

## CAPÍTULO QUINTO

### DATO DE PRUEBA Y ETAPA DE INVESTIGACIÓN

#### I. LAS AUDIENCIAS DE LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

El dato de prueba, como actividad policial bajo la guía del Ministerio Público se enfrenta al control jurisdiccional en la etapa de investigación, únicamente, cuando el Ministerio Público decide jurisdiccionalizar y/o formalizar una causa penal. Esta idea es especialmente importante, tanto para el fiscal como para el juez de control.

No se olvide, de previo, que el órgano acusador a quien, además, le ha sido obligada la carga de la prueba, debe “filtrar” tanto el informe policial como los datos de prueba que le ofrecen los oficiales de policía. No sin razón, sino porque corresponde al Ministerio Público, con la investigación, la acción penal pública, conforme al artículo 21 de la Constitución Política, las policías “actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función”.

En efecto, en el Sistema Acusatorio, si el Ministerio Público está en audiencia ante el juez no es porque esté obligado —principio de obligatoriedad— sino porque ha decidido hacerlo. En el proceso mixto rige el principio de “obligatoriedad de la acción penal pública”. Por el contrario, y conforme al mismo artículo 21 de la Constitución federal, “el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”, y el único objetivo procesal si está en audiencia es para solicitar la vinculación a proceso, decisión jurisdiccional que da razón de la audiencia

de control de detención y fundamento a la imputación, medidas cautelares y el plazo a que debe sujetarse la investigación misma.

Es posible que el juez de control reciba al Ministerio Público en audiencias preliminares por razones diversas. Aunque la mayoría de los actores creen que la audiencia más primogénita es la de control de detención, es lo cierto que, por el contrario, en un proceso que parte y respeta los derechos de la víctima que a su vez cuenta con formas alternativas de solución del conflicto y cuenta con la audiencia de control de acción que sea convocada por el juez de control y éste reúna, con especial autoridad constitucional (*cf.* art. 20, C, VII) de la víctima u ofendidos, a los sujetos procesales.

### 1. *Datos de prueba en la audiencia de aprehensión del imputado*

Cuando el Ministerio Público está investigando a una persona que requiere someter a proceso, no estando detenido, puede requerir al juez de control audiencia para solicitar la aprehensión.

Para la orden de aprehensión no hace falta una audiencia formal, en la sala de vistas, con todo el orden mecánico del administrador de salas, como actualmente se hace. El juez Manuel Valadez opta por la forma, al sostener en un criterio del cual discrepo que:

Si la petición se realiza en la tarde o por la noche, ésta tendrá que dirigirse primeramente por el Ministerio Público al administrador de las salas de control y juicio oral y posteriormente éste a su vez citar al juez en turno a efecto de que se imponga de la carpeta de investigación y escuche la exposición de los datos de prueba de la Representación Social para determinar la procedencia o no de la orden.<sup>58</sup>

<sup>58</sup> Valadez Díaz, Manuel y Rodríguez Cabral, Jesús, *Litigación en juicio oral para el Ministerio Público*, Flores Editores, 2012, p. 13.

Acorde a mi criterio, la Constitución Política dispone, en un tema tan importante como éste, donde se pone en juego la libertad de una persona, que el juez de control debe proceder en esta audiencia “en forma inmediata, y por cualquier medio” (*cf.* art. 16, párrafo 14). En contrario el mismo Valadez Díaz que, como dije, prefiere la formalización, la concreta diciendo que:

De forma lógica y natural este proceso aun sin libramiento de la orden de aprehensión y tomando en cuenta el tiempo de traslado del juzgador a las salas de control y juicio oral, la citación para el personal administrativo necesario y la exposición de los datos de prueba del Ministerio Público con toda seguridad requerirán un plazo mayor a las dos horas... [porque, dice] no debe pasarse por alto que la orden de aprehensión no es un acto jurisdiccional mecánico o de realización automática, es decir, el juez de control tendrá que dictar la orden de aprehensión necesariamente por escrito y de manera obligada fundando y motivando adecuadamente la misma, siendo este un trabajo intelectual que forzosamente requiere tiempo y suficiente reflexión por parte de la autoridad jurisdiccional.<sup>59</sup>

