ministerial. Ahora, en cualquiera de las situaciones anteriormente mencionadas el fiscal toma conocimiento de la realización de uno o más hechos, probablemente, con características de delictuosos.

En esa inteligencia, la primera tarea a realizar por el órgano investigador es indagar si el hecho o hechos comunicados se han realizado, debiéndolos ubicar en tiempo, lugar y modo. Es decir, no se puede ejercer acción penal sobre la base de hechos inexistentes, irreales, ficticios; por lo que el Ministerio Público requiere de un soporte fáctico que fundamente sus decisiones.

Por otro lado, y es la segunda finalidad de la etapa de investigación, el Ministerio Público deberá examinar, utilizando para ello la teoría del delito, si el hecho, cuya existencia ya se estableció, presenta o no las características de un ilícito penal y no se ha actualizado ningún excluyente del delito o de la responsabilidad.

En ese sentido, y a diferencia de la primera finalidad, nos encontramos a juicios de valor normativos que debe efectuar el agente del Ministerio Público (sólo él y no alguno de sus colaboradores anteriormente mencionados); debiendo manejar figuras tales como: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, además de los juicios de imputación objetiva, subjetiva y personal, asimismo instituciones conexas como la autoría y participación, así como la tentativa y consumación.

Por otro lado, también en la etapa de investigación se despliegan diligencias de identificación tanto de los intervenientes en un hecho delictuoso, así como de la probable víctima u ofendido; por ejemplo, realizando entrevistas a los testigos presenciales del hecho, o bien a aquellos que puedan identificar a la persona de la víctima; consultando la base de datos del IFE, etcétera.

Asimismo, también la etapa de investigación sirve para los fines de la defensa, es decir, es el marco por el cual, el abogado defensor se va a enterar de los cargos que se le imputan a su cliente (la hipótesis de caso del Ministerio Público), los motivos de su detención, los hechos que forman parte de la noticia cri-

minal, etcétera; asimismo, la defensa podrá aprovechar esta fase para conocer de los datos de prueba que obran en la carpeta de investigación, la cual está bajo la custodia del Ministerio Público, así como recolectar los suyos y que sirvan como elementos de descargo a ser considerados por las autoridades; esto último, además, permite afirmar que en la etapa de investigación, la defensa puede ir construyendo su hipótesis o teoría del caso y comunicarlo, junto con los datos de prueba que la sustentan, con la finalidad que no continúe el proceso penal o bien, si el mismo sigue su curso el poder acogerse a alguna salida alterna o procedimiento especial que beneficie la situación jurídica del imputado.

En efecto, la etapa de investigación es una fase de vital importancia para la defensa, quien debe conocer el delito que se le atribuye al indiciado y los datos de prueba que se han obtenido a raíz de la realización de las diligencias de investigación. Para ello, deberá acudir al Ministerio Público, y sobre la base de los supuestos que prevé el artículo 20 constitucional, apartado *b*, fracción VI, requerir la carpeta de investigación e incluso copia de su contenido para que, en tiempo oportuno, la defensa pueda preparar sus argumentos de descargo.

Igualmente, la defensa tiene el derecho, en la etapa de investigación, de solicitar al Ministerio Público la realización de diligencias de investigación que al derecho del primero convenga; asimismo, el de recolectar sus datos de prueba y ofrecerlos a la autoridad ministerial para que los anexe a la carpeta de investigación y los valore conforme a ley; todo ello, en aras de mejorar la situación jurídica del imputado (artículo 20 constitucional, apartado *b*, fracción IV).

Sin embargo, no queremos dejar a un lado a la víctima u ofendido de un delito, la cual, y de acuerdo con el artículo 20 constitucional, apartado *c*, fracción I, tiene el derecho a recibir asesoría jurídica y a que se le reciban sus datos de prueba y que se desahoguen las diligencias correspondientes tanto en la etapa de investigación como en el proceso; por lo que, no es un sujeto pasivo durante las investigaciones, sino que es una pieza clave para

el esclarecimiento de los hechos, al ser tanto fuente de información, como también al poder colaborar con el Ministerio Público para la ubicación y localización de otras fuentes, que sirvan para fortalecer la hipótesis de caso de la fiscalía.

Igualmente, y por mandato del artículo 20 constitucional, apartado c, fracción VII, la víctima u ofendido tiene el derecho de impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

Por otro lado, vamos a esquematizar la etapa de investigación en su primer momento, esto es, la preliminar o inicial, cuando el imputado no se encuentra detenido. En tal virtud, el mismo *inicia* con la interposición de la respectiva denuncia o querella, en forma verbal o escrita, ante cualquier cuerpo policial o ante el Ministerio Público. En ese sentido, y con relación a la denuncia, se exige que la misma presente un relato fáctico relacionado con un tipo penal y no la identificación del probable autor, dado que la identidad de éste es objetivo de la investigación (ahora, si el denunciante puede proporcionar datos en torno a tal identidad, bienvenido). Con relación a la querella, la misma sigue considerándose como un requisito de procedibilidad para aquellos delitos que señale la ley secundaria.

Asimismo, la presentación de la denuncia o la querella está regida por la regla de “constancia de atención”, es decir, para garantizar el derecho de toda persona de ser atendida por los órganos de procuración de justicia, se levantará acta si la denuncia fue presentada en forma verbal o bien, el respectivo acuse de recibo si la misma fue interpuesta por escrito. Igualmente, si la denuncia fue presentada ante la policía, ésta de manera inmediata deberá comunicarla al Ministerio Público.

En *segundo lugar*, cuando la fiscalía ha tomado conocimiento de la noticia criminal tendrá que efectuar una *calificación inicial* de la misma, esto es, un preliminar estudio en torno al carácter delic-

tuoso de los hechos denunciados. En tal inteligencia, si el agente del Ministerio Público considera que la denuncia presenta un caso posiblemente delictuoso que requiere ser esclarecido podrá acordar el inicio de la carpeta de investigación o bien remitir la denuncia a la justicia restaurativa (en la medida que se actualice el catálogo de delitos que la ley secundaria haya establecido para la procedencia de los acuerdos restaurativos). Si el fiscal considera la no actualización de una hipótesis delictiva podrá acordar el no inicio de la carpeta de investigación, aplicando la figura: *facultad de abstenerse de investigar*.

Esta facultad, a diferencia del no ejercicio de la acción penal, impacta en la misma decisión de investigar los hechos denunciados por la falta de actualización de un tipo penal, dado que la denuncia descansa en cuestiones civiles, familiares, laborales, religiosas, éticas o políticas. En cambio, el no ejercicio de la acción penal descansa en el supuesto que el fiscal inició carpeta de investigación, al considerar que hay una hipótesis delictiva que esclarecer, pero al hacerlo se llega al resultado que el hecho no constituye delito o se ha actualizado una causal de extinción de responsabilidad.

Ahora bien, contra la decisión del fiscal de no iniciar carpeta de investigación, esto es, aplicar la facultad de abstenerse de investigar, el denunciante tiene el derecho que se le notifique tal decisión y plantear su inconformidad, la cual será resuelta por el juez de control en la respectiva audiencia; pudiendo el órgano jurisdiccional decidir, por un lado, en dejar sin efecto lo acordado por el fiscal y ordenarle que abra la investigación porque los hechos sí actualizan una hipótesis delictiva que requiere ser esclarecida o, por otro lado, confirma la decisión del fiscal, manteniendo los efectos jurídicos del acuerdo de no inicio de carpeta de investigación.

Sin embargo, contra lo resuelto por el juez de control, consideramos, cabe recurrir al amparo indirecto, si el denunciante considera que se le está afectando derechos sustantivos, como el de la reparación de los daños (fracción IV del apartado *c* del artículo

20 constitucional) y el derecho convencional a la verdad.⁴⁸ Al respecto, Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil mencionan lo siguiente:

La víctima posee un “derecho a la verdad” y los inherentes a la reparación del daño derivado de la comisión de ilícito penal. Estas pretensiones reconocidas en el plano internacional, según sea el caso, otorgan a la víctima el reconocimiento judicial a que el proceso penal sea objetivo y correctamente desarrollado en todas sus etapas, inclusive la de “juicio” en sentido teórico estricto, o sea el dictado de la sentencia.⁴⁹

No obstante, debemos recordar que la fracción VII del artículo 114 de la Ley de Amparo menciona que el amparo indirecto procede “contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional”; en ese sentido, y como se afirmó en los párrafos anteriores, la facultad de abstenerse de investigar es una figura diferente al no ejercicio de la acción penal; por lo que en una primera impresión se puede colegir que contra la facultad de abstenerse de investigar no procede el amparo indirecto.

Sin embargo, a raíz del nuevo horizonte constitucional que a favor de la víctima proyecta la reforma del 18 de junio de 2008, se puede afirmar que las fracciones IV y VII del apartado *c* del artículo 20 constitucional, permiten equiparar, en efectos jurídicos, el acuerdo de no inicio de carpeta de investigación (facultad de abstenerse de investigar) con el acuerdo de no ejercicio de la acción penal, por lo que el denunciante los podrá recurrir, primera vía recurso impugnatorio ordinario de reclamación, y luego, por el juicio de amparo. En efecto, ambos acuerdos generan que

⁴⁸ Al respecto, consúltese las siguientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Servellón García y otros *vs.* Honduras, 21 de septiembre de 2006, párr. 156, Bámaca Velásquez *vs.* Guatemala, párr. 201.

⁴⁹ Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, *op. cit.*, p. 211.

no se ponga en marcha la persecución penal, impactando en la esfera de derechos sustantivos de la víctima, como el ya citado derecho a la reparación del daño, por lo que podrá impugnar la decisión que le causa agravio vía amparo indirecto, una vez que haya cumplido con lo exigido por el principio de definitividad.

Al respecto, y en cuanto al cambio del horizonte constitucional, citamos la siguiente jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

De los artículos transitorios del citado decreto, se advierte que cuando alguna legislatura no ha establecido el sistema penal acusatorio dentro de la legislación secundaria correspondiente ni ha emitido la declaratoria que señale expresamente que dicho sistema ha sido incorporado en los ordenamientos, o bien, la declaratoria en que se establezca que ya existían ordenamientos preconstitucionales sobre la materia, como estos aspectos condicionan la vigencia de las reformas y adiciones de mérito, al existir una *vacatio legis* que no puede exceder el plazo de ocho años dispuesto para ello, el fundamento para reclamar en amparo indirecto las determinaciones de no ejercicio o desistimiento de la acción penal se encuentra en el artículo 21, cuarto párrafo, de la Constitución General de la República, antes de reformarse, pues esas circunstancias hacen que siga surtiendo efectos. En cambio, de haberse cumplido las condiciones para la entrada en vigor de las reformas y adiciones constitucionales, la víctima u ofendido debe impugnar las determinaciones referidas ante el Juez facultado dentro del sistema acusatorio instaurado, en razón de que la intención del Constituyente Permanente fue que en el nuevo esquema procesal el órgano jurisdiccional conozca de esas impugnaciones para controlar su legalidad, y que contra la resolución que se emita al respecto, proceda el juicio de garantías conforme al vigente artículo 20, apartado C, fracción VII, de la Ley Fundamental.⁵⁰

⁵⁰ Jurisprudencia 1a./J. 118/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIII, Novena Época, 1a. Sala, marzo de 2011, p. 17.

Asimismo, la equiparación por efectos entre el abstenerse de investigar con el no ejercicio de la acción penal, así como el cumplir con el principio de definitividad, es señalada en la siguiente tesis aislada emitida por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito:

Las decisiones del Ministerio Público en el Estado de Chihuahua sobre el archivo temporal, la abstención de investigar y no ejercicio de la acción penal, así como de su extinción por perdón u omisiones en la investigación, pueden ser impugnadas por la víctima u ofendido ante el Juez de Garantía, a través del recurso de queja en términos de los artículos 223 y 227 del Código de Procedimientos Penales del Estado. Ahora bien, si a través del amparo se impugna la omisión de la representación social de pronunciarse sobre dicha pretensión punitiva sin agotar el citado recurso, es inconcuso que se actualiza la causal de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XV, de la Ley de Amparo, al no haberse agotado el principio de definitividad que rige al juicio de garantías, sin que dicho acto pueda considerarse como una excepción a tal principio pues, de acuerdo con el último numeral, sólo se admiten dos excepciones: a) cuando las leyes que rigen los actos reclamados exijan mayores requisitos que la Ley de Amparo para conceder la suspensión definitiva, y b) cuando el acto reclamado carezca de fundamentación, por lo que no puede atenderse una hipótesis ajena.⁵¹

Por otro lado, y en *tercer lugar*, si el fiscal decide dictar el acuerdo de inicio, entonces se abrirá la respectiva carpeta de investigación, en la cual se integrarán (1) las diligencias de investigación, (2) providencias ministeriales, (3) providencias precautorias que en el curso de la indagación se vayan dictando y (4) los anticipos probatorios. En ese orden de ideas, el efecto de iniciar carpeta es desplegar los actos de investigación conducentes al estableci-

⁵¹ Tesis aislada XVII.1o.P.A.72 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIII, Novena Época, T.C.C., abril de 2011, p. 1194.

miento del carácter delictuoso de los hechos denunciados y la identificación del probable autor o partícipe (sin la presión que genera el término constitucional de iniciar investigación con detenido); actos que se ven complementados con las providencias ministeriales y precautorias que se vayan generando, en atención a la necesidad del caso.

Así, entre los actos de investigación tenemos los comunes y los especiales; son comunes aquellas diligencias que se despliegan con independencia a la naturaleza o complejidad del hecho delictuoso denunciado; así tenemos: inspecciones, peritajes, entrevistas, reconocimientos y reconstrucciones. En cambio, son especiales, aquellas diligencias *ad hoc* al hecho objeto de la noticia criminal; así, en el caso de los homicidios, el levantamiento del cadáver, la necropsia, la exhumación y la inhumación son actos de investigación especiales; igualmente, en el tráfico ilícito de drogas, se aplican las técnicas especiales de agente encubierto y remesa controlada.

Ahora bien, el décimo cuarto párrafo del artículo 16 constitucional dispone que: “Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos”. En tal virtud, será la legislación secundaria la que indique cuáles son las diligencias de investigación que requieren control judicial (como es el caso de la revisión corporal o examen invasivo),⁵² o bien, interpretando el artículo

52 El examen invasivo es aquella técnica de investigación tendiente a practicar exámenes corporales, pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros similares; el tema es que, como se invadirá la esfera de la intimidad del examinado, se requiere consentimiento de éste; sin embargo, si no lo otorga o no puede otorgarlo, el Ministerio Público podrá requerir que el juez de control, en audiencia y con respeto al pudor del examinado, autorice la extracción. Al respecto, consultese: artículo 258 del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículo 259 del Código de Procedimientos Penales de Chi-

1o. constitucional, en el sentido que, si una técnica de investigación va a afectar derechos humanos, entonces se requiere de la intervención del juez de control.

Con relación al amparo, debemos recordar que las diligencias de investigación tienen el valor de datos de prueba y sustentan las decisiones que se tomen con anterioridad a la audiencia de juicio oral; así tenemos: orden de aprehensión, el auto de vinculación a proceso, la imposición de medidas cautelares o la sentencia del procedimiento abreviado.⁵³ Ahora bien, piénsese en el dato de prueba: peritaje genético, el cual se sustenta en un fluido extraído al examinado-imputado sin su consentimiento o bien por autorización del juez de control en una audiencia donde no se respetó el pudor del examinado-imputado.

En tal virtud, tal dato de prueba no puede ser tomado en cuenta para el dictado de una decisión judicial en los términos del párrafo anterior, dado que hay una equiparación en sus efectos con la prueba ilícita, por violación a los derechos humanos del examinado-imputado. Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación indicó que:

La fuerza normativa de la Constitución y el carácter inviolable de los derechos fundamentales se proyectan sobre todos los integrantes de la colectividad, de tal modo que todos los sujetos del ordenamiento,

huahua; artículo 304 del Código Procesal Penal de Chiapas; artículo 242 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato; artículo 241 del Código Procesal Penal de Oaxaca, y artículo 165 del Código Procesal Penal de Zacatecas. En cambio, en la legislación mexiquense, sólo se ha mencionado que se registrará la negativa del examinado en prestar su consentimiento: artículo 243 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México.

⁵³ Artículo 235 del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículo 236 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículo 293 del Código Procesal Penal de Chiapas; artículo 249 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México; artículo 298 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato; artículo 222 del Código de Procedimientos Penales de Morelos; artículo 230 del Código Procesal Penal de Oaxaca y artículo 260 del Código Procesal Penal de Zacatecas.

sin excepciones, están obligados a respetar los derechos fundamentales de la persona en todas sus actuaciones, incluyendo la búsqueda y ofrecimiento de pruebas; es decir, de aquellos elementos o datos de la realidad con los cuales poder defender posteriormente sus pretensiones ante los órganos jurisdiccionales. Así, a juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violando derechos fundamentales, no surtirán efecto alguno.⁵⁴

Asimismo, y siguiendo la regla de exclusión de la tesis del fruto del árbol envenenado, carece de efecto jurídico, en el ejemplo propuesto, tanto el acto de extracción de fluido como el peritaje que descanse en el mismo y todos aquellos que se desprendan del acto violatorio al derecho fundamental (salvo que se actualice una excepción a la regla de excepción, como la fuente independiente). En ese sentido, y siguiendo la tesis aislada del párrafo anterior:

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 resultas de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales. Tanto unas como otras han sido conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental —las primeras de forma directa y las segundas de modo indirecto— por lo que, en pura lógica, de acuerdo con la regla de exclusión, no pueden ser utilizadas en un proceso judicial.⁵⁵

Ahora bien, debemos recordar que la prueba ilícita ha sido trabajada en el amparo directo, dado que:

⁵⁴ Tesis aislada 1a. CLXII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIV, Novena Época, 1a. Sala, agosto de 2011, p. 226.

⁵⁵ *Idem*.

La nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculpado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculpado.⁵⁶

Como se aprecia, el fundamento para invalidar la prueba ilícita son derechos del debido proceso, mas no sustantivos, justificándose así el carril del amparo directo. Sin embargo, ¿qué trata de decir la fracción XI del apartado *a* del artículo 20 constitucional cuando señala que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula?

Al respecto, y siguiendo con el ejemplo propuesto de la extracción de fluidos sin el consentimiento del examinado-imputado o mediante autorización del juez de control en audiencia donde no se respetó el pudor del examinado-imputado, debemos recordar que con tales diligencias de investigación se puede fundamentar un auto de vinculación a proceso y la legalidad en imponer medida cautelar (como la prisión preventiva), decisiones que impactan en el derecho a la libertad del imputado; siendo desproporcional esperar la firmeza de la sentencia para recurrir al amparo directo a efecto de reponer el procedimiento.

Ahora bien, lo razonable sería, por un lado, que el juez de control no valore aquellas diligencias de investigación violatorias a derechos fundamentales sin importar que por ello no imponga una medida cautelar o dicte auto de vinculación a proceso; o por

⁵⁶ Jurisprudencia 1a./J. 139/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, Décima Época, 1a. Sala, diciembre de 2011, t. 3, p. 2057. El derecho a la defensa adecuada es mencionada en la jurisprudencia como la regulada en el artículo 20 constitucional fracción IX; sin embargo, con la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, el marco constitucional sería la fracción VIII, del apartado *b* del artículo 20 constitucional.

otro lado, que el afectado con la violación a sus derechos recurra al amparo indirecto, señalando como agravio que la medida cautelar o el auto de vinculación a proceso afectó sus derechos fundamentales al sustentarse en diligencias de investigación (datos de prueba) ilícitas.⁵⁷

En ese orden de ideas, el recurrir al amparo indirecto se sustenta en dos posiciones de contenido opuestas: (1) grado predominante o superior de la afectación y (2) el reconocimiento de la afectación de derechos sustantivos en la ilicitud de los datos de prueba.

Así, la primera posición postula que la prueba ilícita afecta derechos procesales, como los mencionados en la jurisprudencia anteriormente citada, pero cuya gravedad es de tal trascendencia que perjudica en grado superlativo al quejoso. El problema respecto de estas “afectaciones en grado predominante o superior” es que primigeniamente su impugnación corresponde al amparo directo, cuando se reclame la resolución final del asunto. Sin embargo, por el principio *pro actione*, cuando se trate de una violación que afecte en “grado predominante o superior”, su impugnación puede darse optativamente por amparo indirecto o

⁵⁷ Al respecto, Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil señalan lo siguiente: “Las funciones del juez de control en el procedimiento penal son primordialmente preventivas, porque de su autorización dependerá si ciertos actos de investigación serán o no realizados; esto sería así, incluso cuando dicho juzgador revise *a posteriori* los resultados de la investigación ministerial que emanaran de la violación de derechos fundamentales. Por ejemplo, cuando el juez de control desecha los datos obtenidos en un cateo ilícito, la violación ya se habría cometido, pero el juez de control no invalidaría ni haría “insubstancial” dicha actuación como sucede en el amparo, sino sólo impediría que se desplieguen sus efectos y que trasciendan al proceso, en atención a su *deber de protección y promoción de los derechos fundamentales* dentro de su competencia ordinaria en el proceso penal, que ahora expresa el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional. La sutil diferencia entre “anular” o “invalidar” y “privar de efectos” un acto de esa índole, establece la diferencia entre que los jueces de control tengan carezcan de jurisdicción constitucional. A solamente poder desplegar la segunda alternativa, dichos jueces no hacen más que observar ese deber protector que corresponde a cualquier otra autoridad, en el ejercicio de su jurisdicción ordinaria”. *Op. cit.*, pp. 40 y 41.

directo; de lo contrario, se ocasionaría una grave indefensión del inculpado y la ociosidad del procedimiento por la reposición que disponga el juez de amparo. Así, Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil analizan la afectación en grado predominante o superior al comentar la fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo.⁵⁸

La segunda posición implica un cambio de partida con relación a la primera postura, esto es, que la prueba ilícita afecta derechos sustantivos y, en forma refleja, derechos procesales, máxime si la ilicitud se presenta en diligencias de investigación que tienen el valor de datos de prueba para las decisiones que se tomen con anterioridad a la audiencia de juicio oral. En efecto, el derecho a la libertad personal, y sin mencionar los derechos a la integridad psico-física e intimidad que fueron afectados en el caso propuesto de la extracción indebida de fluidos, son cuestiones de derechos sustantivos, que implican una violación directa a la Constitución. En ese sentido, si bien los derechos procesales a que los jueces se conduzcan con imparcialidad (artículo 17 constitucional) y a una defensa adecuada (fracción VIII del apartado *b* del artículo 20 constitucional) se ven afectados, ello no impide afirmar la violación a derechos sustantivos en los términos señalados al inicio de este párrafo. Ahora bien, se puede recurrir al amparo indirecto sin la necesidad de ampliar, vía interpretación, el criterio de la afectación en grado predominante o superior, porque la causal de la fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo se produce cuando se afectan derechos sustantivos.⁵⁹

Otra cuestión a tomar en cuenta es determinar qué acto de autoridad se va a impugnar vía amparo indirecto: el auto de vincu-

58 Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, *op. cit.*, pp. 169 y 170.

59 EJECUCIÓN IRREPARABLE. SE PRESENTA, PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL AMPARO INDIRECTO CONTRA ACTOS DENTRO DEL JUICIO, CUANDO ÉSTOS AFECTAN DE MODO DIRECTO E INMEDIATO DERECHOS SUSTANTIVOS, Jurisprudencia 189, Apéndice 2000, Pleno, t. VI, p. 154. Véase AMPARO INDIRECTO. REGLAS PARA SU PROCEDENCIA, RESPECTO DE ACTOS DICTADOS DENTRO DEL JUICIO, DESPUÉS DE CONCLUIDO Y EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA, Jurisprudencia 1a./J. 29/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, t. XVII, junio de 2003, p. 11.

lación a proceso o la medida cautelar, o bien, siguiendo el ejemplo propuesto, la orden del juez de control para la extracción de fluidos o la forma como se extrajo la misma en la audiencia dirigida por el citado juez así se esté en una investigación preliminar o preprocesal. Ello tiene un fuerte impacto cuando se toma en cuenta la fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo, dado que la misma gira en torno a los actos en *juicio*, y como se indicó al inicio de este estudio, el juicio se inicia con el auto de vinculación a proceso; luego entonces, la ilicitud de los datos de prueba se puede invocar cuando se recurre el citado acto procesal o los posteriores en términos de la norma últimamente citada.

No obstante, queremos dejar la puerta abierta en torno al grado de rendimiento de la procedencia del amparo indirecto en términos de lo que señala el artículo 117 de la Ley de Amparo, esto es, que si la diligencia de investigación que despliega el Ministerio Público, en forma directa o mediante autorización del juez de control, importa un ataque a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, sería procedente el juicio de garantías; en efecto, si tomamos en cuenta el primer y tercer párrafo del artículo 1o. constitucional⁶⁰ se puede afirmar que, mediante acto de autoridad se ha dado una violación directa a la Constitución, al haberse violado los derechos humanos del examinado-imputado (en el ejemplo propuesto), habiéndose afectado los derechos de integridad personal, libertad personal e intimidad, previstos en los artículos 50., 7o. y 11 del Pacto de San José; por lo que el afectado puede

60 “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece...”

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

recurrir al amparo indirecto en contra del acto de autoridad que le causó agravio, sin esperar el dictado, por ejemplo, del auto de vinculación a proceso.

En suma, la ilicitud de los datos de prueba por la práctica de diligencias de investigación violatorias a derechos fundamentales, desde nuestro punto de vista, abre varias aristas para el examen de procedencia del amparo en su modalidad de indirecto que, esperamos, pueda ser tema de interés para la comunidad jurídica.

Por otro lado, durante la investigación preliminar se pueden dictar providencias ministeriales, las cuales son medidas que toma el Ministerio Público durante la citada investigación y sin la necesidad de contar con la autorización del juez de control. Así tenemos: medidas de protección a favor de la víctima, ofendido o testigos; medidas de aseguramiento de bienes; medidas de vigilancia pública (por ejemplo, para el cumplimiento de una orden de aprehensión librada por el juez de control) y la reserva de determinadas piezas de la carpeta cuando fuese necesario para el éxito de la investigación. Ahora bien, el hecho que falte un control judicial *ex ante* no obstaculiza uno *ex post*; en tal virtud, y al igual que en las técnicas de investigación, el juez de control puede escuchar los reclamos de los demás intervenientes en el proceso penal en torno a la legalidad y licitud de las providencias ministeriales.

Con relación al amparo, el mismo sería procedente sólo si se actualiza lo señalado en el artículo 117 de la Ley de Amparo, lo que no siempre ocurre con todas las providencias ministeriales; además, que las mismas ni siquiera podrían actualizar la regla del acto futuro inminente.⁶¹

⁶¹ Se mencionó esta regla ante la posibilidad de combinarse una gama de variables, como por ejemplo: el dictado de la providencia ministerial de vigilancia pública a fin de localizar el paradero del indiciado y solicitar al juez de control una orden de cateo; argumentando el quejoso que con la providencia ministerial conllevará, necesariamente, el dictado de la citada orden judicial, dándose una cadena de actos de autoridad que constituyen un ataque a la libertad personal fuera de procedimiento judicial.

Igualmente, durante la investigación preliminar sin detenido, la fiscalía puede solicitar al juez el dictado de providencias preventivas, de conformidad con lo señalado en el párrafo décimo cuarto del artículo 16 constitucional. Es decir, antes que se formule imputación y ante un riesgo de sustracción a la acción de la justicia, la fiscalía podrá solicitar al juez de control el dictado de una orden de cateo o de una orden de aprehensión; la diferencia estriba que en el cateo se logrará el ingreso a un recinto particular con fines de inspección, aseguramiento de objetos y personas relacionadas con la comisión de un delito; en cambio, la aprehensión implica el aseguramiento del indiciado localizado fuera de un recinto particular.

Con relación a la orden de cateo, el undécimo párrafo del artículo 16 constitucional indica que:

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar catedo o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

En tal virtud, la orden de cateo es una excepción constitucional al derecho a la inviolabilidad del domicilio, reconocido en el artículo 16 constitucional primer párrafo, así como, en el artículo 11.2 del Pacto de San José. Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

Con la finalidad de tutelar efectivamente la persona, familia, domicilio, papeles y posesiones de los gobernados, el Constituyente estableció en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que las órdenes de cateo única y exclusivamente puede expedirlas la autoridad judicial cumpliendo los siguientes requisitos:

ACTOS RECLAMABLES SIN DETENIDO

55

a) que conste por escrito; b) que exprese el lugar que ha de inspeccionarse; c) que precise la materia de la inspección; d) que se levante un acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.⁶²

Ahora bien, la violación a lo prescrito en el undécimo párrafo del artículo 16 constitucional conlleva una afectación al citado derecho a la inviolabilidad de domicilio, originando, por un lado, que el juez de control no la invoque entre los datos de prueba que sustente cualquier decisión judicial y, por otro lado, que el juez del amparo invalide o deje insubsistente tal diligencia. En tal sentido, la jurisprudencia citada en el párrafo anterior menciona lo siguiente:

En observancia a la garantía de inviolabilidad del domicilio, establece que si no se cumple con alguno de los requisitos del octavo párrafo del citado precepto constitucional, la diligencia carece de valor probatorio. Por tanto, las pruebas obtenidas con vulneración a dicha garantía, esto es, los objetos y personas que se localicen, su aprehensión en el domicilio registrado y las demás pruebas que sean consecuencia directa de las obtenidas en la forma referida, así como el acta circunstanciada de la propia diligencia, carecen de eficacia probatoria. En efecto, las actuaciones y probanzas cuyo origen sea un cateo que no cumpla con los requisitos constitucionales y por tanto, sin valor probatorio en términos del señalado artículo 61, carecen de existencia legal, pues de no haberse realizado el cateo, tales actos no hubieran existido.⁶³

Claro está, que en la dinámica del sistema acusatorio, si durante la investigación se ingresa al recinto particular es en búsqueda de datos de prueba y no de pruebas, al menos no en términos de

⁶² Jurisprudencia 1a./J. 22/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVI, Novena Época, 1a. Sala, agosto de 2007, p. 111.

⁶³ *Idem*.

lo que indica la fracción III del apartado *b* del artículo 20 constitucional; por lo que, el incumplimiento de lo preceptuado en el undécimo párrafo del artículo 16 constitucional originará hablar de la ilicitud de los datos de prueba obtenidos durante el ingreso ilegal al recinto particular.

Luego, observamos una conexión entre un cateo ilegal con la violación de un derecho sustantivo como la inviolabilidad del domicilio que genera como efecto el no ser considerado como dato de prueba por el juez de control en las decisiones que tome con anterioridad a la celebración de la audiencia de juicio oral, dejando a salvo el derecho del afectado a recurrir al juicio de amparo.

Claro está que la insubstancia del cateo puede ser pronunciada vía amparo directo y que en el modelo acusatorio mexicano sería entendible cuando en la legislación secundaria se prevea que el cateo puede ser introducido, vía lectura del acta, en la audiencia de juicio oral, bajo la modalidad de prueba documentada que sustenta la sentencia;⁶⁴ pero también el quejoso puede recurrir al amparo indirecto por violación al derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio, salvo que al presentarse la demanda de amparo ya se llevó a cabo el acto reclamado consistente en el cateo y al no combatirse por vicios propios, genera que las violaciones a dicha garantía queden consumadas de manera irreparable, en virtud de que no es posible restituir al quejoso en ese derecho cuando se le infringe; sin embargo, esta circunstancia no influye sobre la impugnabilidad de la propia orden de cateo a través de un diverso amparo indirecto, en el que se aleguen perjuicios ajenos a la inviolabilidad del domicilio que se occasionen

⁶⁴ Por ejemplo, el artículo 374, fracción II, apartado a, del Código de Procedimientos Penales del Estado de México indica que: “II. Las partes lo soliciten y el juez lo estime procedente, por lectura en la parte conducente: a) La prueba documental o de informes y las actas de inspección, cateos, aseguramientos y los reconocimientos a los que el testigo aluda en su declaración durante el debate”. Al respecto, véase Benavente Chorres, Hesbert, “La prueba documentada en el nuevo sistema de justicia penal mexicano”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 16, núm. 1, 2010, pp. 197-217.

al quejoso, al emitirse con base en esa diligencia una resolución judicial.⁶⁵

Por otro lado, tenemos la providencia precautoria de la orden de aprehensión; al respecto, los párrafos tercero y cuarto del artículo 16 constitucional precisan que:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al culpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

Al respecto, ya se ha establecido que la orden de aprehensión puede ser recurrida vía el amparo sin la necesidad de satisfacer el contenido del principio de definitividad;⁶⁶ por lo que queremos resaltar otros aspecto de la citada providencia precautoria. En efecto del dispositivo constitucional anteriormente citado se aprecian los tres requisitos de la orden de aprehensión: *a)* denuncia o querella, *b)* que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad, y *c)* que existan datos de prueba que acreditan un hecho delictuoso y la probable intervención del indiciado. Sin embargo, y vía legislación secundaria, la citada figura presenta un cuarto requisito el cual se relaciona con la audiencia de formulación de imputación.

En efecto, en el modelo acusatorio, la naturaleza jurídica de la orden de aprehensión es la de ser el medio para lograr el asegu-

⁶⁵ Tesis aislada III.2o.P.190 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, y t. XXIII, Novena Época, T.C.C., febrero de 2006f p. 1851.

⁶⁶ Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, *op. cit.*, pp. 150-167.

ramiento del indiciado y así se le pueda formular imputación en audiencia que, de manera inmediata, se llevará a cabo cuando el aprehendido sea puesto a disposición del juez de control. Ahora bien, en las legislaciones secundarias identificamos tres casos para conectar la orden de aprehensión con la formulación de la imputación.

El primer caso de procedencia es que la comparecencia del imputado pudiera verse demorada o dificultada, conllevando que el juez, a solicitud del Ministerio Público, pueda ordenar su aprehensión, para ser conducido a su presencia, sin previa citación, a fin de formularle la imputación (primer párrafo del artículo 161 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua). Esta hipótesis descansa en una prognosis del riesgo de sustracción a la acción de la justicia, basado en datos de prueba pertinentes, idóneos y suficientes que el Ministerio Público deberá exponer en la audiencia de solicitud de la orden de aprehensión.

En ese sentido, y como este supuesto de procedencia es el más recurrente en las legislaciones secundarias, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito ha apuntado que:

En este supuesto el Ministerio Público deberá expresar los motivos por los que considera se dificultaría o demoraría la comparecencia del imputado a la audiencia de formulación de la imputación, en caso de ser citado, y las causas que hacen necesaria su aprehensión. Lo anterior conduce a establecer que, en aras de respetar el principio de imparcialidad integrante del nuevo sistema de justicia penal, en tratándose de los casos en que el Ministerio Público acuda ante el Juez de Control a solicitar una orden de aprehensión con el fin de lograr la comparecencia del indiciado para formularle la imputación, dicho juzgador debe negar la orden de captura si el representante social no justifica los extremos de su petición; es decir, si no expone las razones, los motivos o las circunstancias del porqué la asistencia del indiciado a la audiencia de la formulación de imputación pudiera verse demorada o dificultada en caso de que fuera citado, y que hacen necesaria su aprehensión; ello también en aras del respeto al

principio de presunción de inocencia contenido en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en el numeral 6 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, vigente a partir del uno de octubre de dos mil nueve, pues con la emisión del mandato aprehensorio sin que se cumplan tales requisitos, se violan los principios referidos por parte del juzgador de control (que sigue siendo de jurisdicción ordinaria en nuestro país), al subsanar la deficiencia u omisión en que incurrió el representante social, o bien, pasar por alto la injustificación de la actuación legalmente exigida a la parte persecutora, lo que le está prohibido al juzgador.⁶⁷

El segundo caso es solicitar la aprehensión del imputado cuando a la audiencia que fue legalmente citado, no compareció sin causa justificada (segundo párrafo del artículo 161 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua). Al respecto, el Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito precisó que:

Por tanto, al existir obligación legal a cargo del Juez de Garantía de emitir un auto o acuerdo en todos los demás casos diversos a la emisión de una sentencia, dicho juzgador debe dictar el proveído correspondiente a la celebración de la audiencia judicial a la que fue legalmente citado el imputado y dejar constancia de su inasistencia sin mediar causa justificativa, para que pueda actualizarse el supuesto legal que se requiere para emitir la orden de captura, en términos del párrafo segundo del invocado artículo 161.⁶⁸

El tercer caso de procedencia de la orden de aprehensión gira en torno a que el Ministerio Público podrá solicitar al juez de control la citada providencia precautoria para que el inculpado

⁶⁷ Tesis aislada II.2o.P.253 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIII, Novena Época, T.C.C., marzo de 2011, p. 2278.

⁶⁸ Tesis aislada XVII.30 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIV, Novena Época, T.C.C., agosto de 2011, p. 1389.

sea conducido a su presencia, sin previa citación, a fin de formularle la imputación, tratándose de delitos donde procede la prisión preventiva oficiosa (artículo 184 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México).⁶⁹ Aquí, la fiscalía no necesita acreditar el riesgo que el imputado no asista a la citada audiencia, sino la actualización de los elementos típicos de uno de los delitos en que procede, de manera oficiosa, la prisión preventiva, para presumir que el indiciado no irá a la audiencia para que se le forme la imputación.

En tal virtud, si ya desde el tercer párrafo del artículo 16 constitucional encontramos el requisito de la tipicidad de la conducta para que se libre la orden de aprehensión,⁷⁰ la misma se torna más urgente y necesaria tratándose de los delitos previstos en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional; justificándose que una legislación, como la mexiquense, lo tome como base para un caso de procedencia de la aprehensión.

Ahora bien, si el juzgador libra una orden de aprehensión y después vincula al imputado a proceso penal, al igual que como acontecía con el auto de formal prisión, tal acontecimiento origina un cambio de situación jurídica, porque a pesar de la diferencia conceptual, ambas figuras jurídicas son semejantes en cuanto al fondo y efectos que producen para el indiciado, dado el cúmulo de medidas cautelares que actualmente pueden decretarse en su contra, inclusive la prisión preventiva. En ese sentido, cuando el acto reclamado consista en una orden de aprehensión y la autoridad responsable informe que se vinculó a proceso al inculpado, resulta inconcuso que la autoridad federal no puede decidir sobre el caso sin afectar la nueva situación a la que se sujetará el quejoso, cualquiera que haya sido la medida preventiva decretada respecto de su libertad personal, toda vez que la con-

⁶⁹ Tesis aislada II.2o.P.253 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIII, Novena Época, T.C.C., marzo de 2011, p. 2278.

⁷⁰ Tesis aislada III.2o.P.219 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, Novena Época, T.C.C., septiembre de 2009, p. 3157.

dición particular que guardaba antes de la ejecución de dicho mandamiento judicial motiva que queden consumadas irreparablemente las violaciones reclamadas que asevera se cometieron al librarse la orden de captura y, por tanto, se actualiza la causal de improcedencia prevista en la fracción X del artículo 73 de la Ley de Amparo.⁷¹

Por otro lado, en la carpeta de investigación se puede integrar los casos de anticipos probatorios que la legislación secundaria autoriza desde la investigación preliminar. En efecto, la fracción III del apartado *a* del artículo 20 constitucional señala que:

Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo.

En ese orden de ideas, el concepto constitucional de prueba es la desahogada ante el tribunal de juicio oral, con excepciones. Luego entonces, se entiende por qué en la legislación secundaria se tuvo que distinguir entre datos de prueba, medios de prueba y prueba.⁷² En efecto, son datos de prueba toda fuente de información aún no desahogada ante el juez, que se advierta idóneo, pertinente y en su conjunto suficiente para acreditar un hecho calificado por la ley como delito y la probable intervención del imputado; en tal virtud, son las informaciones obtenidas por las diligencias de investigación.

En cambio, son medios de prueba, aquellas fuentes de información que las partes ofrecen durante la etapa intermedia, salvo

⁷¹ Tesis aislada XVII.1o.P.A.51 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIX, Novena Época, T.C.C., marzo de 2009, p. 2687.

⁷² Artículo 285 del Código Procesal Penal de Chiapas; artículo 38 del Código Procesal Penal de Durango; artículo 185 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México; artículo 298 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato. Salvo Chihuahua que emplea la fórmula genérica “medios de prueba” (artículo 36 del Código de Procedimientos Penales).

excepciones, con la finalidad que sean incorporados al proceso y desahogados conforme a ley. Luego, son pruebas lo desahogado ante la autoridad judicial; donde ingresa el concepto constitucional de la fracción III del apartado *a* del artículo 20 constitucional.

Ahora bien, los datos de prueba sirven para fundar las decisiones que se tomen con anterioridad al juicio oral, incluyendo la sentencia abreviada. En cambio, son las pruebas lo que dota de contenido a la sentencia emitida en el juicio oral. Al respecto, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito ha señalado lo siguiente:

La ausencia general del valor probatorio de las actuaciones de la investigación practicadas con el objeto de decretar las medidas cautelares, así como las desahogadas en la audiencia de vinculación a proceso, se obtiene, en principio, de las reglas contenidas en los artículos 236 y 284 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer que los antecedentes de la investigación y los elementos de convicción desahogados en dicha audiencia, “carecen de valor probatorio para el dictado de la sentencia”, salvo los realizados de conformidad con las diversas reglas previstas en el propio código para el anticipo de prueba, o bien, aquellos que autoriza a incorporar por lectura o reproducción durante la audiencia de debate de juicio oral. En consecuencia, es importante distinguir entre los datos de investigación y los actos de prueba propiamente dichos; los primeros son medios de averiguación del hecho punible y la participación culpable que, a lo más, alcanzan un cierto estándar que puede originar determinados efectos personales y patrimoniales de carácter aseguratorio o cautelar contra una determinada persona, incluso constituirse en el fundamento de la acusación del Ministerio Público en contra de la misma; en cambio, las pruebas propiamente dichas, de conformidad con los numerales 299 y 332 del mismo ordenamiento legal, son las que se ofrecen en la etapa intermedia y se practican durante la audiencia de debate de juicio oral, salvo, se reitera, las excepciones previstas en la propia ley. Así, para que un imputado pueda ser condenado o absuelto se requiere la producción

de prueba en sentido estricto en el curso del juicio oral, al carecer de valor probatorio los antecedentes de la investigación y los elementos de convicción desahogados en la audiencia de vinculación a proceso. La alteración de esta lógica puede conducir a un retorno de las formas de actuación propias del sistema inquisitivo.⁷³

Sin embargo, del concepto constitucional de prueba se desprende la presencia de excepciones, como la prueba anticipada, que la ley secundaria deberá señalar sus requisitos (pero no es la única excepción o lo único que señala el enunciado constitucional). Estas excepciones se conocen como anticipos probatorios, esto es, que determinadas diligencias realizadas con anterioridad al juicio oral, por imperio de la ley, se les dota de valor probatorio. Tales anticipos son incorporados al juicio oral, vía lectura o reproducción, y que reciben el nombre de *prueba documentada o de registro*.

En esa inteligencia, los anticipos probatorios o prueba documentada son:

- 1) Prueba anticipada, la cual consiste en adelantar, en audiencia y con presencia de las partes y el juez de control, los interrogatorios de aquellos testigos, peritos u oficiales de policía, que por una razón justificada no podrán concurrir a la audiencia de juicio oral.⁷⁴
- 2) Peritaje irreproducible, es decir, aquel examen de experto que por la naturaleza de lo examinado no se podrá repetir; así tenemos los casos de necropsia o el exudado vaginal. En tal virtud, la legislación secundaria ha establecido la regla

⁷³ Tesis aislada XVII.1o.P.A.66 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXII, Novena Época, T.C.C., octubre de 2010, p. 2890.

⁷⁴ Una situación problemática es lo previsto en el artículo 264 del Código Procesal Penal de Yucatán, que señala que la prueba anticipada se podrá solicitar después de la formulación de la imputación, lo cual genera como problema en qué se hace si desde la investigación preliminar se tiene la necesidad de adelantar el interrogatorio de aquel testigo, perito u oficial de policía que por razón justificada no podrá asistir al juicio oral.

que antes que se practique el peritaje, se debe notificar al defensor (sea conocido o el público), comunicándole que se va a realizar un peritaje de naturaleza irreproducible a lo que tiene derecho de asistir, acompañado de su perito; de esta manera, se garantiza la legalidad de la diligencia.⁷⁵

- 3) Los demás que la legislación secundaria autoriza introducir al juicio oral y observándose los requisitos que se hayan fijado.