Desde mi propia interpretación constitucional es factible y, por ende, recomendable, que, más coherentes con las disposiciones constitucionales que con los cursos de técnicas de litigio que han recibido y las normas copiadas en sus codificaciones, los jueces de control reciban —como debe ser— a los agentes del Ministerio Público en sus oficinas, eliminen los actuales formalismos de la sala de vistas, y otorguen las órdenes de aprehensión en el menor tiempo posible y no bajo los engorrosos trámites actuales. De hecho, no se puede exigir al Ministerio Público entregar la solicitud al administrador de las salas, por el carácter confidencial de una orden de aprehensión. No se puede admitir, tampoco, que el personal administrativo se entere de ella y, por ende, es necesario que sólo el juez conozca, sin mayor trámite. Bajo los mismos criterios,

<sup>59</sup> *Idem.*

no conviene —y es contrario a la privacidad del acto procesal— que dejen CD's ni ulterior información que los contenidos escritos de la orden (*cf.* art. 16).

Conteste al artículo 156 del Código Federal de Procedimientos Penales, es una de las obligaciones del Ministerio Público: “XVII. Solicitar cuando fuere procedente la orden de aprehensión o de comparecencia; XVIII. Poner a disposición de la autoridad judicial a las personas dentro de los plazos establecidos por la ley”; para ello, son obligaciones de la policía, conforme al artículo 158: “XII. Dar cumplimiento a las órdenes de aprehensión y demás mandatos ministeriales y jurisdiccionales”.

El Código Federal —y con éste, las demás leyes, decretos y acuerdos— tiene una tendencia a la escritura, a los registros, a los controles y a la repetición de las obligaciones. Es lógico entonces que, conforme al artículo 219:

Cuando cualquier autoridad realice una detención o aprehensión, la registrará sin dilación alguna ante el Registro Administrativo de Detenciones del Centro Nacional de Información del Sistema Nacional de Seguridad Pública, en términos de las disposiciones aplicables y remitirá sin demora y por cualquier medio la información al Ministerio Público.

En seguida, entonces, se centrará en prescribir —al estilo reglamento— los elementos del registro de modo que, conforme al artículo 220 conste el nombre y, en su caso, apodo del detenido; media filiación; motivo, circunstancias generales, lugar y hora en que se haya practicado la detención; nombre de quien o quienes hayan intervenido en la detención y, en su caso, rango y área de adscripción, y lugar a donde será trasladado el detenido y tiempo aproximado para su traslado.

El registro se ha convertido en un “dato de prueba” aunque el artículo 221 disponga que “la información capturada en este registro será confidencial y reservada”. Por esa razón:

A la información contenida en el registro sólo podrán tener acceso las autoridades competentes en materia de investigación de los delitos, para los fines que se prevean en los ordenamientos legales aplicables, y los imputados o su defensor, quienes sólo podrán utilizarlos en el ejercicio del derecho de defensa, para la rectificación de sus datos personales o para solicitar que se asiente en el mismo el resultado del procedimiento penal, en términos de las disposiciones aplicables.

Es común en México que “la Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá acceder a la información contenida en el registro cuando medie queja, misma que seguirá teniendo carácter de confidencial y reservada”. Consecuentemente, “bajo ninguna circunstancia se podrá proporcionar información contenida en el registro a terceros, salvo las excepciones previstas en este Código. El registro no podrá ser utilizado como base de discriminación, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de persona alguna” (*cf.* art. 221).

Es común que una persona detenida sea exhibida en los medios. Es igualmente común que su rostro aparezca golpeado; sin embargo, el numeral en estudio dispone que “a quien quebrante la reserva del registro o proporcione información sobre el mismo, se le sujetará al procedimiento de responsabilidad administrativa o penal, según corresponda”. Es importante entender que el registro igualmente interesa a los jueces, a los jueces de distrito y/o tribunales de circuito en amparo, y a los familiares de los imputados para conocer su paradero.

En todo caso, conforme al artículo 225 del Código Federal, coherente con las disposiciones constitucionales ya analizadas:

El juez de control, a solicitud del ministerio público, puede ordenar... la aprehensión de una persona cuando se ha presentado denuncia o querrela, de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y derivado de la investigación correspondiente obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

Ausente de una cultura de libertad, el artículo 225 procesal es omiso en lo importante, y por ende procura centrar la atención en los criterios constitucionales para darle importancia a un acto procesal que carece de ello. En efecto, la aprehensión no procede por las razones del artículo 225, que de hecho han sido los límites exigidos por la Constitución Política. La aprehensión procede cuando, además de esos requisitos, se pueda comprobar que una simple citación y/o comparecencia pone al imputado en peligro de fuga, peligro de obstaculización y/o peligro de continuidad de la acción delictiva. Es por eso que las medidas cautelares deben analizarse a la luz del párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política, esto es que procede la aprehensión cuando otra medida “no sean suficiente para garantizar la comparecencia del imputado... el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad”.