Ahora bien, en la carpeta de investigación podrá obrar copia del acta y video de la audiencia donde se desahogó la prueba anticipada (sin perjuicio que la defensa tenga la suya y que el original obre en la carpeta administrativa). Asimismo, en dicha carpeta se apreciará tanto el peritaje practicado como la notificación que se le efectuó al defensor, en términos del peritaje irreproducible.

Por otro lado, y *en cuarto lugar*, una vez que la carpeta de investigación se ha integrado con datos de prueba provenientes de diligencias de investigación, providencias ministeriales o providencias precautorias, el agente del Ministerio Público debe tomar una decisión la cual se denomina *calificación de la investigación preliminar*, y gira en torno a acordar: 1) el no ejercicio de la acción penal; 2) la reserva provisional de la investigación, o 3) la aplicación de criterios de oportunidad; o bien, el fiscal, sobre la base de las investigaciones puede decidir por formular imputación en la audiencia respectiva.

Con relación al acuerdo de no ejercicio de la acción penal, también conocido como archivo definitivo, descansa en que el hecho investigado no constituye delito o bien porque se ha actualizado una causal de sobreseimiento.⁷⁶ A diferencia de la facultad

⁷⁵ Artículo 354 del Código Procesal Penal de Chiapas; artículo 289 del Código Procesal Penal de Durango; artículo 284 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México; artículo 264 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato y artículo 250 del Código Procesal Penal de Yucatán.

⁷⁶ Artículo 225 del Código de Procedimientos Penales de Baja California;

de abstenerse de investigar, el no ejercicio de la acción penal es el resultado de las diligencias de investigación que revelan la falta de un marco fáctico que sustente una imputación.

En cambio, el acuerdo de reserva provisional de la investigación, también conocida como archivo temporal, se fundamenta en la no identificación del probable interviniénte en un hecho delictuoso.⁷⁷ Es decir, en la carpeta de investigación se cuenta con indicios en torno a la delictuosidad de los hechos, pero las diligencias practicadas no han revelado la identidad del probable autor; luego entonces, hasta descubrirlo la investigación estará bajo reserva.

Con referencia al acuerdo de aplicación de criterios de oportunidad, el mismo tiene el efecto de no ejercicio de la acción penal o de desistimiento de la ya iniciada⁷⁸ pero, a diferencia de las figuras anteriores, se cuenta con indicios de un hecho delictuoso y la identificación del probable interviniénte pero el interés público no ha sido afectado gravemente (delitos de bagatela), el impu-

ártículo 226 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículo 165 del Código Procesal Penal de Chiapas; artículo 238 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México; artículo 226 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato; artículo 225 del Código de Procedimientos Penales de Morelos; artículo 220 del Código Procesal Penal de Oaxaca y artículo 250 del Código Procesal Penal de Zacatecas.

⁷⁷ Artículo 224 del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículo 225 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículo 163 del Código Procesal Penal de Chiapas; artículo 237 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México; artículo 225 segundo párrafo de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato; artículo 223 del Código de Procedimientos Penales de Morelos; artículo 217 del Código Procesal Penal de Oaxaca y artículo 247 del Código Procesal Penal de Zacatecas.

⁷⁸ Artículo 82 del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículo 83 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículo 174 del Código Procesal Penal de Chiapas; artículo 110 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México; artículo 136 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato; artículo 88 del Código de Procedimientos Penales de Morelos; artículo 196 del Código Procesal Penal de Oaxaca y artículo 136 del Código Procesal Penal de Zacatecas.

tado sufre a consecuencia de su propia conducta un daño físico o psicológico grave (pena natural), brinda información para el esclarecimiento de los hechos u otros más graves siempre que la persecución penal que se prescinda sea más leve de la que se va a iniciar (colaboración eficaz) o bien porque el imputado presenta una avanzada edad o su salud es muy precaria (razones humanitarias). En tal sentido, el sistema normativo autoriza al fiscal prescindir de la persecución penal, en la medida que los daños se hayan reparado.⁷⁹

Asimismo, el fundamento de los criterios de oportunidad es la ausencia de necesidad de pena, dado que, en los casos mencionados en el párrafo anterior, el abstenerse de ejercer la acción penal no afecta la prevención general de la sanción penal.

Ahora bien, el denominador común de estas tres figuras es que evitan que el procedimiento penal continúe a través de la judicialización del caso; por lo que la fracción VII del apartado *c* del artículo 20 constitucional permite que la víctima impugne estas decisiones ante el juez de control quien, en audiencia, resolverá lo conducente.

Esta audiencia presenta diversas denominaciones: reclamación, inconformidad o control de la acción penal. En tal virtud, el juez de control debe basar su decisión en el examen de tipicidad y antijuridicidad de la conducta, así como del contenido de las diligencias de investigación que obra en la carpeta.

Luego de agotada esta vía, la fracción VII del artículo 114 de la Ley de Amparo faculta a la víctima a recurrir al juez de distrito, vía el amparo indirecto.

En ese sentido, se debe tener presente que es un derecho de impugnación a favor de la víctima y no del denunciante. Luego entonces, de conformidad con la jurisprudencia 58/2006 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tienen legitimación activa para interponer amparo por

⁷⁹ Benavente Chorres, Hesbert, *Los criterios de oportunidad en el proceso penal acusatorio y oral*, México, Flores Editor, 2010.

el no ejercicio de la acción penal o el desistimiento de ésta, todas aquellas personas que hayan sufrido un daño físico, una pérdida financiera o el menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones tipificadas como delitos. Por tanto, en el supuesto de que una persona que, como denunciante, sólo dio noticia de la comisión de un delito a la autoridad correspondiente, pero no concurren en él las calidades de víctima u ofendido del hecho considerado delictivo y no demuestra que sufrió un daño físico, una pérdida financiera o el menoscabo de sus derechos fundamentales, no cuenta con interés jurídico para promover el juicio de amparo indirecto en contra de la determinación que confirma el no ejercicio de la acción penal dictado por el Ministerio Público.⁸⁰

Claro está que el fundamento de la jurisprudencia citada es el inciso *b* de la fracción III del artículo 5o. relacionado con el artículo 10 de la Ley de Amparo, que indica que la legitimidad para obrar de la víctima, como quejoso o tercero perjudicado, en el juicio de amparo está limitado a los actos que afecten inmediatamente su derecho a la reparación del daño. Sin embargo, tal limitación no es coherente con el principio *pro persona* previsto en el artículo 1o. constitucional, por lo que, reproducimos la propuesta de reforma de Mac-Gregor y Sánchez Gil en la Ley de Amparo:

Esta situación deja en estado de *indefensión* a víctimas y ofendidos en otros aspectos primordiales que hemos mencionado: su derecho a conocer la verdad y su imposibilidad de impugnar los actos que impidan revertir la presunción de inocencia; y a éstos podría añadirse la adopción de medidas cautelares a favor de su protección, tanto en relación con su propia persona como en la del acusado, además de la defensa de derechos procesales de menor importancia.

... La legitimación de la víctima podría estar determinada por la afectación de su interés jurídico. Sobre esto último, debe recordarse

⁸⁰ Jurisprudencia 1a./J. 41/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIII, Novena Época, 1a. Sala, junio de 2011, p. 5.

que por el solo hecho de serlo, las partes están legitimadas para impugnar en amparo las resoluciones que les sean adversas, y prácticamente cualquier beneficio otorgado al acusado es un perjuicio para sus contrapartes, o puede al menos discutirse si lo constituye. De tal manera que dicha limitación sería inútil, pues no tendría ningún efecto restrictivo.

... En tal virtud, consideramos que la víctima debe tener una *amplia legitimación* procesal en el juicio de amparo, únicamente limitada por el natural requisito de que la determinación que impugne le sea “adversa”. Esta restricción es propia del juicio de amparo y por tanto no consideramos necesaria su expresión; de tal manera bastará reformar los artículos pertinentes de la siguiente manera: (1) eliminando calificativos a la participación de la víctima como tercero perjudicado, y (2) derogando la disposición que especifica los casos en que dicho sujeto procesal podrá promover amparo, para dar una extensión general a esta legitimación.

Desde luego, esta amplia legitimación comportaría la necesaria para impugnar las resoluciones de no ejercicio y desistimiento de la acción penal, con sujeción a los requisitos de procedencia del juicio de garantías. Por ello, no estimamos que debiera haber una disposición expresa que la contemple, máxime que dicha impugnación se halla establecida por el artículo 20 (VII) constitucional.⁸¹

Por otro lado, si el agente del Ministerio Público considera que de la carpeta de investigación se cuenta con suficientes elementos para acreditar el hecho delictuoso y la probable intervención del imputado, y al no darse las condiciones para aplicar los criterios de oportunidad o resolver el conflicto mediante un acuerdo restaurativo, entonces solicitará al juez de control que señale fecha para la celebración de la audiencia de formulación de la imputación, la cual tendrá un verificativo dentro de un término razonable para que se le notifique a la defensa y pueda preparar

⁸¹ Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, *op. cit.*, pp. 141 y 142.

ACTOS RECLAMABLES SIN DETENIDO

69

su estrategia de caso;⁸² salvo que el imputado haya sido puesto a disposición del órgano jurisdiccional mediante una orden de aprehensión, lo cual originará que la citada audiencia se realice de manera inmediata.

Sin embargo, dejaremos el estudio de la formulación de la imputación para el apartado destinado a la etapa de investigación complementaria. Luego entonces, hasta aquí fue nuestro recorrido de la investigación preliminar sin detenido.

⁸² Las legislaciones secundarias han señalado un plazo no mayor de 10 días.

V.

ACTOS RECLAMABLES EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR CON DETENIDO

De los párrafos quinto y sexto del artículo 16 constitucional se desprende que una persona puede ser detenida bajo dos supuestos: delito flagrante y caso urgente. En este apartado analizaremos ambas modalidades, las cuales operan en la investigación preliminar.

Ahora bien, por razones metodológicas vamos a empezar por la detención por caso urgente, la cual es definida como la orden de asegurar a una determinada persona dictada por el Ministerio Público cuando el sujeto no está involucrado en un delito flagrante y en la medida que se actualicen los siguientes requisitos: 1) se trate de delito grave así calificado por la ley; 2) exista el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y 3) que por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público no se pueda concurrir ante la autoridad judicial a fin de solicitar una orden de aprehensión. En tal inteligencia, el fiscal, bajo su responsabilidad, ordenará la detención del indiciado, fundando y expresando los indicios que motivaron su proceder.⁸³

Entonces, es entendible que la detención por caso urgente descanse en una carpeta de investigación suficientemente integrada y en términos de lo indicado en el párrafo anterior. En ese sentido

⁸³ Artículo 165 del Código de Procedimientos de Baja California; artículo 166 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículo 213 del Código Procesal Penal de Chiapas; artículo 189 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México; artículo 173 del Código de Procedimientos Penales de Morelos y artículo 205 del Código Procesal Penal de Zacatecas. En las legislaciones de Guanajuato y Oaxaca no encontramos esta figura.

do, no se detiene para investigar sino porque ya existe una investigación por delito grave.

La mejor forma de entender esta figura es con una lectura inversa: existen suficientes datos de prueba que acreditan un delito grave y la probable intervención del imputado, que de poder ir al juez de control, el fiscal obtendría una orden de aprehensión. Pero, por la imposibilidad de generar la audiencia y por la urgencia que el caso amerita, el fiscal ordena la detención del indiciado.

Una vez cumplimentada la orden, el detenido es conducido al Ministerio Público quien, dentro de las cuarenta y ocho horas,⁸⁴ lo pondrá a disposición del juez de control. En ese sentido, el órgano jurisdiccional convocará a los intervenientes a la audiencia de control de la detención con la finalidad que el juez verifique que el detenido conozca y entienda sus derechos fundamentales, para luego examinar la legalidad de su detención. Si el juez confirma la detención, le concederá el uso de la palabra al fiscal para que formule imputación; si no lo confirma, ordenará la inmediata libertad del indiciado con las reservas de ley.⁸⁵

Con relación al amparo se debe tener en cuenta que el caso urgente ha sido considerado como una restricción legítima al derecho a la libertad personal, pero que debe cumplir con ciertas condiciones de legalidad; de ahí que el órgano de control constitucional está en condiciones de verificar si se cumplieron con los requisitos constitucionales que justifican el caso urgente.⁸⁶ Entonces procedería el amparo indirecto por violación a lo prescrito en el artículo 16 constitucional. Claro está que la situación puede

⁸⁴ En la legislación mexiquense se dispuso que de manera inmediata la fiscalía deberá poner al detenido a disposición del juez de control (artículo 190 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México).

⁸⁵ Por reservas de ley se entiende que la libertad del indiciado no implica el cierre de la investigación, por el contrario, el fiscal podrá generar la audiencia de formulación de la imputación y si cuenta con indicios en torno a un riesgo de sustracción podrá solicitar la orden de aprehensión a fin que el indiciado sea conducido a la audiencia anteriormente señalada.

⁸⁶ Tesis aislada 1a. CLV/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XI, Decima Época, 1a. Sala, agosto de 2012, t. 1, p. 509. .

tornarse complicada para el quejoso si durante la audiencia de control de la detención varió su situación jurídica, esto es, que en su contra se le haya dictado auto de vinculación a proceso, declarándose improcedente la demanda de amparo, de acuerdo con lo dispuesto en la fracción X del artículo 73 de la Ley de Amparo.

En ese orden de ideas, el efecto del auto de vinculación a proceso como generador de cambio de situación jurídica fue tratado al analizarse el caso de un indiciado asegurado por orden de aprehensión: "... si el juzgador libra una orden de aprehensión y después vincula al imputado a proceso penal... tal acontecimiento origina un cambio en la situación jurídica... dado el cúmulo de medidas cautelares que actualmente pueden decretarse en su contra, inclusive la prisión preventiva".⁸⁷

Por otro lado, tenemos aquella investigación preliminar que se inicia con indiciado detenido por delito flagrante. En tal virtud, se va a esquematizar el mismo en cinco pasos, efectuándose la respectiva reflexión para el juicio de garantías.

El *primer paso* gira en torno a la detención de una persona por delito flagrante. Al respecto, el quinto párrafo del artículo 16 constitucional ha indicado lo siguiente:

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

En tal virtud, se identifican dos modalidades de la detención por delito flagrante: 1) cuando la persona ha sido sorprendida cometiendo el delito, o 2) inmediatamente después de haberlo cometido, donde la legislación secundaria ha establecido supuestos para esta segunda modalidad como son: (2.1) la persecución material, ininterrumpida e inmediata; (2.2) el señalamiento que

⁸⁷ Tesis aislada XVII.1o.P.A.51 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIX, Novena Época, 1a. Sala, marzo de 2009, p. 2687.

realice la víctima o testigo y se le haya encontrado al detenido cualquier indicio o huella que lo relacione con el delito, o (2.3) que se haya detenido al indiciado en el preciso momento en que esté huyendo.⁸⁸

Ahora bien, se puede afirmar que del concepto constitucional de delito flagrante, en México, prevalecen fórmulas cualitativas de definición frente a fórmulas cuantitativas (que sometían el alcance del concepto al transcurrir de un determinado periodo de tiempo). En ese orden de ideas, por fórmulas cualitativas entendemos el empleo de juicio de valor en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de la detención de una persona, de acuerdo a las peculiaridades del caso concreto. Sin embargo, esto no quiere decir la falta de un criterio cronológico, dado que la propia ley fundamental exige la inmediatez entre el hecho delictuoso y la detención de la persona; al contrario, la fortuna del actual marco constitucional es que *a priori* no define la inmediatez de la detención, sino que deja al examen racional de las circunstancias que rodearon al caso concreto para determinar el cumplimiento de los requisitos constitucionales.⁸⁹

Este examen *ex post* de la inmediatez de la detención debe ser realizado tanto por el Ministerio Público (en su acuerdo de retención) así como por el juez de control (al resolver, en la audiencia de control de la detención, la legalidad de la detención). Pero también debe ser tomado en cuenta por el juez de distrito, cuando vía amparo indirecto se le ha puesto a su conocimiento la privación ilegal de la libertad que ha sufrido una persona, claro está por

⁸⁸ Para mayores detalles véase Benavente Chorres, Hesbert, *La audiencia de control de la detención*, México, Flores Editor, 2011.

⁸⁹ En ese sentido, se ha abandonado las figuras de la cuasiflagrancia y la presunción de flagrancia ([TA]; Octava Época, T.C.C.; Informes, Informe 1988, Parte III, p. 931); aunque el Código Procesal Penal de Yucatán maneja un concepto de detención por delito flagrante, cuando la persona es asegurada inmediatamente después de cometido el delito y dentro de las primeras 12 horas (artículo 143).

acto de autoridad, argumentando la violación directa a lo prescrito en el artículo 16 constitucional.⁹⁰

Segundo paso: detenida la persona, ésta debe ser conducida de manera inmediata a la autoridad más cercana; al respecto, se emplea la fórmula de la cercanía antes que de la competencia, debido a que la detención también puede ser practicada por particulares. Ahora bien, es usual que la autoridad más cercana sea la policial quien, al recibir a un detenido, tiene la facultad de iniciar una investigación sumaria del caso; de esta manera la policía deberá: 1) dar a conocer al detenido sus derechos fundamentales; 2) registrar la detención y recabar los datos de identidad del detenido;⁹¹ 3) entrevistar a los testigos presumiblemente útiles; 4) participar en el aseguramiento de objetos relacionados con el delito; 5) brindar los primeros auxilios que requiera el detenido o la víctima, y 6) elaborar el informe policial respectivo.

En ese orden de ideas, vamos a seleccionar dos situaciones problemáticas que pueden ser ventiladas en el amparo: 1) la lectura de los derechos al detenido, y 2) las diligencias de investigación policial que pueden ser incorporadas al juicio oral.

Con relación a la primera situación, la legislación secundaria ha establecido que la policía le comunicará al detenido los derechos fundamentales que goza; de igual forma, el Ministerio Público debe dar al imputado sus derechos desde el primer acto en

⁹⁰ Tesis aislada VIII, 1o.28 K, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XV-I, Octava Época, T.C.C., febrero de 1995, p. 285.

⁹¹ En el modelo acusatorio mexicano, la entrevista policial del detenido solamente se reduce a recabar datos de su identidad, los cuales el indiciado está obligado a proporcionar; si se rehúsa o se estima necesario, se podrá recurrir a cualquier método de identificación. Asimismo, la fiscalía puede utilizar cualquier técnica de identificación, incluso en contra de la voluntad del indiciado. Artículo 124 del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículo 125 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículo 115 del Código Procesal Penal de Chiapas; artículo 155 del Código de Procedimientos Penales de Estado de México; artículo 52 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato; artículo 129 del Código de Procedimientos Penales de Morelos; artículo 131 del Código Procesal Penal de Oaxaca y artículo 160 del Código Procesal Penal de Zacatecas.

que aquél participe. Asimismo, el juez, desde el primer acto procesal, verificará que se le hayan dado a conocer al imputado sus derechos fundamentales y, en caso contrario, se los dará a conocer en forma clara y comprensible.⁹² El fundamento de estas obligaciones es el derecho del imputado de conocer los derechos que le asisten (fracción III del apartado *b* del artículo 20 constitucional), el cual debe ser entendido como un derecho-medio para que el imputado pueda ejercer el plexo de derechos fundamentales que goza.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que:

El más elemental sentido de justicia y la esencia misma de una defensa adecuada, exige[n] que se garantice al inculpado un trato justo, digno y respetuoso de sus derechos públicos básicos, lo que sólo es factible en la averiguación previa, cuando se hace[n] del conocimiento del inculpado las prerrogativas constitucionales y éste las ejerce en forma libre y espontánea, por sí, a través de su abogado o la persona designada como de su confianza.⁹³

Ahora bien, qué ocurre si, de manera injustificada, la policía o el Ministerio Público no le comunican al imputado sus derechos. Desde una perspectiva extra-sistémica, el juez de control, en audiencia, le comunicará los derechos que goza el imputado,

⁹² Artículo 123 del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículo 124 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículo 114 del Código Procesal Penal de Chiapas; artículo 136 del Código Procesal Penal de Durango; artículo 154 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México; artículo 51 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato; artículo 128 del Código de Procedimientos Penales de Morelos; artículo 130 del Código Procesal Penal de Oaxaca; artículo 144 del Código Procesal Penal de Yucatán y artículo 159 del Código Procesal Penal de Zacatecas.

⁹³ Primera Sala, amparo directo en revisión 600/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, mayo de 2004, considerando quinto, pp. 327 y ss. Este criterio se reiteró esencialmente por la misma sala en la contradicción de tesis 160/2006-PS, *idem*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, considerando quinto, pp. 104 y ss.

sin afectar la legalidad de la detención, dejando a salvo la responsabilidad administrativa o penal en que incurría el servidor público que omitió informar al imputado sus derechos. En cambio, desde una perspectiva intra-sistémica, el juez de control debe declarar la ilegalidad de la detención, al haberse dejado en estado de indefensión al detenido al no comunicarle los derechos fundamentales que le asiste; todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa o penal del servidor público infractor.

Consideramos más garantista la posición intra-sistémica dado que torna exigible el derecho previsto en la fracción III del apartado *b* del artículo 20 constitucional. Al respecto, Ferrer MacGregor y Sánchez Gil apuntan que la falta de lectura de los derechos al detenido genera una indefensión:

Dicha violación debe considerarse una *violación directa* a la Constitución y causante de un perjuicio de “*grado predominante o superior*”, por ser susceptible de ocasionar una grave indefensión del inculpado y la ociosidad del procedimiento por la reposición disponga el juez de amparo. Se trata además de una violación de *fondo*, no una meramente procesal, porque de lo contrario ese derecho no podría tutelarse efectivamente a través del amparo, por ello también inmediatamente procedería en su contra este proceso constitucional en la vía indirecta.

La única manera en que podría repararse el agravio a este derecho de información, explícitamente requerido ahora por el Constituyente, es reponiendo el procedimiento y anulando todo lo actuado con posterioridad a ella, en *cualquier circunstancia procesal*. Por ello no puede decirse que la omisión de la “lectura de derechos” en algún momento quede “consumada irreparablemente”: en realidad la reparación de la violación de este derecho no va sólo contra la falta de información sobre los derechos que asisten al detenido o acusado, sino contra la *indefensión* que debe presumirse que ella ocasiona. La ausencia de la “lectura de derechos” en la detención (y aun en ulteriores ocasiones), desarticula el “haz de garantías” en que consiste el derecho de defensa.

Las consecuencias de este derecho fundamental no pueden ser meramente formales o tímidas, por el significado jurídico que le corresponde al hallarse establecido en la propia Constitución con esa naturaleza. La “lectura de derechos” no es una simple formalidad, sino una *pieza básica de la estructura constitucional de la defensa penal*, o sea los derechos de todo detenido, que es indispensable para su efectividad. Esto sobre todo por su *efecto “pedagógico”* para disuadir a los agentes policiales y otras autoridades de efectuar actos contrarios a los derechos de los imputados, por la esterilidad que su labor tendría.⁹⁴

Luego entonces, opinamos que la facultad delegada al juez de control en comunicar al imputado sus derechos, solamente puede justificarse con las siguientes situaciones: *a)* que de manera justificada la policía o el Ministerio Público no le pudieron informar al imputado sus derechos, o *b)* que el imputado le fue informado, pero no entiende el alcance de uno o más derechos o ha caído en el olvido, por lo que, el órgano jurisdiccional, en ejercicio de su función pedagógica, realizará la respectiva explicación. En cambio, si el juez ha verificado que se ha dado una violación al derecho del imputado de conocer sus derechos no deberá ratificar su detención, dejándose a salvo los derechos del afectado de recurrir al juicio de amparo y denunciar responsabilidad administrativa o penal del servidor público infractor en la vía correspondiente.

Con relación a la segunda situación, debemos recordar que mediante el amparo directo, se han examinado violaciones al procedimiento cometidas en la averiguación previa, cuando afecten las garantías previstas en el artículo 16 constitucional.⁹⁵ Al respecto, si bien es cierto, en el modelo acusatorio se habla de carpeta de investigación y lo obtenido por las diligencias de investigación tienen el valor de datos de prueba que solamente sirven

⁹⁴ Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, *op. cit.*, p. 203.

⁹⁵ Tesis aislada CLV/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XI, Décima Época, 1a. Sala, agosto de 2012, t. 1, p. 509.

para fundamentar aquellas decisiones que se tomen con anterioridad al juicio oral, también es cierto que, por la vía de la prueba documentada, las legislaciones secundarias han autorizado que se incorporen, vía lectura o reproducción, a la audiencia de debate oral, determinadas diligencias de investigación, en la medida que se satisfagan ciertos requisitos.⁹⁶

Así, las entrevistas que la policía ha realizado a testigos durante la detención pueden ser incorporadas al juicio oral, si el entrevistado ha muerto, perdido la razón o la capacidad para declarar y por ese motivo no hubiere sido posible solicitar su desahogo anticipado, o bien no concurra a la audiencia de debate oral por causa atribuible al imputado.⁹⁷ En ese orden de ideas, si los actos de investigación policiales han sido tomados en cuenta para el dictado de la sentencia, entonces procedería el amparo directo si los mismos fueron obtenidos con violación a lo señalado en el artículo 16 constitucional, afectándose el derecho humano al debido proceso.

Tercer paso: la policía, con la misma prontitud, pondrá al detenido a disposición del Ministerio Público. Al respecto, y en aras de ser coherente con lo señalado en el segundo paso, la data del oficio policial de puesta a disposición deberá ser evaluada tomando en cuenta: 1) el término de la distancia; 2) la forma en que se trasladó al detenido, y 3) las circunstancias propias del caso concreto. En efecto, el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito ha precisado lo siguiente:

... en los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, al Ministerio Público. Tal previsión implica la existencia de una garantía de inmediatez en la

⁹⁶ Benavente Chorres, Hesbert, “La prueba documentada en el nuevo sistema de justicia penal mexicano”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 16, núm. 1, 2010, pp. 197-217.

⁹⁷ Artículo 376, fracción IV y V de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato.

presentación del detenido ante la autoridad tan pronto sea posible, en aras de darle seguridad legal acerca de su situación particular. En ese tenor, si existen datos fehacientes de que los agentes captores retuvieron al indiciado por más tiempo del que resultaba racionalmente necesario, en atención a las circunstancias propias de distancia y disponibilidad de traslado, resulta inconcuso que dicha circunstancia genera presunción fundada de que el detenido estuvo incomunicado y que en ese periodo sufrió afectación psíquica por el estado de incertidumbre en cuanto a su seguridad jurídica y personal, dada la retención prolongada a la que estuvo sometido, lo que trasciende al estado psico-anímico en el que rindió su declaración ministerial y, por ende, su confesión respecto de los hechos que se le imputan carecerá de validez.⁹⁸

De tal cita tomamos lo sustancial, esto es, que la distancia y disponibilidad del traslado son indicadores objetivos para evaluar la entrega inmediata del detenido al Ministerio Público; claro está, complementado con las circunstancias propias del caso concreto, es decir, los actos urgentes y necesarios que la policía ha tenido que desplegar cuando retuvo al detenido. Finalmente, la violación a lo preceptuado en el quinto párrafo del artículo 16 constitucional implica la afectación de derechos sustantivos como la integridad psico-física y la no incomunicación, pero también afecta, al menos de manera mediata, al derecho a la libertad personal; por lo que el agraviado tiene en el control de legalidad de la detención efectuada tanto por el Ministerio Público como por el juez de control, para lograr que se califique de ilegal su detención; pero también, y sin recurrir al principio de definitividad, el afectado cuenta con el amparo indirecto para el marco de tutela de sus derechos fundamentales (salvo que varíe la situación jurídica del quejoso, actualizándose la causal de improcedencia prevista por la fracción X del artículo 73 de la Ley de Amparo, situación que puede darse con el dictado del auto de vinculación a

⁹⁸ Tesis aislada XX.20.95. P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXIX, Novena Época, 1a. Sala, enero de 2009, p. 2684.

proceso),⁹⁹ y al amparo directo cuando la sentencia ha tomado en cuenta, vía prueba documentada, las diligencias de investigación policial producidas en una detención prolongada.

Cuarto paso: el Ministerio Público tiene hasta cuarenta y ocho horas para retener al detenido; esta temporalidad corre a partir de que el detenido fue puesto a disposición de la fiscalía. Ahora bien, dentro de las mencionadas cuarenta y ocho horas, la fiscalía podrá realizar: 1) la lectura de los derechos al detenido; 2) el

99 “El nuevo sistema de procedimiento penal para el estado de Chihuahua se divide en tres etapas (investigación, intermedia o de preparación del juicio y de juicio oral o audiencia de debates). En la etapa de investigación corresponde al Ministerio Público llevar a cabo todos los actos tendientes a esclarecer la verdad de los hechos materia de la denuncia y/o querella para preparar debidamente la acusación. Una vez realizada la imputación, el órgano jurisdiccional (juez de garantía) tiene la obligación constitucional de resolver la situación jurídica del imputado (vinculándolo en su caso a proceso) en los términos y condiciones previstos en el numeral 19 de la Carta Magna, vigente para aquella entidad a partir del 19 de junio de 2008, y su correlativo artículo 280 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado. Ahora bien, con el dictado del “auto de vinculación a proceso” se provoca un cambio de la situación jurídica que tenía el quejoso al momento en que se ratificó su detención, pues es evidente que dicho auto, en el caso, tiene un efecto similar al auto de formal prisión, ya que lo vincula a un proceso, y si bien el auto vinculatorio no trae implícita en todos los casos la prisión preventiva, pues el juez de garantía está facultado para dictar diversas medidas precautorias que afecten la libertad personal del sujeto, incluso después de su dictado en el supuesto de que el Ministerio Público las solicitará (prisión preventiva, arraigo domiciliario o cualquier otra que restrinja su libertad), pero, ello no impide que la emisión del auto de vinculación a proceso produzca una nueva situación jurídica en el ahora inconforme, pues conforme al artículo 281 del invocado código, cuando no se reúna alguno de los requisitos de ley, el juez debe negar la vinculación del imputado, lo que genera como consecuencia ineludible la revocación de las medidas cautelares personales y reales que hubiese decretado; luego, si el acto reclamado consiste en la resolución que determinó aquella calificación, pero en la misma causa la autoridad jurisdiccional dicta el mencionado auto de vinculación, es claro que la libertad del inculpado ahora se rige por esta resolución y no por la que calificó de legal su detención y, por tanto, sobreviene la causal de improcedencia por cambio de situación jurídica prevista en la fracción X del artículo 73 de la Ley de Amparo”. Tesis aislada XVII.23 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, Novena Época, T.C.C., enero de 2010, p. 2199.

registro de la detención y la verificación de los datos de identidad del detenido; 3) dictar el acuerdo de inicio e integrar la carpeta de investigación con las actuaciones policiales; 4) dictar el acuerdo de retención, lo cual implica que el fiscal ha calificado de legal la detención; 5) practicar las diligencias de investigación conducentes para el esclarecimiento de los hechos, y 6) decidir en torno a la situación jurídica del detenido.

Con relación a la lectura de los derechos y de las diligencias de investigación que la fiscalía puede practicar nos remitimos a lo señalado en los apartados anteriores. En lo que se refiere a resolver la situación jurídica del detenido, el fiscal tiene dos opciones: ordenar la libertad del detenido o ponerlo a disposición de la autoridad judicial (décimo párrafo del artículo 16 constitucional). En ese sentido, el fiscal pondrá al detenido a disposición del juez de control cuando ha verificado la actualización de un delito flagrante y la probable intervención del detenido y vaya a solicitar al órgano jurisdiccional la medida cautelar de prisión preventiva.

Si cualquiera de los extremos mencionados en el párrafo anterior no se actualiza, entonces el fiscal dictará el acuerdo de libertad; el cual también procede cuando la fiscalía ha verificado la violación a los derechos humanos del detenido. Ahora bien, el acuerdo de libertad no implica el cierre de la investigación, sino que la misma se seguirá pero con imputado libre. Asimismo, la legislación secundaria podrá establecer que el acuerdo de libertad sea con caución o sin ella, debiéndose observar, supletoriamente, las reglas para la medida cautelar de exhibición de garantía económica.¹⁰⁰

Por otro lado, y como se indicó en la introducción del presente estudio, también puede darse una detención prolongada por exceso de las cuarenta y ocho horas, la cual viola en forma directa a lo preceptuado en el párrafo décimo del artículo 16 constitucional, afectando los mismos derechos fundamentales que en la detención policial prolongada. En tal virtud, el juez de control es el llamado para calificar tal violación, ordenando la no ratificación

¹⁰⁰ Artículo 51, fracción III, de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato.

de la detención; dejando a salvo el derecho del afectado en recurrir al amparo indirecto (artículo 117 de la Ley de Amparo), pero tomando en cuenta la causal de improcedencia de la demanda de amparo por variación de la situación jurídica.

Quinto paso: el juez de control celebra la audiencia de control de la detención, en la cual verificará que el imputado conozca y entienda sus derechos fundamentales, así como examinará la legalidad de la detención, ratificándola si la misma fue conforme a derecho, o bien, decretar la libertad del imputado con las reservas de ley, si su detención fue practicada ilegalmente.

Lo señalado está previsto en el séptimo párrafo del artículo 16 constitucional, el cual debe ser entendido a la luz del artículo 10. constitucional (la protección de los derechos humanos) y el quinto párrafo del ya citado artículo 16 (la detención por flagrancia). En tal virtud, no basta que el juez de control verifique si se actualizó o no alguna de las modalidades de la detención por flagrancia, sino además, que en el tiempo en que el detenido estuvo privado de su libertad (en sede policial y del Ministerio Público) se le respetaron sus derechos humanos, desde el derecho que se le informen sus derechos hasta la ejecución libre de los mismos, incluyendo el derecho de no sufrir una detención prolongada tanto por la policía como por el Ministerio Público.

Una lectura contraria no sólo sería restrictiva al ámbito de protección de los derechos humanos del detenido, sino que convertiría en prosa las garantías previstas en el artículo 16 constitucional. Asimismo, porque el propio órgano jurisdiccional estatal dejaría en estado de indefensión al detenido, dado que, en la legislación común no se ha previsto la apelación contra la decisión del juez de control que califica la detención. Además, la vía del amparo puede obstaculizarse si se actualiza lo previsto en la fracción X del artículo 73 de la Ley de Amparo. Igualmente, el dejar a salvo la responsabilidad administrativa o penal del servidor público infractor es una consecuencia jurídica obvia de la antijuridicidad de su conducta, siendo el tema el determinar los efectos intra-procesales de sus violaciones.

Siendo así, sugerimos una estructura de audiencia de control de la detención:

- 1) El juez de control individualiza a los intervenientes y declara abierta la audiencia.
- 2) El juez de control le preguntará al imputado si conoce y entiende sus derechos. Si la respuesta es afirmativa entonces la audiencia continúa. Si la respuesta es negativa deberá evaluar las razones expuestas por el imputado; en tal sentido, si las razones expuestas justifican que el juez le explique los derechos al imputado, entonces la audiencia continuará; por el contrario, si fue injustificada la omisión en la lectura de los derechos al detenido, el órgano jurisdiccional, luego de oír a las partes, determinará resolver el incidente en ese momento o bien durante el control de legalidad de la detención.
- 3) El juez de control le preguntará al imputado si designa al abogado que está a su lado como su defensor; en caso de ser negativo, se le preguntará a quién designa; sin embargo, si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público (fracción VIII del apartado *b* del artículo 20 constitucional). Si la designación se da, el juez de control le preguntará al abogado si acepta el cargo de defensor; con la aceptación procederá la audiencia.¹⁰¹
- 4) El juez de control le concederá el uso de la palabra al Ministerio Público, quien solicitará que se confirme o se ratifique la detención del imputado, exponiendo las razones que la justifican, las cuales son: *a)* los hechos que motivaron la detención, expresándose las circunstancias de tiempo, lugar y modo que rodearon tanto a los hechos, la detención, la puesta a disposición a la autoridad más cercana, al Minis-

¹⁰¹ En las legislaciones secundarias se ha establecido la imposibilidad que el defensor renuncie en audiencia.

- terio Público y al juez; *b)* la preliminar calificación jurídica; *c)* la modalidad de flagrancia que se actualizó, y *d)* los datos de prueba que acreditan la legal detención del imputado.
- 5) El juez de control le concederá la voz al defensor quien podrá, omitir expresar fundamentos (implicándose que se está adhiriendo a lo solicitado por el fiscal), o bien solicitar que el órgano jurisdiccional no confirme de legal la detención de su patrocinado, exponiendo cualquiera de las siguientes razones: *a)* la no actualización de las modalidades del delito flagrante, o *b)* la violación a los derechos humanos del detenido (donde se toman como ejemplos la no lectura de sus derechos o la detención prolongada que sufrió el imputado).
- 6) Cerrado el debate, el juez de control resolverá. Si no confirma la detención, ordenará que el imputado sea puesto en libertad con las reservas de ley, dando por concluida la audiencia; por reservas de ley se entiende que la investigación sigue abierta y que la fiscalía podrá optar por solicitar orden de aprehensión (en audiencia reservada) o bien generar la audiencia para la formulación de la imputación, la cual tendrá verificativo dentro del plazo que señale la respectiva ley secundaria. En cambio, si el juez confirma la detención, entonces la audiencia de control continuará, concediéndole el uso de la palabra al Ministerio Público para que formule la imputación.

En suma, el juez de control se convierte en un juez tanto de legalidad pero también de convencionalidad en la detención sufrida por el imputado; no debiendo convertir en prosa las garantías previstas en los artículos 10., 16 y 20 constitucionales, ante casos tales como: falta de lectura injustificada de sus derechos o la detención prolongada. Por otro lado, los detenidos cuentan con el amparo como proceso de protección constitucional de sus derechos fundamentales, debiéndose tener cuidado que no se actualice la causal de improcedencia de la fracción X del artículo 73 de la Ley de Amparo.

VI. LOS ACTOS RECLAMABLES EN LA INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA

La investigación complementaria comprende desde la formulación de la imputación hasta la formulación de acusación con solicitud del auto de apertura a juicio oral. En tal virtud, en el presente apartado se analizarán las siguientes figuras: 1) formulación de la imputación, 2) declaración del imputado, 3) vinculación a proceso, 4) medida cautelar, 5) plazo judicial de cierre de la investigación, 6) diligencias de investigación complementaria, 7) cierre de la investigación, y 8) formulación de acusación con solicitud del auto de apertura a juicio oral.

En *primer lugar*, con relación a la formulación de la imputación, la debemos de distinguir con la formalización de la investigación.¹⁰² En efecto, y tomando como referencia el artículo 229 del Código de Procedimientos Penales de Chile de 2000, la formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados. En tal virtud, el fiscal, en audiencia, expondrá: 1) los cargos que atribuye al imputado, y 2) solicitará:

- La intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación.
- La recepción anticipada de la prueba.
- La imposición, en contra del imputado, de medida cautelar.
- Que el juez fije el plazo para el cierre de la investigación.

¹⁰² Véase Hidalgo Murillo, José Daniel, *El auto de vinculación a proceso*, México, Flores Editor, 2012, pp. 38-40.

Antes que el juez resuelva se le concederá el uso de la palabra al defensor y al imputado para que manifiesten lo que a sus intereses convenga.

En cambio, en el modelo acusatorio mexicano, la formulación de la imputación es el marco fáctico en el que se sustenta el auto de vinculación a proceso.¹⁰³ En efecto, al margen que las legislaciones secundarias hayan definido a la formulación de la imputación como si fuese formalización de la investigación, existen diferencias sustanciales entre ambas.

En primer lugar, por los efectos jurídicos: porque a diferencia de la formalización de la investigación, antes que se dicte la formulación de la imputación se podrá practicar prueba anticipada,¹⁰⁴ el embargo preventivo de bienes, asimismo, las diligencias de investigación que requirieran de autorización judicial previa.

En segundo lugar, por el consecuente necesario: la formalización de la investigación es el puente para que el fiscal acuse una vez cumplido el plazo para el cierre de la investigación. Por el contrario, la formulación de la imputación es requisito para el dictado del auto de vinculación a proceso, con el cual se da inicio al proceso penal mexicano.

En tercer lugar, por el contenido: mientras la formalización de la investigación es la comunicación de los cargos al imputado, para luego solicitar medida cautelar, prueba anticipada, control judicial de diligencias de investigación o el plazo para el cierre de la investigación. En la formulación de la imputación el fiscal tendrá que exponer: 1) los hechos, 2) preliminar calificación jurídica,

¹⁰³ Artículo 279 del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículo 280 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículo 345 del Código Procesal Penal de Chiapas; artículo 301 del Código Procesal Penal de Durango; artículo 293 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México; artículo 282 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato; artículo 278 del Código de Procedimientos Penales de Morelos; artículo 274 del Código Procesal Penal de Oaxaca; artículo 284 del Código Procesal Penal de Yucatán y artículo 319 del Código Procesal Penal de Zacatecas.

¹⁰⁴ Salvo en Yucatán (artículo 264 del Código Procesal Penal).

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 89

y 3) los datos de prueba que obran en la carpeta de investigación; todo ello, fija el marco para el debate del auto de vinculación a proceso, la medida cautelar y el plazo judicial de cierre de la investigación.

Entonces, es una equivocación definir la formulación de la imputación como el acto de formalización de la investigación o bien como la intervención judicial en el caso; dado que, y como se indicó en la investigación preliminar con o sin detenido, el órgano jurisdiccional está presente en el control de determinadas técnicas de investigación o con el dictado de providencias precautorias. Por el contrario, la formulación de la imputación debe ser entendida como el ejercicio de la acción penal, postulando el marco fáctico por el cual se sustentará el auto de vinculación a proceso, dándose inicio al proceso penal (artículos 19 y 20 constitucionales).

Ahora bien, la formulación de la imputación debe darse por la fiscalía en audiencia; por lo que se deberá actualizar cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Si la investigación preliminar se ha llevado a cabo con imputado en libertad, la fiscalía deberá solicitar al juez de control fecha y hora para la celebración de la audiencia donde formulará la imputación. En tal virtud, la solicitud deberá contener una carga informativa que justifique señalar término para la celebración de la citada audiencia; la cual, tendrá un verificativo dentro de un plazo que haga razonable la notificación a las partes y que la defensa pueda preparar su estrategia.
- b) Si el imputado ha sido asegurado mediante orden de aprehensión, la audiencia donde se le formulará la imputación se hará inmediatamente después de la puesta a disposición del aprehendido al juez de control.¹⁰⁵

¹⁰⁵ En Guanajuato, antes que se celebre la audiencia, la defensa podrá pedir la prórroga de la misma, por un término no mayor de 72 horas (fracción II del artículo 275 de la Ley del Proceso Penal).

- c) Si el imputado fue detenido por delito flagrante o caso urgente, la formulación de la imputación se dará en la misma audiencia de control de la detención después que el juez de control haya confirmado como legal la detención sufrida por el imputado.
- d) Si el juez de control no confirma de legal la detención por delito flagrante o caso urgente, la audiencia de control de la detención concluye, debiendo la fiscalía generar otra audiencia para la formulación de la imputación, la cual tendrá un verificativo dentro del plazo que señale la respectiva ley secundaria.
- e) La defensa puede solicitar audiencia ante el juez de control, requiriéndole que le fije un plazo para el Ministerio Público a fin que proceda a formular la imputación en audiencia que se señalará para tal efecto.