Sin embargo, es importante que el hecho sobre el cual se pide la aprehensión se adecue a un tipo penal. Con ese particular el artículo 226 dispone que “el hecho que la ley señala como delito implica la existencia de los elementos objetivos o externos, así como los normativos y subjetivos, según lo requiera la descripción típica” para lo cual igualmente exige “datos de prueba que así lo establezcan”.

Contrario a lo que he analizado en relación con la audiencia, el artículo 227 del Código Federal, inclinado más hacia la orden escrita del artículo 16, párrafo primero, que del 16, párrafo 14, ambos de la Constitución Política dispone que: “El Ministerio Público deberá solicitar por escrito el libramiento de la orden de aprehensión del imputado, describiendo los hechos que se le atribuyen, sustentados en forma precisa en los registros correspondientes y expondrá las razones por las que considera que se actualizaron los requisitos señalados”.

Ante la solicitud escrita del Ministerio Público:

El juez de control, dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas de recibida la solicitud de orden de aprehensión o de comparecencia

cia o de cuarenta y ocho horas tratándose de solicitud de orden de aprehensión... resolverá en audiencia, sobre la misma, deberá pronunciarse sobre cada uno de los elementos planteados en la solicitud. El juez podrá dar una clasificación jurídica distinta a los hechos que en ella se plantean o a la participación que tuvo el imputado en los mismos.

En caso de que la solicitud de orden de aprehensión o comparecencia no reúna alguno de los requisitos previstos, el juez de oficio, prevendrá en esta audiencia al Ministerio Público para que los precise o aclare (*cf.* art. 229).

Si vencidos los plazos dichos “el juez... no resuelve sobre el pedimento de aprehensión o de comparecencia, el Ministerio Público podrá ocurrir en queja” (*cf.* art. 231). En todos los casos “la negativa de orden de aprehensión o de comparecencia, no impide que el Ministerio Público pueda continuar con la investigación y pueda volver a solicitarla” (*cf.* art. 232).

## 2. Audiencia de control de la acción

La segunda audiencia en que es posible incorporar para fundamentar los hechos de la denuncia o querrela será la audiencia de control de la acción.

La audiencia de control de la acción procede en forma distinta según las codificaciones. Por lo general, cuando la víctima, habiendo acudido al procurador en queja ante las decisiones del agente del Ministerio Público por archivo, abstención o no ejercicio y/o por el dictado de un criterio de oportunidad, impugne esa decisión ante el juez de control, este deberá citar a las partes a audiencia para resolver lo que corresponda.

Se trata de un procedimiento especializado pues, siendo materia del juez de distrito en amparo indirecto, ha pasado a ser materia del juez de control, al disponerse, en el artículo 20, apartado C, fracción VII, de la Constitución Política que la víctima o los

ofendidos tienen 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”.

El procedimiento jurisdiccional exige, primeramente, un procedimiento previo administrativo. Así se entiende cuando el artículo 238 del Código Federal dispone que:

El denunciante, víctima u ofendido, podrán inconformarse ante el Procurador General de la República... en contra de las determinaciones del ministerio público sobre la abstención de investigar, el archivo temporal, el no ejercicio de la acción penal o sobre criterios de oportunidad, dentro del término de diez días contados a partir del día siguiente a su notificación, mediante escrito en el que se planteen los argumentos por los cuáles consideran improcedente la determinación del ministerio público, o en su caso, las diligencias que a su consideración el ministerio público omitió realizar y que pudieran haber determinado el ejercicio de la acción penal. El Procurador General de la República dentro del plazo de diez días hábiles examinará la procedencia.