Por otro lado, ya en audiencia, y una vez que el juez de control ha: 1) individualizado a los intervenientes y declarado abierta la audiencia; 2) verificado que el imputado conoce y entiende sus derechos fundamentales, y 3) producido la designación y aceptación del cargo de abogado defensor, se le concederá el uso de la palabra al Ministerio Público para que proceda a formular la imputación, en los siguientes términos:

- Exposición de las circunstancias de tiempo, lugar y modo de ejecución de aquellos hechos que darán sustento al pedido del auto de vinculación a proceso.
- Indicación de la preliminar calificación jurídica, la cual puede ser reclasificada por el juez de control si dicta auto de vinculación a proceso.
- Precisión de los datos de prueba que obran en la carpeta de investigación. En tal virtud, por el principio de objetividad y el deber de lealtad, la fiscalía deberá mencionar el contenido de los datos de prueba tanto de cargo como de descargo.

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 91

Tal exposición permitirá, por un lado, que el imputado conozca plenamente los cargos que se le imputan y, por otro lado, el órgano jurisdiccional se informa de lo ocurrido durante la investigación. En tal virtud, se permite que el juez, de oficio o a petición de la defensa, exija al fiscal que precise o aclare determinados aspectos de su formulación de imputación, a lo cual no se podrá negar so pretexto que la defensa cuenta con una copia de la carpeta de investigación.

En *segundo lugar*, y una vez que ha concluido la formulación de la imputación, junto con las precisiones o aclaraciones que se le hayan solicitado al fiscal, el juez le preguntará al imputado si entendió la imputación;¹⁰⁶ lo cual implica que la formulación no sólo es un mensaje para el órgano jurisdiccional sino, sobre todo, para el imputado al ser el titular del derecho a conocer los hechos que se le imputan (fracción III, apartado *b*, del artículo 20 constitucional).

En ese sentido, el derecho a conocer los hechos de la imputación no se extiende a conocer los detalles de la teoría del caso de cargo; por el contrario, se limita al conocimiento del relato histórico, mas no al manejo de las categorías del delito de la fiscalía. Esto es importante, porque rompe el mito que subyace el acceso a la carpeta de investigación por parte de la defensa, debido a que las reticencias que entre los fiscales puede haber es que una defensa desinformada aumenta las posibilidades de éxito por parte de la acusadora.

Por el contrario, una defensa informada mejora el diálogo jurídico entre las partes y evita distorsiones por informaciones ses-

¹⁰⁶ Artículo 276 del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículo 277 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículo 298 del Código Procesal Penal de Durango; artículo 291 del Código de Procedimientos Penal del Estado de México; artículo 281 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato; artículo 275 del Código de Procedimientos Penales de Morelos; artículo 279 del Código Procesal Penal de Yucatán y artículo 316 del Código Procesal Penal de Zacatecas. La pregunta que si el imputado entendió la imputación no aparece en los textos de Chiapas y Oaxaca, aunque ello no signifique que en la praxis judicial el juzgador realice la mencionada pregunta.

gadas, con los respectivos retrasos que puedan generarse. Pero si insiste la información a brindar es en torno a los hechos.

La efectividad del derecho en estudio requiere inexorablemente que los hechos objeto de imputación en sede de investigación tengan un mínimo nivel de detalle que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma y circunstancias en que pudo tener lugar. Tal dato es indispensable para que pueda ejercer una defensa efectiva, la cual no puede quedar rezagada a la etapa intermedia o a la etapa principal de enjuiciamiento: la defensa se ejerce desde el primer momento de la imputación, que es un hecho procesal que debe participarse a quien resulte implicado desde que, de uno u otro modo, la investigación se dirija contra él, sin que haga falta un acto procesal formal para que le reconozca viabilidad.

Por otro lado, el juez de control le hará una segunda pregunta al imputado, esto es, si desea declarar o guardar silencio, para ello deberá consultar con su abogado defensor. Luego, si el imputado decide declarar, el órgano jurisdiccional, y en función a lo que disponga la respectiva legislación secundaria, le preguntará si desea declarar en forma libre o respondiendo a preguntas, debiéndose de dotar un sentido armónico entre el derecho a guardar silencio con el enunciado normativo: *las partes podrán dirigirle preguntas*,¹⁰⁷ en el sentido que, si el imputado que decidió declarar contestando preguntas, ¿podrá seleccionar qué preguntas va a responder o las de quién va a contestar?

Asimismo, otra cuestión a dilucidar es el efecto o valor jurídico de la declaración del imputado rendida ante el juez de control luego de haber oído la formulación de la imputación. Al respecto, nadie duda que se está hablando del derecho constitucional mencionado en la fracción II del apartado *b* del artículo 20 constitucional y que, si el imputado decide declarar es para que su dicho sea tomado en cuenta por el órgano jurisdiccional, de lo contrario sería ineficaz el ejercicio del citado derecho fundamental.

¹⁰⁷ Segundo párrafo apartado *c* del artículo 344 del Código Procesal Penal de Chiapas.

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 93

En tal virtud, consideramos que el juez de control podrá tomar en cuenta el dicho que voluntariamente está entregando el imputado a la hora de decidir si dicta o no el auto de vinculación a proceso; claro está, complementado con el universo de los datos de prueba que las partes han anunciado en la audiencia. De esta manera le estamos dotando de efectos jurídicos a la declaración del imputado sin perder la visión garantista del sistema penal.

Sin embargo, legislaciones como la de Guanajuato (artículo 372 de la Ley del Proceso Penal) permiten que la declaración del imputado vertida ante el juez de control sea ofrecida como prueba que podrá ser incorporada por lectura en la audiencia del juicio.¹⁰⁸ Al respecto, se ha normativizado una estrategia procesal de la fiscalía, esto es, enfrentar el silencio del acusado en el juicio oral con su declaración que en forma previa brindó al juez de control. Es decir, se está ante una prueba documentada cuyo ofrecimiento y admisión puede darse bajo cualquiera de las siguientes modalidades: 1) durante la etapa intermedia, bajo la condición que su desahogo se producirá si el imputado guarda silencio en la audiencia de debate oral, o 2) en el mismo juicio oral, como un caso especial de nueva prueba a raíz del silencio del acusado en la multicitada audiencia. Claro está, que frente a una estrategia se puede erigir otra, esto es, que la defensa recomiende a su defendido que declare durante el juicio oral. No obstante, la prueba documentada en estudio no se puede ofrecer, admitir y desahogar cuando el acusado declara en el juicio oral y entra en contradicciones con sus declaraciones previas.

En tercer lugar, y siguiendo con la audiencia, ingresamos al tema del auto de vinculación a proceso, el cual desglosaremos a través de los siguientes puntos: 1) formal prisión *vs.* vinculación a

¹⁰⁸ La norma de Guanajuato exige los siguientes requisitos: 1) Haya sido hecha en forma libre, voluntaria e informada, y se haya informado previamente al imputado sobre su derecho a guardar silencio. 2) Haya sido rendida ante el juez de control. 3) Se haya rendido en presencia de su defensor. 4) Haya sido registrada en audio y video. 5) En la audiencia de juicio ejerza su derecho a guardar silencio.

proceso; 2) hecho ilícito *vs.* elementos del tipo penal; 3) sistema de un discurso *vs.* sistema de doble discurso, y 4) la procedencia del amparo contra el auto de vinculación a proceso.

Con relación al primer punto, queremos iniciar nuestros comentarios comparando la redacción del primer párrafo del artículo 19 constitucional anterior a la reforma del 18 de junio de 2008 con la redacción que el citado párrafo presenta pero a raíz de la mencionada reforma:

Antes de la reforma del 18 de junio de 2008	Con la reforma del 18 de junio de 2008
Art. 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado. (Reformado primer párrafo, D.O.F. 8 de marzo de 1999).	Art. 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Como se aprecia, la tradición jurídica del proceso penal mexicano descansa en el inicio del proceso punitivo con una resolución que emita el órgano jurisdiccional antes que la fiscalía presente su acusación; la cual, anterior a la reforma del 18 de junio de 2008 se denominaba auto de formal prisión y con la mencionada reforma recibe el nombre de auto de vinculación a proceso.

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 95

Mediante la citada resolución judicial se fijaba el delito o delitos (auto de formal prisión), y ahora, el hecho o los hechos (auto de vinculación a proceso), lo cual implica una redacción feliz si tomamos en cuenta los dictados del derecho procesal. Asimismo, la citada resolución judicial, antes y con la reforma, se debe dictar dentro del término de setenta y dos horas contadas a partir de que el indiciado fue puesto a disposición del órgano jurisdiccional (término que encuentra su plena justificación si el indiciado se encuentra detenido).

Luego entonces, entendemos que los textos adjetivos de Chihuahua y Oaxaca de 2006, al regular el nuevo procedimiento penal no podían alejarse tanto de la citada tradición jurídica como del marco constitucional que regía en aquel año; ahora bien, que Chihuahua denominó la multicitada resolución judicial como auto de vinculación a proceso y Oaxaca lo tildó como auto de sujeción a proceso, se debe entender como el ejercicio de su plena libertad legislativa y de dominar las figuras jurídicas como mejor le parezca al legislador secundario, entendiendo las mismas como medios para lograr los fines constitucionales del proceso punitivo.

Pero el impacto que ambos estados generaron con sus respectivas reformas fue el distinguir el contenido del auto que da inicio al proceso penal con la decisión judicial de imponer medida cautelar y que restringe el ejercicio del derecho a la libertad personal. Distinción que en forma y fondo quedó zanjada con la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 que tomó partido por el lenguaje jurídico de Chihuahua. Al respecto, el Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito mencionó lo siguiente:

La nueva denominación que el artículo 280 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua confiere al auto de término constitucional (auto de vinculación a proceso) no es un simple cambio de nomenclatura, pues su dictado, en caso de que éste sea positivo, no trae implícita la prisión preventiva, en virtud de que para ello existe regulación expresa en el citado marco procesal penal; en todo caso, es una ampliación de la garantía que establece el artícu-

lo 19 de la Constitución Política del los Estados Unidos Mexicanos vigente para esta entidad a partir del 19 de junio de 2008, pues no basta la determinación judicial de vincular a un justiciable a proceso para retenerlo en prisión preventiva, sino que es menester que se surtan las hipótesis que en su conjunto regulan los numerales 157, 158 y 170 a 173 del citado código. Así entonces, lejos de que el referido artículo 280 consigne una figura procesal en contravención a la garantía que establece el reformado artículo 19 de nuestra Carta Magna, resulta que la amplía, ya que no sólo cumple con la certidumbre jurídica para la cual fue creada por el Constituyente, sino que reserva el estudio de la imposición de la medida cautelar personal para otro momento y de acuerdo con circunstancias novedosas que no eran tomadas en cuenta en el anterior sistema de enjuiciamiento penal.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Tesis aislada XVII.20 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIX, Novena Época, T.C.C., febrero de 2009, p. 1824. Asimismo, téngase en cuenta las siguientes tesis aisladas: “El artículo 282 citado no viola el numeral 19 de la Constitución General de la República al prever el auto de vinculación a proceso para justificar una detención mayor a las 72 horas, pues aunque no se le denomine auto de formal prisión o de sujeción a proceso, al igual que éstos cumple con la garantía del imputado relativa a que la autoridad judicial que conozca de los hechos que se le atribuyen determine cuál es su situación jurídica frente al proceso penal que se seguirá en su contra; esto es, que de no dictársele un auto de libertad se le comunique fehacientemente que habrá de enfrentar un proceso penal por la imputación de hechos eventualmente constitutivos de delito. Además, conforme a la exposición de motivos que originó dicho precepto legal se advierte que la razón fundamental del cambio de término obedece a que el concepto “formal prisión” es de cuño inquisitorio, pero como ahora las reglas del proceso penal responden a un sistema acusatorio, aquél resultaba inapropiado”. Tesis aislada 1a, CXXIII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, Novena Época, 1a. Sala, septiembre de 2009, p. 437. “El artículo 283 citado no contraviene el numeral 19 de la Constitución General de la República en tanto que respeta la garantía de audiencia previa al dictado del acto de molestia, consistente en el auto de vinculación a proceso, ya que prevé cómo debe llevarse a cabo el desahogo de la audiencia de vinculación a proceso al señalar que iniciará con el desahogo de los medios de prueba que el imputado hubiese ofrecido, siguiendo en lo conducente las reglas previstas para el desahogo de pruebas en la audiencia de debate de juicio oral; que desahogada la prueba, si la hubo, se le concederá la palabra en primer término al Ministerio Público y luego al imputado, y una vez agotado el debate el juez resolverá sobre

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 97

Ello no significa que es inconstitucional el auto de sujeción a proceso de Oaxaca, porque no está en tela de juicio la denominación del auto, sino que existe un auto que fije los hechos (objeto procesal) e implique el inicio del proceso penal. En tal sentido, y vía *obiter dictum*, el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito precisó lo siguiente:

Si en el juicio de amparo se reclama un auto de sujeción a proceso, dictado conforme a los numerales 33, 272, 274, 277 y 278 del Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca, relativos al nuevo proceso penal, y la autoridad responsable remite, en apoyo a su informe justificado, videograbaciones contenidas en discos ópticos en formato “DVD”, relativas a la audiencia de ley celebrada acorde con las formalidades establecidas en dichos dispositivos legales, en la que, además, se realizaron actuaciones judiciales, intervenciones y ofrecimiento de pruebas de las partes, las cuales sirvieron de sustento a la resolución de término constitucional, el Juez de Distrito, a efecto de brindar certidumbre jurídica a las partes y dictar una sentencia conforme a derecho, debe ordenar oficiosamente la reproducción de esas videograbaciones...¹¹⁰

Luego, tanto el actual marco constitucional como las legislaciones secundarias han sido fieles con la tradición jurídica¹¹¹ pero con el aporte de diferenciar los alcances de un auto que fija el objeto del proceso con la decisión judicial que restringe la libertad

la vinculación o no del imputado a proceso; de ahí que no se le deja en estado de indefensión”. Tesis aislada 1a. CXXIV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, Novena Época, 1a. Sala, septiembre de 2009, p. 436.

¹¹⁰ Tesis aislada XIII.10.10 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIX, Novena Época, T.C.C., febrero de 2009, p. 2055.

¹¹¹ Resulta obvio que los demás países de la región hayan adoptado el modelo acusatorio respetando su tradición normativa o bien apostando a efectuar cambios en la misma. Ahora bien, cuál opción debió tomar México, esto lo abordamos en nuestro estudio: Benavente Chorres, Hesbert, *El amparo en el proceso penal acusatorio y oral*, 2a. ed, México, Flores Editor, 2011.

personal. Esto permite diferenciar entre el viejo auto de formal prisión con el nuevo auto de vinculación a proceso:

El auto de formal prisión en los procedimientos tradicionales y el auto de vinculación a proceso en el procedimiento penal adversarial son de naturaleza y efectos distintos, pues el primero no tiene sentido y sustento bajo el nuevo sistema de enjuiciamiento oral, de corte garantista, en el que los imputados deberán ser considerados inocentes, hasta que se dicte sentencia firme en su contra, además, cuenta con nuevas reglas procesales, ya que para dictar un auto de vinculación a proceso únicamente se requiere que los datos (no pruebas formalizadas) que fueron recabados en la carpeta de investigación establezcan el delito que se atribuye al imputado, el lugar, tiempo y las circunstancias de ejecución, y que exista la probabilidad de que él lo cometió o participó en su comisión; incluso se sustituyó la determinación de resolver sobre la libertad del imputado, pues eso, en su caso, será motivo de una medida cautelar, la que de manera independiente deberá solicitar la autoridad investigadora de los delitos; además, el Juez sólo puede decretar la prisión preventiva a petición del Ministerio Público cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado está siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso; y el Juez sólo podrá decretar la prisión preventiva de oficio, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como en delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, y que pongan en riesgo el libre desarrollo de la personalidad y la salud.¹¹²

¹¹² Tesis aislada XIII.P.A.28 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIII, Novena Época, T.C.C., febrero de 2011, p. 2253.

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 99

Ahora bien, como segundo punto, planteamos la siguiente incógnita: ¿qué información necesita recibir el órgano jurisdiccional para decidir si dicta o no el auto de vinculación a proceso? En principio, debemos señalar como superada la distinción entre cuerpo del delito y el tipo penal,¹¹³ debido a que el primer párrafo del artículo 19 constitucional utiliza las siguientes expresiones: 1) hecho que la ley señale como delito, y 2) la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

En tal virtud, ¿qué se entiende por hecho que la ley señale como delito? La génesis la tenemos que ubicar en el viejo segundo párrafo del artículo 280 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua de 2006 que señalaba, como requisito del auto de vinculación a proceso, que se acredite el cuerpo del delito, entendido como los elementos objetivos, normativos y subjetivos del tipo penal. Sin embargo, por la reforma que sufrió la ley adjetiva para adecuarse al nuevo marco del artículo 19 constitucional, no sólo se sustituyó la expresión cuerpo del delito por el hecho que la ley señale como delito, sino que también se eliminó toda referencia a los elementos del tipo penal.¹¹⁴ Por el contrario, el segundo párrafo del artículo 185 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México de 2009 define al hecho delictuoso como la

¹¹³ “... se desprende que el análisis del cuerpo del delito es exclusivo de las resoluciones correspondientes a las órdenes de aprehensión y comparecencia, así como en las de plazo constitucional, ya que el estudio mediante el cual se comprueba el cuerpo del delito debe ser distinto de aquel que el juez realiza cuando emite la sentencia definitiva; ello, porque esto último únicamente tiene carácter presuntivo, pues no comprende el análisis que supone la acreditación de la comisión de un delito. Por tanto, la demostración de los elementos del tipo penal sólo debe realizarse en la sentencia definitiva, al comprender la aplicación de un estándar probatorio más estricto...”. Jurisprudencia 1a./J. 16/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro VII, Décima Época, 1a. Sala, abril de 2012, t. 1, p. 429.

¹¹⁴ Similar situación experimentó Guanajuato, dado que, se definía el hecho delictuoso como la referencia a los elementos del tipo penal, pero por la reforma del 12 de agosto de 2011, se eliminó el segundo párrafo del artículo 271 de la Ley del Proceso Penal, eliminándose la referencia a los elementos típicos.

circunstanciación fáctica de la descripción típica conforme a sus elementos objetivos, subjetivos o normativos.

Entonces, se pueden identificar dos modelos, por un lado aquel que trabaja el hecho calificado por la ley como delito sin ninguna referencia a los elementos del tipo penal, y por otro lado, aquella posición que lo conceptúa recurriendo a los elementos típicos.

Con relación al primer modelo es paradigmática la siguiente jurisprudencia del Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito:

De los artículos 16, tercer párrafo, 19, primer párrafo y 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformados el dieciocho de junio de dos mil ocho, se advierte que el Constituyente, en el dictado del auto de vinculación a proceso, no exige la comprobación del cuerpo del delito ni la justificación de la probable responsabilidad, pues indica que debe justificarse, únicamente la existencia de “un hecho que la ley señale como delito” y la “probabilidad en la comisión o participación del activo”, esto es, la probabilidad del hecho, no la probable responsabilidad, dado que el proveído de mérito, en realidad, sólo debe fijar la materia de la investigación y el eventual juicio. Consecuentemente, en el tratamiento metódico del llamado auto de vinculación a proceso, con el objeto de verificar si cumple con los lineamientos de la nueva redacción del referido artículo 19, *no es necesario acreditar los elementos objetivos, normativos y subjetivos, en el caso de que así los describa el tipo penal*, es decir, el denominado cuerpo del delito, sino que, para no ir más allá de la directriz constitucional, *sólo deben atenderse el hecho o los hechos ilícitos* y la probabilidad de que el indiciado los cometió o participó en su comisión; para ello, el Juez de Garantía debe examinar el grado de razonabilidad (teniendo como factor principal, la duda razonable), para concluir si se justifican o no los apuntados extremos, tomando en cuenta como normas rectoras, entre otras, la legalidad (si se citaron hechos que pueden tipificar delitos e información que se puede constituir como datos y no pruebas), la ponderación (en esta etapa, entre la versión de la imputación, la información que la puede confirmar y la de la defensa), la propor-

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 101

cionalidad, lo adecuado y lo necesario (de los datos aportados por ambas partes) para el dictado de dicha vinculación.¹¹⁵

Como se aprecia, este primer modelo equipara cuerpo del delito con tipo penal y como el primer párrafo del artículo 19 constitucional eliminó al cuerpo delito entonces eliminó el tipo penal, al menos, en lo referente al contenido del auto de vinculación a proceso. Asimismo, y siempre tomando como referencia el citado dispositivo constitucional, lo único que se requiere es que se indique el lugar, tiempo y modo de ejecución de los hechos ilícitos y con qué datos de prueba los mismos se acreditan.

En tal virtud, el *quid* del asunto para el primer modo es la *expresión y acreditación de los hechos*, los cuales el juez los tendrá que evaluar con los siguientes tres criterios:

- 1) Criterio de razonabilidad, esto es, que no se encuentre demostrada, más allá de toda duda razonable, una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de incriminación.
- 2) Criterio de legalidad, esto es, si se citaron hechos que pueden tipificar como delitos e información que se puede constituir como datos y no pruebas.
- 3) Criterio de ponderación, esto es, la verificación de la imputación con la información aportada, lo cual está conectado con la proporcionalidad de los datos de prueba.

En tal virtud, el primer modelo parte de que “el hecho que la ley señale como delito” implica el principio de legalidad, por lo que bastaría con que el fiscal indique su preliminar calificación jurídica y la norma que la sustenta, sin ingresar al desglose de los elementos.

Sin embargo, el principio de legalidad es una condición necesaria pero no suficiente para determinar si se dicta o no el auto

¹¹⁵ Jurisprudencia XVII.1o.P.A.J/25 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro V, Décima Época, T.C.C., febrero de 2012, t. 3. p. 1942.

de vinculación a proceso. Es decir, el aforismo *nullum crimine nulla poena sine lege praevia*, sólo exige la presencia de un marco legal que criminalice la conducta, con anterioridad a la comisión de los hechos que han sido materia de la formulación de la imputación. En cambio, si la conducta se adecúa o no al citado marco es propio del juicio de tipicidad, siendo ilógico que el juez de control dicte el auto de vinculación a proceso sobre la base de conductas atípicas.

Claro está que a este absurdo jurídico no incurre el primer modelo, pero condiciona el examen de tipicidad al hecho que no se encuentre demostrada, más allá de toda duda razonable, un excluyente de tipicidad. Ello es lo que critica el segundo modelo, dado que exige el ingreso al examen de tipicidad, con independencia de que se postule o no un excluyente de la misma; es decir, no basta con identificar la norma penal sino explicar por qué esa norma es aplicable a los hechos, y eso es el juicio de tipicidad.

En efecto, el segundo modelo impone una carga al fiscal: que los hechos expuestos estén acreditados con los datos de prueba y que actualicen los elementos del tipo penal que la autoridad ministerial está invocando en su solicitud de auto de vinculación a proceso; todo ello, con independencia que la defensa, como hipótesis de caso, le plantee al juzgador la presencia de un excluyente de tipicidad.

Este segundo modelo se fundamenta en la fracción V del apartado *a* del artículo 20 constitucional, el cual reza: “La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal...”; relacionado con la fracción X del citado apartado, que señala: “Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio”. Luego, hay un señalamiento constitucional del tipo penal, el cual será observado en las audiencias anteriores al del debate oral, incluido en aquella en que se está solicitando el auto de vinculación a proceso.

Para nosotros, el segundo modelo es aquel que satisface las exigencias de seguridad jurídica y certeza procesal para decidir

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 103

si hay mérito para iniciar el proceso penal, impactando, igualmente, en la esfera de libertad y otros derechos fundamentales tanto del imputado como de la víctima u ofendido. En efecto, el señalar que existe una norma penal que criminaliza determinada conducta no nos dice si tal marco es de aplicación a los hechos expuestos en la imputación. La fiscalía tiene la carga de convencer al juez de que se actualiza los elementos del tipo penal que se está manejando, sin esperar el dictado de una sentencia. Ello implica, revisar la importancia de la tipicidad, la cual como juicio de imputación no puede pasar desapercibido en el análisis del juzgador y en su pronunciamiento para el dictado del auto de vinculación a proceso, dejándose el juicio de culpabilidad para el debate y contenido de la sentencia.

Claro está, que ello no implica elevar el estándar probatorio como fue el argumento del legislador de Guanajuato para eliminar el concepto típico de hecho delictuoso, pues si los datos de prueba obtenidos durante la investigación permiten afirmar, de manera indiciaria, que una determinada persona desplegó una conducta que afectó los intereses jurídicamente protegidos de un tercero; precisándose el medio empleado y el resultado que se consiguió, así como el nexo de causalidad y la imputación objetiva, y si se cuenta con el marco fáctico para seguir infiriendo si se ha dado la violación a un deber de cuidado o si bien se desplegó una conducta dolosa, entonces el juzgador tendrá la información para dictar el auto de vinculación; de lo contrario, con qué información decidirá y cómo podrá afirmar que vincula, por ejemplo, por un homicidio doloso o culposo.

Con relación a la probable intervención, la misma viene a sustituir los juicios de probable responsabilidad, dado que se refiere a otra cuestión de la tipicidad, esto es, la autoría y participación. En tal sentido, no basta con afirmar que un determinado sujeto activo realizó una conducta típica, sino con qué calidad se le está atribuyendo dicha conducta, como autor o partícipe (en armonía con la legislación sustantiva respectiva).

Ello refuerza que, en el debate de la vinculación a proceso, lo sustancial es el análisis de tipicidad, incluyendo las modalidades

de intervención; las cuales, la fiscalía tendrá que trabajar con los hechos y los datos de prueba de la imputación. Al respecto, citamos la siguiente tesis aislada del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito:

La exigencia de resolver sobre el auto de vinculación a proceso se refiere a un derecho constitucional del debido proceso penal propio de este país, que garantiza de manera más amplia la libertad personal no sólo respecto de la restricción material en sentido estricto, como ocurre con la prisión preventiva, sino como certeza jurídica constitucionalmente protegida de que al fenercer el término respectivo ninguna persona puede ser sujeta o vinculada a proceso penal (con o sin medida cautelar adicional), a menos de que se cumplan los requisitos del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, que se acrelide la existencia de un verdadero hecho delictuoso y existan datos de intervención reprochable del imputado, es decir, la demostración de un hecho que amerite justificadamente la intervención del derecho punitivo y los datos que razonablemente conduzcan a estimar al imputado con algún tipo de intervención en la comisión de dicho hecho, pues sólo así se cumple con los principios de fragmentariedad e intervención necesaria del derecho penal, y el de la función garantizadora del tipo penal, que se traduce en el apotegma de exacta aplicación de la ley penal recogido en el principio de legalidad que rige dicha materia de manera estricta y que se consagra también en el artículo 14 de la propia Constitución. Por tanto, en atención a los efectos de sujeción que éste produce, de manera formal y de perturbación indirecta, al menos a la libertad del imputado, debe estimarse como un acto reclamable en el amparo y susceptible del otorgamiento, en su caso, de la suspensión pero en términos de sus peculiaridades actuales.¹¹⁶

Por otro lado, está la cuestión del sistema de un solo discurso o el de doble discurso. En el primero, el fiscal solicitará el auto

¹¹⁶ Tesis aislada II.2o.P.282 P (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro IV, Décima Época, T.C.C., enero de 2012, t. 5, p. 4298.

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 105

de vinculación a proceso cuando esté formulando la imputación; entonces, el fiscal desglosará su exposición en dos partes: por un lado, los hechos que el imputado requiere conocer y, por otro lado, cómo los mismos actualizan los elementos del tipo penal y la probable intervención y con qué datos de prueba los acredita. En tal virtud, el juez podrá preguntar al imputado si entendió el extremo de los hechos y si desea declarar o guardar silencio, reservando al abogado defensor el debate de las cuestiones técnicas. La ventaja que abona a la economía y celeridad procesal en torno al tema de resolver la situación jurídica del imputado.

En cambio, el sistema del doble discurso postula que los destinatarios de la formulación de la imputación y del pedido de vinculación a proceso son sujetos distintos. Así, en el primer caso, el destinatario es el imputado, y en el segundo caso el receptor del mensaje es el juez. Luego entonces, son momentos de exposición diferentes con un contenido distinto: la formulación de la imputación es el acto de comunicar al indiciado los hechos que se le atribuyen con un lenguaje tal que este último lo pueda comprender. En cambio, en la solicitud de vinculación a proceso, el fiscal tendrá que explicar, de una manera técnica, cómo los hechos actualizan los elementos del tipo penal y la probable intervención y cómo se acreditan con los datos de prueba. La ventaja de este modelo es que coadyuva al estudio profundo de los tópicos que sustentan la vinculación con un imputado no confundido, y más bien informado de los hechos que se le atribuyen.

En las legislaciones secundarias es más frecuente el recurrir al sistema del doble discurso; en tal virtud, y hasta el momento, sólo el texto adjetivo de Chiapas ha adoptado el sistema de un solo discurso, así como el proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales presentado por el entonces presidente Felipe Calderón.

Nosotros opinamos que es verdad que la formulación de la imputación es un mensaje dirigido al imputado, pero pensar que el juez de control no está escuchando el relato fáctico es tan equivocado y va en contra a los enunciados normativos: “y el juez, de

oficio o a pedido de la defensa, requerirá que el fiscal realice precisiones o aclaraciones” y “la vinculación descansa en los hechos de la imputación”. Luego entonces, están las condiciones dadas para que al final se imponga el sistema de un solo discurso; claro está, en la medida que se asegura que el imputado entienda los hechos y se le dé la oportunidad de declarar o guardar silencio, así como que la defensa pueda exponer los argumentos de réplica o bien haga uso de su derecho a solicitar la prórroga del término constitucional y así anunciar sus datos de prueba y de esta manera el juez pueda mejor resolver la situación jurídica de su defensor.

Esto también corregiría las deficiencias detectadas en el sistema de doble discurso, que como ejemplos, señalamos los siguientes: *a)* que se dicta auto de no vinculación a proceso porque el fiscal, si bien señaló los hechos en la imputación, no los repitió en la vinculación o no solicitó que se tengan por reproducidos; *b)* que si el fiscal solicita al juez que se tengan por reproducidos los hechos expuestos en la imputación, el juez le corre traslado a la defensa quien, si se opone, genera que el juzgador dé todo un espectáculo de convencer al defensor de que no tiene lógica su oposición (entonces, para qué se le corre traslado a la defensa), y *c)* audiencias largas, tediosas, con exposiciones repetidas.

Finalmente, el último punto que vamos a abordar con relación a la vinculación a proceso es si procede o no el amparo indirecto contra el citado auto. Al respecto, Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil indican lo siguiente:

Una de las más importantes diferencias entre el auto de vinculación a proceso que prevé el sistema acusatorio, y el de “formal prisión” que contemplaba el sistema procesal penal anterior, es la rígida separación la “admisión” de la causa y el dictado de la prisión preventiva. Bajo el actual proceso acusatorio, al dictar el auto de vinculación a proceso, el juzgador debe omitir resolver sobre la prisión preventiva, porque ésta “debe ser solicitada, por separado y como medida cautelar” por el Ministerio Público cuando no sea oficioso su otor-

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 107

gamiento. Hay entonces una “separación absoluta” entre la prisión preventiva y cualquier otro pronunciamiento judicial relacionado con la vinculación a proceso.

Parecería por lo anterior que resultaría difícil, si no imposible, admitir la procedencia del juicio de amparo indirecto contra el auto de vinculación a proceso, y menos con carácter inmediato como excepción al principio de definitividad. Si dicha resolución ya no contuviera ninguna afectación a la libertad personal del quejoso, sino sus efectos se limitaran al ámbito meramente procesal, no sería difícil concluir que su irregularidad habría de reclamarse hasta el amparo directo promovido contra la sentencia. Empero, por otros motivos, nos parece factible que el auto de vinculación a proceso sea impugnado inmediatamente a través del amparo indirecto, justo como ha ocurrido con el auto de formal prisión.¹¹⁷

Frente a ello, los pronunciamientos emitidos en el juicio de amparo en torno a la admisión de la demanda en contra del auto de vinculación a proceso, giran en torno a las siguientes razones:

1. *Por ser un acto de ejecución irreparable:*

El artículo 114, fracción IV, de la Ley de Amparo establece que el amparo procede contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación, dentro de los cuales se incluye aquellos que afectan a las partes en grado predominante o superior. Por su parte, los artículos 283, 284, 285, 292 y 297 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, refieren que el auto de vinculación a proceso constituye la base para que se fije un plazo para el cierre de la investigación y pueda formularse, ya sea: la acusación, el sobreseimiento de la causa o la suspensión del proceso; y en caso de determinarse la acusación, mediante la cual se da inicio a la etapa intermedia, pueda concluirse con la resolución de apertura de juicio oral. En este sentido, de

¹¹⁷ Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, *op. cit.*, pp. 189 y 190.

dichos numerales se advierte que, independientemente de que el imputado se encuentre sujeto o no a una medida cautelar, el auto de vinculación a proceso es un acto de imposible reparación que le afecta en grado predominante o superior, pues dicha determinación lo sujeta a la conclusión de la etapa de investigación, en su caso a la intermedia y, posteriormente, a la del juicio oral, lo que conlleva a continuar e intervenir en todas esas etapas, que al final pudieran resultar ociosas, ya que en caso de que se concediera la protección constitucional contra el auto de vinculación a proceso, los alcances de la sentencia de amparo podrían ser que el Juez de Control negara su emisión, lo que ocasionaría que no se diera inicio a las subsecuentes etapas, y además, conllevaría que el Juez revocara las medidas cautelares personales y reales que hubiese decretado, de acuerdo al artículo 279 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, las cuales pueden solicitarse en momento diferente, pero no podrán subsistir sin el auto de vinculación a proceso.¹¹⁸

2. Por afectar el derecho a la libertad personal:

Como lo refirió la Suprema Corte de Justicia de la Nación, antes de las reformas y adiciones de diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de dos mil ocho, la diferencia entre el auto de formal prisión y el entonces llamado auto de sujeción a proceso radicaba entre otras en que este último no restringía la libertad del todo, sino sólo la perturbaba al obligar al procesado a comparecer periódicamente ante el Juez instructor y a no salir de su jurisdicción territorial si no era con su autorización; luego en atención a las citadas reformas constitucionales, donde existe un nuevo proceso penal de tipo acusatorio, adversarial y oral, aparece la figura del auto de vinculación a proceso que igualmente tiene por objeto someter al imputado a la segunda fase de la etapa prelimi-

¹¹⁸ Tesis aislada XVIII.4o.1 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro IX, Décima Época, T.C.C., junio de 2012, t. 2, p. 799.

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 109

nar del proceso penal, esto es, a la investigación formalizada, la que concluye cuando el Ministerio Público declara cerrada la investigación y formula la acusación, entre otras determinaciones posibles, continuando así dicho proceso que puede terminar con el dictado de una sentencia privativa de su libertad personal. Ahora bien, el hecho de que a una persona se le vincule a un proceso penal implica que su libertad se afecte, al menos parcialmente, en la medida en que lo somete a un proceso penal con pretensión punitiva, cuya prosecución requiere de su ineludible presencia como presupuesto de continuidad, por lo que lo obliga a comparecer en los plazos o las fechas indicadas por el Juez que conozca del asunto cuantas veces resulte necesario con miras a garantizar, precisamente, la finalidad potencialmente punitiva de la sentencia con la que culmine, pues la libertad personal de los individuos no sólo se afecta a través de actos de autoridad que tengan como consecuencia material privar al gobernado de su libertad personal y deambulatoria en sentido estricto, sino que tal afectación también puede darse en el ámbito jurídico por el hecho de estar vinculado, precisamente, a un proceso de tal naturaleza donde, actualmente, con base en las potenciales audiencias subsecuentes que prevé el nuevo sistema procesal, así como las eventuales solicitudes de las partes (particularmente del Ministerio Público y a instancia de víctimas u ofendidos), la autoridad judicial competente puede, incluso, decretar otras medidas para garantizar el seguimiento del proceso penal; por lo que, aun cuando dicha determinación no lo priva, en sí misma, en forma directa de su libertad personal (pues es independiente de las posibles medidas cautelares adicionales), sí puede considerarse como un acto que la limita indirectamente, en tanto constituye una condición sine qua non para someterlo formal y materialmente a proceso, para la apertura y determinación del periodo de investigación subsecuente, para la continuidad del cauce procesal y para la posible imposición de alguna medida de coerción relacionada con las obligaciones derivadas de esa vinculación, lo cual sin duda repercute en la esfera jurídica del quejoso, al ubicar su condición como la de una persona sujeta a un proceso penal con todas las implicaciones jurídicas o sociológicas que ello

conlleva. Y es que del mismo modo en que lo advirtió en su momento el Máximo Tribunal del País, al examinar el auto de “sujeción a proceso” del sistema procesal tradicional, el actual auto de vinculación a proceso genera igualmente una perturbación que, aunque indirecta, incide en la libertad personal. De no aceptarse que existe una afectación, al menos indirecta o en grado de perturbación de la libertad del imputado, como consecuencia del auto de vinculación, se llegaría al absurdo de hacer nugatoria o pretender ignorar la importantísima finalidad que como garantía ejerce la Constitución Mexicana, es decir, la función garantista del tipo penal, que consiste también en evitar que a cualquier gobernado se le someta a un proceso penal (que por naturaleza tiene fines de pretensión punitiva estatal), sin justificarse previamente la satisfacción de los requisitos mínimos para ello, que exigen un estándar suficiente de acreditamiento de un hecho delictivo (no cualquier clase de acto o hecho ajeno a la materia penal) y de razonable probabilidad de intervención en la comisión de ese hecho. Por tal razón se estima que la emisión de un auto de vinculación a proceso, aun sin existir medidas cautelares complementarias, sí perturba o afecta, al menos indirectamente, la libertad personal; de ahí que, en atención a esa especial naturaleza, debe estimarse como supuesto adecuado para la procedencia del amparo y del otorgamiento de la suspensión en lo conducente a esa misma naturaleza excepcionalmente especial. En ese sentido, es claro que la jurisprudencia superada por la legislación reformada no resulta aplicable ni exigible en sentido estricto, pero ello no quiere decir que la autoridad jurisdiccional esté impedida para reiterar el criterio que emana de ella si resulta igualmente aplicable en lo conducente a las nuevas hipótesis normativas, sobre todo cuando éstas son esencialmente idénticas en razones y circunstancias de potencial afectación a la misma garantía o derecho fundamental que la Constitución del País protege, toda vez que donde hay la misma razón no cabe desconocer la misma aplicabilidad de un criterio racional y sustancialmente depurado por la Suprema Corte, que en este caso, este Tribunal Colegiado, dentro del ámbito de su competencia, lo asume y reitera como propio. En efecto, este tribunal comparte tal consideración y reitera, en lo

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 111

conducente, el aludido criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que aunque si bien se refiera al “acto de sujeción a proceso”, resulta esencial y racionalmente análogo en defensa de la misma garantía de libertad personal, la cual con la creación del sistema penal acusatorio no sólo subsiste sino incluso se ve mayormente tutelada frente a ataques al debido proceso penal, entendido como derecho humano fundamental y reconocido como presupuesto válido de toda pretensión punitiva posible; aspecto que sigue siendo materia de control de constitucionalidad inclaudible, independientemente del sistema procesal que se adopte.¹¹⁹

3. Por la violación de derechos públicos subjetivos distintos a los consagrados en el artículo 19 constitucional:

El hecho de que el citado precepto constitucional establezca los requisitos de fondo y forma que todo auto de vinculación a proceso puede contener, no significa que para su dictado sólo deba cumplirse con dicho artículo. Ello es así, pues para que la afectación que sufre el gobernado en sus intereses, con motivo de ese acto de autoridad, pueda considerarse como válida, debe reunir, además de los mencionados requisitos, todas aquellas exigencias y condiciones contenidas en las garantías de seguridad jurídica consagradas en la Carta Magna, entre otras, que dicho auto conste por escrito, proceda de una autoridad judicial y se encuentre fundado y motivado; garantías que ante la imposibilidad material de encontrarse contenidas en un solo artículo, deben ser aplicadas armónicamente, a fin de dar certidumbre y protección al particular. En tal virtud se concluye que en el dictado del auto de vinculación a que se refiere el título octavo, Etapas del proceso, capítulo I, Etapa preliminar, sección 8, Vinculación del imputado a proceso, del Código Procesal Penal para el Estado de

¹¹⁹ Tesis aislada II.2o.P.284 P (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro IV, Décima Época, T.C.C., enero de 2012, t. 5, p. 4296. Asimismo, véase: tesis aislada II.2o.P.283 P (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro IV, Décima Época, T.C.C., enero de 2012, t. 5, p. 4299.

Oaxaca, pueden violarse derechos públicos subjetivos diversos a los que consagra el aludido precepto constitucional, lo que dependerá de que las autoridades cumplan o no con todas y cada una de las referidas garantías.¹²⁰

4. Porque si se suspenden derechos políticos, el auto de vinculación a proceso atentaría contra el principio de presunción de inocencia:

En términos del artículo 5 del Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca, vigente en diversas regiones de la entidad, que encuentra apoyo en el artículo 20, apartado A, fracción I y apartado B, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en todas las etapas del procedimiento penal adversarial el imputado deberá ser considerado y tratado como inocente mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme; lo que según la Cámara Revisora (Senadores) de la reforma de 2008 a la Constitución Federal en materia de justicia penal, permite enmarcar el proceso como una práctica para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito; así, mientras no se satisfaga, ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena, ya que la culpa y no la inocencia debe ser demostrada. Luego, si en el nuevo sistema penal adversarial vigente en Oaxaca se encuentra previsto el principio fundamental de inocencia, específicamente, en el procedimiento de manera textual y amplia, es claro que impone como obligación para la autoridad jurisdiccional de trato hacia los imputados, considerarlos inocentes en todas las etapas del proceso mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme; por tanto, es violatorio de ese principio y de las garantías de legalidad y seguridad jurídica, el hecho de que el Juez de Garantía suspenda los derechos políticos al imputado como consecuencia del dictado del auto de vinculación a proceso, pues además, dentro de los efectos de esa determinación, que señala el dispositivo 279 del Código Procesal Penal en cuestión, no se encuentra la sus-

¹²⁰ Tesis aislada XIII.P.A.30 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIII, Novena Época, T.C.C., abril de 2011, p. 1228.

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 113

pensión de derechos políticos del imputado, sin que ello necesariamente derive del artículo 38, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues éste alude al auto de formal prisión en los procedimientos tradicionales y no al de vinculación a proceso en el procedimiento penal adversarial.¹²¹

Otra cuestión en el juicio de amparo es si para su procedencia se debe o no interponer el recurso impugnatorio ordinario, o si bien se puede interponer la demanda vía excepción al principio de definitividad. Al respecto, el Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Tercer Circuito indica lo siguiente:

El citado auto tiene por objeto someter al imputado a la segunda fase de la etapa preliminar del proceso penal, esto es, a la investigación, la que concluye cuando el Ministerio Público declara cerrada la investigación y formula la acusación, entre otras determinaciones, continuando así dicho proceso, el que puede terminar con el dictado de una sentencia que lo prive de su libertad personal. Ahora bien, el hecho de que a una persona se le vincule a un proceso penal implica que su libertad absoluta se vea afectada en la medida en que lo somete a un proceso, cuya prosecución requiere de su presencia, por lo que lo obliga a comparecer en los plazos o fechas indicadas por el Juez que conozca del asunto, pues la libertad personal de los individuos no sólo se afecta a través de actos de autoridad que tengan como consecuencia material privar al gobernado de su libertad personal, sino que tal afectación también puede darse en la vida jurídica por el hecho de estar vinculado precisamente a un proceso. Por lo que, aun cuando dicha determinación no lo priva en forma directa de su libertad personal, sí puede considerarse como un acto que la limita indirectamente, en tanto constituye una condición para someterlo a proceso y para la imposición de alguna medida de coerción; por

¹²¹ Tesis aislada XIII.P.A.27 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIII, Novena Época, T.C.C., febrero de 2011, p. 2404.

tanto, el auto de referencia puede impugnarse a través del juicio de amparo sin necesidad de promover previamente el recurso de apelación a que se refiere el artículo 433 del Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca. Independientemente de ello, la excepción al principio de definitividad prevista por la fracción XII del artículo 107 de la Norma Fundamental, no supedita su procedencia a que el acto reclamado afecte la libertad del quejoso, sino que la hace depender de la violación de cualquiera de las garantías tuteladas por los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹²²

Luego entonces, el ampararse contra el auto de vinculación a proceso constituiría un caso de excepción al principio de definitividad, dado que el agravio se expresaría por la violación directa a la Constitución, la cual impacta, al menos de manera indirecta, al ejercicio del derecho a la libertad personal.