Las resoluciones del Procurador General de la República... que confirmen las determinaciones del ministerio público sobre abstención de investigar, el archivo temporal, el no ejercicio de la acción penal o sobre criterios de oportunidad, podrán ser impugnadas por la víctima u ofendido ante el juez de control dentro de los cinco días posteriores a su notificación. El juez, dentro de los diez días siguientes de interpuesta la impugnación, convocará a una audiencia para decidir en definitiva, citando al efecto a la víctima u ofendido, al ministerio público, al imputado y a su defensor, en la que se expondrán los motivos y fundamentos de las partes (*cf.* art. 239).

El juez podrá dejar sin efecto la resolución del procurador general de la República y ordenarle reabrir la investigación o continuar con la persecución penal, sólo cuando considere que no se

está en presencia de los supuestos que la ley establece para disponer alguna de las decisiones mencionadas en el párrafo anterior.

Con esa finalidad conviene conocer las razones procesales para abstenerse de investigar, ordenar el archivo temporal, decidir el no ejercicio de la acción penal o aplicar alguno de los criterios de oportunidad.

Porque es necesario el dato de prueba:

El ministerio público... podrá archivar temporalmente aquellas investigaciones en las que no se encuentren antecedentes suficientes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos, en tanto se obtengan datos que permitan continuarla a fin de ejercitar la acción penal. La duración del archivo temporal será la correspondiente a la prescripción de la acción penal del delito o delitos correspondientes. El ministerio público deberá realizar la desestimación temprana del hecho del que tuvo conocimiento si los datos de prueba son notoriamente insuficientes o de la declaración de la víctima u ofendido no se desprenden elementos que permitan realizar una investigación. En este caso, el ministerio público deberá notificar a la víctima u ofendido en un término que no excederá de cinco días hábiles, el archivo temporal de la denuncia explicándose de manera comprensible las razones que fundan y motivan el archivo temporal (*cf.* art. 242).

El Ministerio Público podrá abstenerse de investigar, cuando los hechos relatados en la denuncia, querrela o acto equivalente, no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la acción penal o la responsabilidad penal del imputado (*cf.* art. 243). Cuando de los datos de prueba recolectados se desprenda que existen elementos suficientes para concluir que en el caso concreto se actualiza alguno de los supuestos de sobreseimiento, el Ministerio Público consultará a su superior jerárquico el no ejercicio de la acción penal (*cf.* art. 244).

Como no existe el principio de “obligatoriedad” el Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante, podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, limitarla a alguno o varios hechos delictivos o a alguna de las personas que participaron en los mismos (*efr.* art. 245).

Estos criterios de oportunidad proceden, por reparación del daño, cuando:

Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad o tenga pena alternativa o cuya penalidad máxima no exceda de tres años de prisión y se hayan reparado los daños causados a la víctima u ofendido. Igualmente, cuando “el imputado haya realizado la reparación integral, a entera satisfacción de la víctima u ofendido del daño causado, en delitos de contenido patrimonial sin violencia sobre las personas o en delitos culposos.

Procede la aplicación de criterios de oportunidad por razones de “pena natural” cuando el imputado tenga una enfermedad terminal que sea consecuencia directa de la comisión del delito, de modo que fuere notoriamente innecesario o irracional la aplicación de una pena.

Por la aplicación de un criterio de oportunidad, se produce la extinción de la acción penal, con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso la aplicación de dicho criterio (246). No procede el criterio de oportunidad por reparación del daño cuando el imputado hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares, salvo que únicamente hubiere causado daño en propiedad ajena.

### 3. *Audiencia de control de la detención*

Es posible que la tercera audiencia en la etapa de investigación que exija la incorporación y/o valoración de datos de prueba sea

la audiencia de control de detención con motivo de razones procesales y constitucionales de flagrancia o caso urgente, salvo que deba darse, de previo, embargo de bienes —como medida cautelar real—; el cateo, como medida precautoria; la intervención de comunicaciones, como medida o técnica de investigación.