También se discutió si el juez de distrito debe restringir su análisis a los datos de prueba que le fue anunciado al juez de control, o si bien puede ampliar su ámbito de conocimiento. En tal virtud, en jurisprudencia señalada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Sólo en el caso de que el juez de garantía hubiere tenido acceso a la carpeta de investigación, es que el juez federal podrá imponerse de la misma, pero solamente respecto de los datos que aquél haya tenido en cuenta a fin de dilucidar la controversia. Ello es así, porque de llegar a considerarse datos en que no se hubiera fundado la petición de una orden de aprehensión o que se hayan desahogado en la audiencia de vinculación a proceso, se vulneraría lo dispuesto por el último párrafo de la fracción V del apartado A del artículo 20 constitucional, en el sentido de que las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente; y con ello,

¹²² Tesis aislada XIII.PA.29 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXIII, Novena Época, T.C.C., abril de 2011, p. 1229.

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 115

el principio de contradicción que rige el proceso penal acusatorio, que permite el equilibrio entre las partes y conduce a un pleno análisis judicial de la contienda.¹²³

En ese orden de ideas, Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil nos advierten el ser cuidadoso en fundamentar las decisiones del amparo en los principios constitucionales del proceso penal, como lo hizo la Primera Sala en la jurisprudencia citada:

Los principios del proceso penal “no necesariamente” aplican al juicio de amparo. Algunos de ellos sí lo hacen, pero no porque el amparo sea una “continuación” de la instancia ordinaria, o aquél indefectiblemente deba seguir dichos principios al ingresar en esa materia —aunque siempre deba considerar su influencia—, sino porque: (1) son *generalmente aplicables a todo proceso*, como habíamos mencionado en el capítulo primero de este trabajo, como es el caso de los de contradicción e inmediación para las pruebas ofrecidas en sede constitucional; o (2) porque como “principios” que son, influyen la decisión jurídica correspondiente que toma el juzgador dentro de su *ámbito de discrecionalidad* interpretativa o aplicativa, pero sin contravenir las disposiciones aplicables —lo que supondría un control de constitucionalidad de las mismas—.

Sin embargo, debe considerarse que el objetivo del amparo no es tener efectos que desnaturalicen los procesos naturales. Tampoco lo es permitir al quejoso obtener un resultado que no le correspondería, por exceder lo que el derecho otorga. Pero siempre debe analizarse con cuidado cada situación, para establecer los límites de los derechos de quienes intervienen en ella.¹²⁴

Esta observación es correcta, porque el tema de si el juez de distrito debe o no conocer el contenido de la carpeta de investiga-

¹²³ Jurisprudencia 1a./J. 64/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro I, Décima Época, 1a. Sala, octubre de 2011, t. 2, p. 993.

¹²⁴ Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, *op. cit.*, p. 118.

ción con independencia de lo que se le anunció al juez de control, no lo resuelven los principios del proceso penal, sino el principio de limitación de pruebas, previsto en el artículo 78 de la Ley de Amparo; evitándose así un injusto proceder contra la autoridad responsable.

Lo señalado guarda relación, en el caso que se recurra el auto de vinculación a proceso, si el juez de distrito puede o no aplicar la suplencia de queja deficiente o debe mantener incólume el principio de contradicción propio del proceso penal. En ese sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló la siguiente jurisprudencia:

El artículo 76 bis, fracción II, de la Ley de Amparo, prevé la suplencia de la queja deficiente en beneficio del reo, aun ante la ausencia de conceptos de violación o agravios; esta figura obliga al juez de distrito a analizar de oficio las posibles violaciones de derechos fundamentales, por tanto, cuando éstas no son alegadas, por ejemplo, con motivo de una actuación deficiente de la defensa o la reserva del derecho del imputado a no realizar manifestación alguna, el juez de amparo es quien, a través de la suplencia de la queja, debe analizar si tales violaciones han acontecido y, en su caso, otorgar el amparo. Por tanto, el órgano de control constitucional, en aplicación de la figura de la suplencia de la queja deficiente en beneficio del imputado, debe considerar todos los argumentos formulados por él o su defensor en la demanda de garantías o en el escrito de expresión de agravios, que estén encaminados a controvertir las razones que motivaron al juez de control o juez de garantía a dictar el auto de vinculación a proceso y el valor convictivo de los datos de investigación en que se apoya esta determinación, así como la deficiente valoración de los datos aportados en su defensa, supliéndolos en su deficiencia, aun cuando no los hayan hecho valer en la audiencia de imputación, a fin de verificar que los datos de investigación aportados por el Ministerio Público y en que se apoya tal determinación, se hayan ofrecido y desahogado conforme a derecho; y que las razones que motivaron su dictado tienen el debido sustento legal, esto es, la suplencia se torna

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 117

absoluta, aun ante la ausencia de motivos de inconformidad, cuando deba subsanar de oficio posibles violaciones a derechos fundamentales, sin subrogarse en el papel de defensor.¹²⁵

En suma, el influjo de los principios procesales penales no puede alcanzar a “derogar” los principios y reglas legislativas del juicio de amparo, y menos cuando derivan de la naturaleza y fines propios de este proceso también constitucional.¹²⁶

En cuarto lugar, una vez que el juez de control haya resuelto la situación jurídica del imputado o comunicado su decisión de resolverla dentro del término constitucional de setenta y dos horas o habiéndose accedido a la solicitud de prórroga planteada por la defensa, se entrará al debate de la medida cautelar.

En principio, podemos definir a las medidas cautelares como aquellas restricciones que impone el juez al imputado, en torno al ejercicio de determinados derechos constitucionales, sobre la base de indicios que permiten hablar, por un lado, de un *periculum libertatis*, reflejado tanto en el riesgo de frustración procesal como de peligrosidad procesal del imputado, y por otro lado, de un *fumus bonis iuris*, esto es, la presencia de hechos aparentemente delictivos que se le atribuyen al imputado.

Asimismo, las medidas cautelares responden a los siguientes principios y reglas procesales:

- 1) *Principio de legalidad.* Solamente por ley se pueden crear medidas cautelares, dado que no sólo se busca evitar una obstaculización en el normal desarrollo del proceso, sino que son instrumentos que inciden en derechos convencionales como la libertad o la propiedad, a través de las medidas cautelares personales y reales, respectivamente, las cuales implican situaciones como reclusión en un centro preventivo.

¹²⁵ Jurisprudencia 1a./J. 94/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro I, Décima Época, 1a. Sala, octubre de 2011, t. 2, p. 689.

¹²⁶ Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, *op. cit.*, p. 122.

tivo o internamiento en un centro psiquiátrico, o bien el secuestro de bienes para garantizar, por ejemplo, una futura reparación del daño. Frente a tales impactos, es la ley, a través de un sistema de *numerus clausus*, quien nos indica las medidas a imponer en un juicio cautelar.¹²⁷

- 2) *Principio de judicialidad.* Significa que es el juez el órgano llamado a imponer una medida cautelar, mediante resolución fundada y motivada, por el tiempo absolutamente indispensable. En ese orden de ideas, se requiere estar en el marco de un proceso, cuya investigación esté formalizada (formulación de la imputación), con conocimiento del asunto por parte del juez de control o de garantía, en observancia de las reglas de competencia.

Asimismo, la resolución que imponga una medida cautelar, al menos deberá contener: *a)* los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo; *b)* la enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen y su preliminar calificación jurídica; *c)* la indicación de la medida y las razones por las cuales el juez estima que los presupuestos que la motivan concurren en el caso; *d)* los lineamientos para la aplicación de la medida, y *e)* la fecha en que vence el plazo de vigencia de la medida.

- 3) *Finalidad cautelar.* La imposición de una medida cautelar descansa en un objetivo o fin, el cual puede ser: *a)* asegurar la presencia del imputado a proceso; *b)* garantizar la seguridad de la víctima, de los testigos o de la comunidad; *c)* evitar la obstaculización del proceso, incluyendo el aseguramiento del éxito de las investigaciones; *d)* garantizar la reparación del daño, y *e)* garantizar la ejecución de la sentencia.

¹²⁷ En la Ley de Justicia Integral para Adolescentes del estado de Guerrero no se han regulado las medidas cautelares, por lo que, los jueces tienen un conflicto importante en torno a este tema y su relación con el principio de legalidad.

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 119

Estas finalidades, si son leídas en sentido negativo, traducen un riesgo procesal, el cual, si está complementado con la peligrosidad procesal del imputado, darán como resultado la actualización de los presupuestos materiales para la imposición de una medida cautelar, los cuales están agrupados bajo el rubro de *periculum libertatis*.

Igualmente, debemos indicar que, en ningún caso la medida cautelar podrá ser usada como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada.

- 4) *Principio de proporcionalidad.* No se podrá ordenar una medida cautelar cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión, la forma de intervención del imputado y su comportamiento posterior, así como a la sanción probable. Para ello, se deberá aplicar los tres sub-principios de la proporcionalidad: adecuación, necesidad y ponderación.
- 5) *Favor libertatis.* La protección de la libertad es un mandato, que aún de oficio, el juzgador debe cumplir. En esa inteligencia, cuando existan dudas en torno a la interpretación de normas restrictivas que afectan al citado derecho, o el juez no está completamente convencido en imponer una medida cautelar, deberá orientar su decisión lo más favorable a la libertad del imputado.
- 6) *Legitimidad para solicitar medida cautelar.* Es usual que la norma adjetiva autorice al Ministerio Público el solicitar la imposición de una medida cautelar. En cambio, y con relación a la víctima, se debe determinar, normativamente, si la misma tiene legitimidad para requerir una medida de coerción o tendrá que hacerlo por intermedio de la autoridad ministerial.

Asimismo, y atendiendo al principio de contradicción y a la teoría del caso respectiva, la defensa está en la libertad de proponer una medida cautelar alterna a la solicitada por el agente del Ministerio Público, debiendo respetar los princi-

pios de legalidad y proporcionalidad en materia de medidas de coerción.

- 7) *Actuación judicial oficiosa.* El juez está sometido a lo planteado por las partes en el juicio cautelar, sin embargo, y apelando el *favor libertatis*, podrá imponer una medida cautelar diferente a la requerida por la autoridad ministerial, siempre y cuando no sea más gravosa a la solicitada, o bien, puede prescindir de toda medida cautelar cuando considere la ausencia de motivos o de una necesidad de tutela cautelar.

Sin embargo, debemos recordar nuestro análisis en torno a la prisión preventiva oficiosa regulada en el artículo 19, segundo párrafo, de la Constitución mexicana.¹²⁸ Claro está, que salvamos la convencionalidad de la norma, cuando el operador jurídico fundamenta su decisión de imponer la citada medida cautelar en los principios y reglas que rodean a las medidas de coerción.

En ese sentido, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito ha establecido lo siguiente:

El hecho de que el artículo 280 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, reformado mediante decreto publicado en el Periódico Oficial de la entidad el 18 de febrero de 2009, no imponga el deber de decretar de oficio la prisión preventiva, no significa que con dicha omisión se amplía la garantía establecida por el numeral 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que de la Norma Constitucional se advierte que el Juez debe ordenar la prisión preventiva, oficiosamente, con la única circunstancia de que el Ministerio Público acredite, en audiencia, las condiciones exigidas para vincular a proceso al indiciado, en tratándose de los siguientes delitos: delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos

¹²⁸ Benavente Chorres, Hesbert, *La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal. Concepto y modalidades*, Barcelona, J. M. Bosch, 2012.

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 121

como armas y explosivos, y en términos generales, en todos los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Sólo en estos últimos se remite el Poder Reformador a la ley secundaria, pero no en los demás, ya que su intención fue quitar la facultad al legislador ordinario de fijar los delitos graves o “de alto impacto”, lo cual hace ahora de manera limitativa el Constituyente, según se lee del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de 11 de diciembre de 2007, relativo al proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se afirmó: “Prisión preventiva y delitos graves. A la regulación de las medidas cautelares en aquellos casos en los que se trate de delitos graves y de delincuencia organizada se le da un tratamiento diverso. Se pretende evitar que se produzca con el tema de los delitos graves y la delincuencia organizada, lo que hasta ahora ha venido sucediendo, es decir, que sea el legislador ordinario el que en definitiva decida a qué casos se aplica la Constitución y cuáles requieren un tratamiento excepcional por tratarse de delitos graves o delincuencia organizada. Debe apreciarse que se requiere una regulación especial de las medidas cautelares cuando se trate de estos casos, sin embargo, las excepciones tienen que estar previstas en el propio Texto Constitucional, ya que si se hace un reenvío a la ley, inevitablemente se debilita el principio de supremacía constitucional. Cuando por primera vez se creó el sistema de delitos graves para la procedencia de la libertad provisional bajo caución, se tenía el propósito de que éstos fueran excepcionales. No obstante, la experiencia estatal y federal ha mostrado que este sistema excepcional ha colonizado el resto del ordenamiento. Hoy por hoy existe un enorme abuso de la prisión preventiva, toda vez que la mayoría de los delitos están calificados como graves por la legislación ordinaria. Con la finalidad de superar este estado de cosas se impone que sea la propia Constitución la que determine aquellos ca-

sos excepcionales, para los que bastará acreditar el supuesto material para que en principio proceda la prisión preventiva. El propio artículo 19 constitucional establece la posibilidad de que los ordenamientos procesales de las entidades federativas y de la Federación, incorporen una excepción al diseño normativo de las medidas cautelares y de la prisión preventiva recién explicado. Se prevé que el Juez aplique prisión preventiva para los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios especialmente violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, si el Ministerio Público logra acreditar, en audiencia, las condiciones exigidas para vincular a proceso por esos delitos. La decisión sobre medidas cautelares es evidentemente revisable, tan es así que expresamente se prevé que se podrá revocar la libertad de los individuos ya vinculados a proceso, cuando se acrediten los extremos previstos en la propia Constitución y de conformidad con lo que disponga la ley". Por ello se concluye que, si en el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua no se establece que se decrete de oficio la prisión preventiva como medida cautelar, no es porque se "potencialicen" o amplíen las garantías contenidas en el referido artículo 19, sino porque no se ha ajustado a las reformas constitucionales en este punto; sin que ello pueda originar violación alguna en perjuicio del imputado a quien, por el contrario, le beneficia, pues la prisión preventiva de acuerdo con la legislación local no se pronuncia de oficio, sino a petición necesaria del Ministerio Público.¹²⁹

- 8) *Necesidad de audiencia.* Cuando se solicite la imposición, revisión, sustitución, modificación o cese de una medida cau-

¹²⁹ Tesis aislada XVII.1o.P.A.65 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXII, Novena Época, T.C.C., octubre de 2010, p. 3148.

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 123

telar, el juez deberá convocar a una audiencia para oír a las partes (salvo aquellas medidas que, como el caso del embargo, estén sometidas, por ley, al principio de *in auditis pars*), quienes podrán presentar los antecedentes que estimen pertinentes. Aunque este principio no se aplica en la medida cautelar del embargo, la cual puede ser tramitada en audiencia reservada.

- 9) *Material probatorio.* Toda decisión judicial relativa a una medida cautelar debe descansar en indicios que permitan razonablemente inferir la presencia de un hecho delictuoso y la probable intervención del imputado (*fumus bonis iuris*), así como el riesgo procesal y la peligrosidad procesal del imputado (*periculum libertatis*).

En ese sentido, el Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Tercer Circuito se ha afirmado lo siguiente:

En términos del artículo 163 del Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca, para que se decrete la *prisión preventiva*, como medida de coerción personal, es necesario acreditar, entre otros requisitos, el peligro de fuga reglamentado en el numeral 172 del código referido. Ahora bien, para acreditar el peligro de fuga es necesario que el Juez de Garantía analice todos los supuestos previstos en este último numeral, esto es, el arraigo del imputado en el país, la importancia del daño que debe ser resarcido, el máximo de la pena que, en su caso, pueda llegar a imponerse, la actitud voluntaria adoptada por aquél frente al delito, así como su comportamiento durante el proceso, o en uno anterior; derivado de los cuales tendrá que concluir si existe o no peligro de fuga, sin que sea válido para determinar tal circunstancia analizar únicamente alguno de ellos.¹³⁰

¹³⁰ Tesis aislada XIII.P.A.26 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIII, Novena Época, T.C.C., enero de 2011, p. 3232.

- 10) *Prohibición de desnaturalización.* En ningún caso el juez está autorizado a imponer medida cautelar desnaturalizando su finalidad o cuyo cumplimiento sea imposible. Esta regla es vital, por ejemplo, a la hora de dotar de contenido al monto de la garantía económica que se le exige exhibir, como medida cautelar, al imputado para que pueda gozar de su libertad.
- 11) *Combinación de medidas cautelares.* A solicitud del Ministerio Público, el juez podrá imponer una sola de las medidas cautelares previstas en la ley o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, así como dictar las órdenes necesarias para garantizar su cumplimiento. Sin embargo, es usual que la normatividad prohíba que la prisión preventiva se combine con otras medidas cautelares, con excepción de la prohibición de comunicarse con personas determinadas.
- 12) *Provisionalidad.* Toda medida cautelar está condicionada a la cláusula *rebus sic stantibus*, esto es, si varía la situación jurídica que justificó la imposición de una medida cautelar, entonces dicha medida podrá ser modificada, conforme a las reglas señaladas en la respectiva legislación.

En efecto, cuando hayan variado de manera objetiva las condiciones que justificaron la imposición de una medida cautelar, las partes podrán solicitar al juez de control o de garantía, la revocación, sustitución o modificación de la misma, en este caso, el juez podrá citar a todos los intervenientes a una audiencia con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de las condiciones o circunstancias que se tomaron en cuenta para imponer la medida y la necesidad de mantenerla o no y conforme al resultado resolverá lo que proceda.

Al respecto, el Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Tercer Circuito indica lo siguiente:

El artículo 186 del Código Procesal Penal para el Estado de

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 125

Oaxaca establece que la medida de coerción personal, prisión preventiva, cuando no se impuso de oficio, puede revisarse en cualquier momento a petición de parte u oficiosamente, por lo menos cada tres meses, para verificar si subsisten las circunstancias por las que se concedió; así, en dicha revisión puede determinarse: 1. Que no han variado las condiciones, en cuyo caso se ordenará su inmediata continuación, y 2. Que han variado las condiciones, para lo cual podrá optarse por las siguientes alternativas: a) la modificación de la medida de coerción personal, prisión preventiva; b) la sustitución de la medida inicialmente decretada por otra diversa, y c) la libertad del imputado. De lo anterior se concluye que no se actualiza la causal de improcedencia por cesación de efectos del acto reclamado prevista en el artículo 73, fracción XVI, de la Ley de Amparo, por el hecho de que el Juez de Garantía determine en la revisión oficiosa que no han variado las condiciones por las que se decretó la prisión preventiva impuesta inicialmente, pues ésta no varía en nada ni se modifica en parte alguna, antes bien, se ordena su continuación.¹³¹

- 13) *Impugnación.* Todas las decisiones judiciales relativas a las medidas cautelares son impugnables. No es ocioso actualizar esta regla, dado que, si recordamos que la impugnación está regulada por el principio de legalidad, la norma legal debe establecer cuáles son las resoluciones susceptibles de ser recurridas, y por los efectos que generan las medidas cautelares en los derechos constitucionales del imputado, es de suma importancia que estén incluidas en el catálogo de resoluciones judiciales materia de impugnación.

Ahora bien, resuelto el tema de la medida cautelar, y luego de escuchar algún otro requerimiento de las partes, el juez de

¹³¹ Tesis aislada XIII.P.A.25 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIII, Novena Época, T.C.C., enero de 2011, p. 3242.

control dará por concluida la audiencia. Luego, si está pendiente su decisión de vincular o no a proceso, el órgano jurisdiccional convocará a los intervenientes a otra audiencia para comunicar su decisión. Si el juez decide no vincular a proceso, entonces la causa seguirá en el estado de investigación preliminar, levantándose la medida cautelar que se haya impuesto; sin embargo, el fiscal, en otra audiencia y observando el plazo que fije la legislación secundaria o el término de la prescripción de la acción penal, podrá de nuevo requerir el dictado del auto de vinculación a proceso. En cambio, si el juez dicta auto de vinculación a proceso, *deberá señalar el plazo para el cierre de la investigación*, tomando en cuenta lo que prescriba la legislación secundaria respectiva.

Dentro de este plazo, las partes podrán seguir realizando *diligencias de investigación que complementen a las inicialmente practicadas*. Los efectos procesales giran en torno a conseguir más o nuevo material probatorio pensando en una futura formulación de acusación o solicitud de sobreseimiento, o bien el trámite de incidentes, como por ejemplo, la devolución de bienes asegurados o la sustitución de la medida cautelar impuesta. Asimismo, dentro del citado plazo se puede continuar con la práctica de los anticipos probatorios, ya sea peritajes irreproducibles o bien la prueba anticipada. Igualmente, se podría girar órdenes de reaprehensión cuando el caso así lo amerite.

Ahora bien, vencido el plazo fijado por el juez de control o su prórroga (siempre que esta modalidad esté prevista en la legislación secundaria), la fiscalía deberá dictar *el acuerdo de cierre de la investigación*, dado que fue la autoridad quien abrió la carpeta de investigación. De omitir el cierre, legislaciones como la del Estado de México, autoriza el apercibimiento del juez y el posterior cierre que la citada autoridad podrá realizar (artículo 300 del Código de Procedimientos Penales). En cambio, en la normatividad de Guanajuato, la opción tomada es la extinción de la acción penal por incumplimiento del plazo, salvo que el procedimiento pueda continuar por haberse ejercido o se ejerza acción penal particular (artículo 287 de la Ley del Proceso Penal).

ACTOS RECLAMABLES EN INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA 127

Finalmente, decretado el cierre de la investigación, la fiscalía, dentro del plazo que señale la norma adjetiva, *formulará acusación*.¹³² La misma se define como un acto postulatorio por el cual la fiscalía perfecciona su pretensión tanto punitiva como de reparación de los daños,¹³³ al contar con los hechos fijados por el auto de vinculación probatoria y con la identificación de las fuentes de información que las ofertará como medios de prueba; todo ello, con la finalidad de acreditar, no solamente el tipo penal sino la antijuridicidad y la culpabilidad del acusado (fracción V del apartado *a* del artículo 20 constitucional), la necesidad de la pena y el monto de la reparación de los daños. Como la pretensión se perfecciona con la acusación, esta última dota de contenido a la sentencia (sea emitida en el juicio oral o bien en el procedimiento abreviado). En tal virtud, reproducimos lo señalado por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito:

En los artículos 14, 20, apartado A, fracciones II, VII, VIII y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se tutela la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, además, se otorga al Juez la facultad exclusiva de desahogar audiencias, valorar las pruebas, imponer las penas y determinar su modificación y duración. Para no colapsar el proceso en el Estado de Chihuahua se crearon mecanismos de terminación anticipada, entre otros, el procedimiento abreviado previsto en los numerales 387 a 392 del Código de

¹³² Artículo 293 del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículo 294 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículo 359 del Código Procesal Penal de Chiapas; artículo 307 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México; artículo 296 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato; artículo 292 del Código de Procedimientos Penales de Morelos; artículo 292 del Código Procesal Penal de Oaxaca; artículo 304 del Código Procesal Penal de Oaxaca y artículo 334 del Código Procesal Penal de Zacatecas.

¹³³ No la inicia, dado que, su ejercicio operó con la formulación de la imputación.

Procedimientos Penales del Estado, cuya naturaleza es distinta a los acuerdos preparatorios y suspensión del proceso a prueba, porque la admisión de los hechos constituye el límite de lo pactado entre las partes, se fija la litis y el imputado decide renunciar al derecho de un juicio oral, quedando con ello resguardada su garantía de ser juzgado con base en tales hechos, lo que además consiste en la única restricción de la actividad jurisdiccional, ya que las cuestiones de derecho relacionadas con la valoración de la prueba no se delegan ni forman parte del citado acuerdo, a diferencia de los hechos, respecto de los cuales no debe existir oposición; de ahí que aun cuando el activo, al admitir el hecho que se le atribuye, haya estado de acuerdo con la *acusación* por concepto de reparación del daño, el Juez de Garantía puede, sin excederse del monto que conformó la imputación, valorar las pruebas y concretar la imposición de dicha sanción pecuniaria, toda vez que no puede quedar despojado de esa facultad que constitucionalmente le ha sido dada y que se encuentra obligado a cumplir, aplicando la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, en estricto apego a los principios fundamentales de objetividad y deber de decidir, así como de fundamentación y motivación, según los artículos 17 a 20 de la Constitución Federal.¹³⁴

¹³⁴ Tesis aislada XVII.1o.PA.57 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXII, Novena Época, T.C.C., julio de 2010, p. 2044.

VII. LOS ACTOS RECLAMABLES EN LA ETAPA INTERMEDIA

La etapa intermedia o preparatoria del juicio oral es aquella fase de postulación, de saneamiento y de apertura del debate oral. De postulación, porque cerrada la investigación la fiscalía podrá postular su acusación, la víctima su acusación coadyuvante y la defensa su contestación de acusación. De saneamiento, porque en audiencia se identificarán, con fines de corrección, los vicios o errores formales tanto de la acusación (saneamiento procesal) como de los medios de prueba ofertados (saneamiento probatorio). De apertura del debate oral, porque si no se actualizó ninguna causal de sobreseimiento, el juez de control, al finalizar la audiencia intermedia, emitirá el auto de apertura a juicio oral, quedándose proscrito el recurrir a las salidas alternas, el procedimiento abreviado o los criterios de oportunidad.¹³⁵

Al respecto, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito ha indicado lo siguiente:

La interpretación sistemática de los artículos 309, 323, 327 y 328 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, conduce a establecer que la denominada etapa intermedia a que se refiere el nuevo sistema de justicia penal oral, tiene por objeto el ofrecimiento, la exclusión y la admisión de pruebas, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio oral; en ella, cualquiera de las partes puede formular las solicitudes, observaciones y los planteamientos que estime relevantes en relación con las pruebas ofrecidas por los demás, con el objeto de su eliminación o descarte por considerarse manifiestamente impertinentes o tengan por objeto

¹³⁵ Salvo Chiapas, la cual permite aplicar los criterios de oportunidad durante los alegatos de apertura en la audiencia de juicio oral.

acreditar hechos públicos y notorios; el Juez inadmitirá las pruebas obtenidas por medios ilícitos, en tanto que las demás que se hayan ofertado las admitirá al dictar la resolución de apertura a juicio oral; de ser el caso, deberá señalar, entre otras cosas, las pruebas que deberán producirse en dicho juicio. Lo anterior, aunado a los artículos 14 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, patentiza que una de las garantías de defensa de todo imputado durante el procedimiento penal, consiste en la posibilidad de aportar todos los medios de prueba que considere adecuados, por ello, los Jueces y tribunales se encuentran constreñidos constitucionalmente a lo establecido en los dispositivos legales citados en primer término, que únicamente imponen como limitante, que las pruebas que se aporten al proceso no sean manifiestamente impertinentes, que no tengan por objeto acreditar hechos públicos y notorios, así como que no hayan sido obtenidas por medios ilícitos, con la correlativa obligación de la autoridad de recibirlas, admitirlas y desahogarlas. Así, de la interpretación sistemática de los dispositivos constitucionales y legales citados, se infiere que la Constitución establece a favor del imputado en el proceso penal de corte acusatorio, el derecho de que el Juez de Control, al momento de celebrar la denominada audiencia intermedia o de preparación a juicio oral, admita las pruebas que ofrezca, siempre que puedan ser conducentes y no vayan contra el derecho, pues se está en presencia de un derecho fundamental reconocido como garantía individual, y su observancia no debe quedar al arbitrio o discrecionalidad del juzgador de juicio oral. De ahí que cuando el imputado ofrezca alguna prueba en la etapa intermedia o de preparación de juicio oral, la cual ha sido admitida por el Juez de Control y el juzgador de juicio oral la tiene por no desahogada sin tomar las medidas a su alcance para posibilitarlo, ese proceder implica, sin duda, una violación a la garantía de defensa que produce la reposición del procedimiento desde el estado procesal donde se cometió la violación, de conformidad con la fracción VI del artículo 160 de la Ley de Amparo.¹³⁶

¹³⁶ Tesis aislada II.2o.P.270 P (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro I, Décima Época, T.C.C., octubre de 2011, t. 3, p. 1707.

Ahora bien, la etapa intermedia está integrada por los siguientes actos procesales: 1) notificación de la acusación y fijación de la fecha de la audiencia intermedia; 2) la constitución de la víctima en acusador coadyuvante; 3) notificación de las promociones del coadyuvante; 4) la defensa contesta la acusación, y 5) la celebración de la audiencia intermedia, con la respectiva emisión del auto de apertura a juicio oral.¹³⁷

Así, en *primer lugar*, el escrito de acusación y sus recaudos son presentados ante el juez de control quien, en veinticuatro horas, tendrá que notificarlos a los demás intervenientes, comunicándoles, además, la fecha para la celebración de la audiencia intermedia, la cual tendrá un verificativo dentro de un plazo razonable para que la víctima pueda constituirse en acusador coadyuvante y la defensa pueda contestar la acusación.

En *segundo lugar*, la víctima, dentro del plazo señalado por la ley, podrá constituirse como acusador coadyuvante y plantear sus promociones; todo ello en un escrito dirigido al juez de control. Al respecto, debemos recordar que la reforma penal del 18 de junio de 2008 operó un importante cambio en el papel de la víctima en el proceso penal. En síntesis, dichos cambios pueden resumirse en el reconocimiento de: 1) su calidad de “parte” en el procedimiento penal, y 2) la posibilidad de ejercer la acción penal en los supuestos determinados por el legislador.¹³⁸

Al respecto, Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil indican lo siguiente:

¹³⁷ Artículos 298 al 314 del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículos 299 al 315 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículos 371 al 383 del Código Procesal Penal de Chiapas; artículos 321 al 337 del Código Procesal Penal de Durango; artículos 309 al 328 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México; artículos 331 al 345 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato; artículos 297 al 316 del Código de Procedimientos Penales de Morelos; artículos 294 al 313 del Código Procesal Penal de Oaxaca; artículos 306 al 321 del Código Procesal Penal de Yucatán y artículos 335 al 355 del Código Procesal Penal de Zacatecas.

¹³⁸ Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, *op. cit.*, p. 139.

La víctima guarda entonces una situación que podríamos asimilar, por tener algún referente, a la del “tercero llamado” al juicio “para que le pare perjuicio el fallo”, no a la de un litisconsorte que tenga la misma calidad del Ministerio Público que justifique limitarlo a la “coadyuvancia”; por ende, se le ha otorgado el *ius postulandi*, sin que esta concesión pueda justificarse de otra manera. La víctima u ofendido por el delito es entonces “parte” dentro del procedimiento penal; y si esta calidad ya se desprendía del texto del artículo 20 constitucional anterior a la reforma de 2008, el cual no le otorgaba explícitamente el derecho a “intervenir en el juicio e interponer los recursos”, con mucha mayor razón y sin lugar a duda debe reconocérsele tal carácter ahora que ese precepto sí le atribuye expresamente tales facultades, aunque no propiamente se le haya de tener como “parte acusadora”—salvo las hipótesis en que proceda la acción penal particular— sino como una especie de “tercero interesado”.¹³⁹

Ahora bien, como coadyuvante, la víctima podrá identificar los errores formales del escrito de acusación del Ministerio Público, ofrecer medios de prueba y cuantificar el monto de la reparación de los daños. Luego entonces, y en *tercer lugar*, es justo que tales promociones se les notifiquen a la defensa, y de esta manera pueda perfeccionar su hipótesis de caso con el conocimiento que ha obtenido tanto de la acusación como de la acusación coadyuvante.

Por otro lado, y en *cuarto lugar*, la defensa podrá, por escrito a la víspera de la audiencia intermedia o en forma verbal al inicio de la misma, contestar la acusación; es decir, el defensor podrá señalar los vicios formales en que ha incurrido la acusación, exponer los argumentos de defensa y ofertar los medios probatorios respectivos, interponer excepciones u obstáculos procesales, así como el solicitar la suspensión condicional del proceso a prueba o el inicio del procedimiento abreviado.

Y en *quinto lugar*, se celebrará la audiencia intermedia, la cual tiene como objeto fijar los hechos controvertidos y admitir los

¹³⁹ *Ibidem*, p. 140.

medios de prueba pertinentes, útiles y lícitos para esclarecerlos. De esta manera, la citada audiencia presenta la siguiente estructura:

- 1) El juez de control individualiza a los intervenientes y declara abierta la audiencia, indicándoles el objeto de la misma y que aún está a tiempo de conciliar sus intereses, recurriendo a las salidas alternas o al procedimiento abreviado.
- 2) Se concede el uso de la palabra a los intervenientes. La fiscalía expondrá un resumen de su escrito de acusación; el coadyuvante hará lo mismo con su acusación coadyuvante y la defensa expondrá su contestación de la acusación.
- 3) Se procederá a la identificación de los vicios o errores formales de la acusación, requiriéndole a la fiscalía que los subsane o corrija en los términos y plazos señalados en la respectiva ley secundaria.
- 4) Se resolverá las excepciones u obstáculos procesales que la defensa haya planteado. En ese sentido, y dependiendo si son fundados y los efectos que generan, se decidirá si se continuará con el procedimiento o no.
- 5) Se procederá a la celebración de acuerdos probatorios. Sobre este tema debe dejarse claro que en México, no se pactan pruebas sino hechos y en vía de consecuencia no habrá necesidad de acreditarlos en la audiencia de juicio oral.
- 6) Se ingresa al debate de admisión y exclusión de los medios de prueba ofrecidos por las partes. En tal virtud, la legislación secundaria ha señalado que la regla es la admisión (ello, para ser consecuente con el fin constitucional de esclarecer los hechos) y que el juez excluirá el medio probatorio sólo si se actualiza una causal legal de exclusión, como por ejemplo: falta de pertinencia o utilidad, que busquen acreditar hechos públicos o notorios, violen derechos fundamentales o su número generará dilatar la audiencia de juicio oral.
- 7) El juez de control tendrá que resolver las peticiones de sobreseimiento, sustitución de medida cautelar o desahogo de

prueba anticipada que, según fuese el caso, las partes hayan planteado.

- 8) Si no se actualizó ninguna causal de sobreseimiento, el juez de control emitirá el auto de apertura de juicio oral, el cual es inimpugnable, salvo el extremo donde se hayan excluido medios de prueba.

Finalmente, en materia de amparo, el debate que se ha levantado es en torno a la procedencia del amparo indirecto por violación a derechos sustantivos o bien por una afectación de derechos procesales en grado superior, en el caso que el juez de control haya excluido medios de prueba ofertados por las partes.

En el circuito de Chihuahua se ha señalado lo siguiente:

De conformidad con los artículos 299, 311 y 314 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, publicado en el Periódico Oficial de la entidad el 9 de agosto de 2006, la audiencia intermedia dirigida por el Juez de Garantía tiene por objeto el ofrecimiento, la exclusión y la admisión de datos, así como la depuración de los hechos controvertidos; aquéllos y éstos constituirán las pruebas y los acontecimientos, respectivamente, materia y conocimiento del Tribunal de Juicio Oral, los cuales, en concordancia con la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación P.J. 6/94, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 76, abril de 1994, página 13, de rubro: “PRUEBAS. LA FORMA EN QUE PRETENDAN RECIBIRSE O DESAHOGARSE CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN RECLAMABLE COMO REGLA GENERAL, POR EL OFERENTE DE LAS MISMAS, EN AMPARO DIRECTO”, resultan *impugnables en la vía de amparo indirecto*, únicamente si tienen una ejecución irreparable, ya sea por violar derechos sustantivos fundamentales contenidos en las garantías individuales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o bien adjetivos o procesales, en caso de que afecten a las partes en grado predominante o superior, tomando en cuenta la institución procesal de que se trate, la extrema gravedad de los efectos de la violación y su trascendencia específica,

así como los alcances vinculatorios de la sentencia que llegara a conceder el amparo.¹⁴⁰

En el circuito mexiquense se ha afirmado lo siguiente:

El desechamiento y admisión de pruebas son, por regla general, reclamables junto con la sentencia definitiva en el juicio de amparo directo, pues no concurren circunstancias de irreparabilidad trascendentales en el procedimiento, que dependan para el dictado de la sentencia o para asegurar la continuación del trámite del juicio natural. Este criterio debe seguir rigiendo, salvo casos específicos, en términos del artículo 160, fracción VI, de la Ley de Amparo para el nuevo sistema de justicia penal acusatorio en el Estado de México, pues las reglas a seguir para la procedencia del juicio de garantías, hasta este momento, siguen siendo las mismas; consecuentemente, contra la resolución que admite o desecha pruebas documentales en la audiencia intermedia *es improcedente el amparo indirecto*, pues además de que no constituye un acto de ejecución irreparable, el artículo 421 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México prevé que procederá la reposición del procedimiento cuando el tribunal de apelación advierta que hubo alguna violación procesal que haya afectado los derechos de alguna de las partes y que hubiera trascendido al sentido de la resolución, de modo que mediante la promoción del recurso ordinario respectivo el quejoso tiene la posibilidad de reparar dicha violación en una instancia ulterior si es que tal proceder trasciende al resultado del fallo, lo que implica que no desaparece la posibilidad de obtener un fallo definitivo favorable.¹⁴¹

Al respecto, seguimos la posición de Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, en torno a la procedencia del amparo indirecto, no sola-

¹⁴⁰ Tesis aislada XVII.1o.P.A.74 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIII, Novena Época, T.C.C., mayo de 2011, p. 1035, énfasis añadido.

¹⁴¹ Tesis aislada II.2o.P.10 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro VII, Decima Época, T.C.C., abril de 2012, t. 2, p. 1891, énfasis añadido.

mente con relación a la exclusión de medios de prueba, sino todo lo referente al auto de apertura a juicio oral y su relación con los derechos fundamentales:

El auto de apertura a juicio oral tiene una situación muy especial. Indudablemente siempre se tratará de una resolución “dentro de juicio” para efectos del amparo, por darse necesariamente luego de que el Ministerio Público ya hasta hubiera formulado acusación contra el imputado. Por tanto, en principio, cabría impugnarlo en amparo hasta que se reclame la sentencia definitiva a través del amparo directo.

Sin embargo, nos parece que la trascendencia procesal de esta resolución es tan grande, que en determinados casos su irregularidad ocasionaría una afectación en grado “predominante o superior” dentro del mismo proceso. Así, por ejemplo: 1) la indebida calificación jurídica del delito imputado al acusado, que se revocaría en amparo directo, daría lugar a la ociosa tramitación de todo el juicio oral, y aun a la inefficiente duplicidad de recursos humanos judiciales, y 2) la incorrecta aceptación de pruebas que vulneran derechos fundamentales, no sólo repercutirán en el debate del juicio oral, si no haría que persistieran los efectos de un ataque directo a la Constitución y los tratados internacionales. Esto sin contar que, por sustituir sus determinaciones las del auto de vinculación a proceso —de lo que más adelante nos ocuparemos al hablar del “cambio de situación jurídica” que opera—, sus efectos también incidían sobre derechos políticos sustantivos, lo cual daría a su ejecución un carácter “irreparable” que permitiría la procedencia del amparo en su contra.¹⁴²

¹⁴² Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, *op. cit.*, p. 179.

VIII. LOS ACTOS RECLAMABLES EN LA ETAPA DE JUICIO ORAL

Con relación al juicio oral, la misma se inicia cuando el juez de control remite el auto de apertura a juicio oral al Tribunal competente y éste emite el auto de radicación, en el cual fija fecha para la celebración de la audiencia de debate oral, notificándose a las partes.

Ahora bien, la citada audiencia presenta la siguiente estructura:

- 1) El presidente del tribunal individualiza a los intervenientes, verifica la presencia de las fuentes de prueba que serán desahogadas y declara abierta la audiencia.
- 2) El presidente del tribunal explica la importancia de la audiencia.
- 3) El Ministerio Público y el acusador coadyuvante exponen sus alegatos de apertura; lo mismo lo hará la defensa si así lo desea.
- 4) Se le concede el uso de la palabra al acusado para que, si lo desea, emita su declaración y responda las preguntas de las partes.
- 5) Se desahogan las pruebas admitidas, empezando por las de la fiscalía y terminando con las de la defensa.
- 6) Se le concede el uso de las palabras a las partes para que formulen sus alegatos de clausura.
- 7) Se le concede el uso de la voz a la víctima y en último término al acusado, para que manifiesten lo que a sus intereses les convenga.

- 8) El presidente del tribunal declara el cierre del debate, procediéndose a la deliberación, en reserva, y el pronunciamiento de la sentencia.

Con relación al amparo, y ya estando a puertas de concluir el presente estudio, debemos manifestar que es con la sentencia dictada en el juicio oral donde más *tela se tiene donde cortar*, dado que se requiere elaborar una lectura armónica entre el recurso de casación, que es el medio impugnatorio que procede contra esta sentencia y el amparo directo, el cual también presenta una naturaleza casacional. No obstante, ello será materia de un futuro trabajo, que esperamos, pronto, podamos compartirlo con la comunidad jurídica.

IX. BALANCE FINAL

Con este trabajo hemos pretendido acercar el nuevo proceso penal a la lectura que los operadores jurídicos han venido emitiendo en el proceso de amparo; advirtiéndose, por un lado, que desde la etapa de investigación se pueden identificar actos reclamables en el citado proceso constitucional que, por su novísima estructura, requieren que los jueces del orden federal entiendan su *ratio essendi* y su naturaleza teleológica, y de esta manera se unifiquen criterios (superando los problemas que, en el caso de la exclusión de pruebas, se han señalado), y por el otro lado, se ha manifestado la ausencia de una interpretación convencional y acorde con la Constitución por parte de los jueces de control, en específico cuando examinan la legalidad de la detención; cayendo en el mero formalismo y no dotando de importancia a lo establecido en el artículo 1o. constitucional.

Falta trabajo por hacer, eso es indudable, pero que no lo podemos limitar al debate en torno a qué nueva Ley de Amparo necesitamos, eso es también ciertísimo. Y, por el contrario, es en el tema de la interpretación jurídica donde en la actualidad adolecemos, por lo que esperamos que este breve trabajo haya podido generar la necesidad de reflexionar en torno a la dinámica del nuevo proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

- BENAVENTE CHORRES, Hesbert y MERCADO MALDONADO, Asael, “El Estado en la gestión del conflicto. La reforma del proceso penal en Latinoamérica”, *Revista Opinión Jurídica*, vol. 09, núm. 17, 2010.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert, “La prueba documentada en el nuevo sistema de justicia penal mexicano”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 16, núm. 01, 2010.
- _____, *Los criterios de oportunidad en el proceso penal acusatorio y oral*, México, Flores Editor, 2010.
- _____, *La audiencia de control de la detención*, México, Flores Editor, 2011.
- _____, *El amparo en el proceso penal acusatorio y oral*, 2da. ed., México, Flores Editor, 2011.
- _____, *La etapa intermedia en el proceso penal acusatorio y oral*, México, Flores Editor, 2011.
- _____, *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*, Barcelona, J. M. Bosch, 2011.
- _____, *La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal. Concepto y modalidades*, Barcelona, J. M. Bosch, 2012.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El juicio de amparo y el sistema procesal penal acusatorio*, México, SETEC, 2012.
- HIDALGO MURILLO, José Daniel, *El juicio oral abreviado*, México, Porrúa, 2011.
- _____, *El auto de vinculación a proceso*, México, Flores Editor, 2012.

- PACIOCCHI, David y FRIEDMAN, Solomon, *Análisis comparativo del artículo 20 de la Constitución mexicana y el derecho canadiense*, Chiapas, Poder Judicial de Chiapas, 2011.
- TARUFFO, Michele, “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año VII, núm. 11, 2002.
- VALADEZ DÍAZ, Manuel y RODRÍGUEZ, Jesús, *Litigación en juicio oral para el Ministerio Público*”, México, Flores Editor, 2012.