Se descarta, por lo menos desde un criterio coherente con el artículo 19 constitucional la mal llamada “audiencia de formulación de imputación”, introducida por el Código de Procedimientos Penales de Chihuahua antes de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, y copiada por las legislaciones de Oaxaca, Zacatecas, Durango, Estado de México, Morelos, Baja California y Guanajuato.<sup>60</sup>

En efecto, aun cuando existe una audiencia —de control, inicial y/o de vinculación—, en la que el Ministerio Público está obligado, como se lo exige el artículo 19 de la Constitución Política, a formular imputación, la audiencia no puede llamarse ni de formulación de imputación ni de término constitucional. La audiencia —tanto la de control como la inicial o de vinculación— no puede girar en torno a un concepto procesal negativo —imputación y/o término constitucional—, ni en torno a una obligación del fiscal sino positivo —control jurisdiccional de la detención—, que culmina con el auto de vinculación a proceso y/o el auto de no vinculación a proceso. No es la acción del Ministerio Público la que “centra la atención” y por ende, pone nombre a la audiencia. Las audiencias convocan al juez. Por mandato de la propia Constitución Política (*cf.* art. 19), es la decisión del juez la que centra atención y pone nombre a la audiencia jurisdiccional. De hecho, no es tanto la audiencia sino el auto que procede de esa audiencia el que la intitula.

El proceso federal organiza la audiencia de control de detención y vinculación a proceso en una sola y para ello parte de una

<sup>60</sup> He analizado las normas y, por ende, las audiencias de referencia, en mi libro: Hidalgo Murillo, José Daniel, *La audiencia de vinculación en el proceso acusatorio y oral mexicano*.

única imputación, con lo cual sana los errores que se han producido con la audiencia de formulación de la imputación y la audiencia de formulación de la vinculación que se ha heredado, con perjuicio para el proceso y la celeridad de las audiencias. En efecto, la audiencia inicial “será concentrada y continua y de manera preferente se desahogará de forma ininterrumpida” (*cf.* art. 405).

La audiencia inicial tiene como objeto que el juez resuelva sobre el control de la legalidad de la detención, es decir, si el imputado retenido por el Ministerio Público y puesto a la orden del órgano jurisdiccional, fue detenido por flagrancia o caso urgente y, si ello, fue puesto a la orden del Ministerio Público dentro de los plazos constitucionales o, en su defecto, se ordenó la retención y dentro de las 48 horas fue dispuesto a la orden del juez de control.

Sin embargo, aunque se le llame de control de la detención, el objetivo de la audiencia no es la detención sino la vinculación a proceso. Es al Ministerio Público al que corresponde valorar si el imputado ha sido detenido legalmente. Si lo somete al juez, luego de que ha sido detenido lo hace con el objetivo de formular imputación y solicitar su vinculación a proceso. Con esa finalidad, debe demostrar al juez la existencia de un hecho delictivo y, por ende, los datos de prueba idóneos, pertinentes y en conjunto con otros suficientes para demostrar que el imputado es, con probabilidad, partícipe de un hecho delictivo.

#### *4. Audiencia inicial y/o vinculación a proceso*

La cuarta audiencia en la que es posible conocer, incorporar y valorar el dato de prueba será la audiencia inicial y/o de vinculación a proceso, objetivo del control de detención y de la formulación de imputación.

Esto significa que la única razón por la cual se legitima el control de la detención es cuando el Ministerio Público solicita la vinculación a proceso. La única razón por la cual procede for-

mular la imputación es porque el Ministerio Público solicita la vinculación a proceso. Todo esto significa que no hay razón de detención alguna y no hay razón de formalización sino porque el Ministerio Público necesita sujetar al imputado a proceso mediante la vinculación. Todas las demás audiencias dependen de ésta y desde ella todo el proceso hace referencia.<sup>61</sup>

Todas estas audiencias y todos estos actos procedimentales cautelares, precautorios o de investigación enfrenta al Ministerio Público ante el juez de control en razón del dato de prueba. Se trata de un “enfrentamiento” como convencimiento para las medidas cautelares y/o precautorias y para las de investigación, pues son excepciones a la contradicción. Por el contrario, en las audiencias, el Ministerio Público tendrá que defender el dato de prueba ante los criterios de contradicción u oposición del abogado defensor del imputado.

En el presente apartado sólo me referiré al dato de prueba en las audiencias de control de detención y de vinculación a proceso,<sup>62</sup> puesto que si la audiencia se desarrolla con la finalidad de formular imputación que, como se dispone en el artículo 19, párrafo primero de la Constitución Política exige demostrar hecho delictivo y probable participación y, para ello, el dato de prueba necesario para arribar al juicio de probabilidad suficiente para ambos supuestos. Nótese que se trata de dos supuestos distintos, uno fáctico y el otro jurídico que, en delitos dolosos requiere demostrar la intención del agente. No se olvide que en materia

<sup>61</sup> Mi posición crítica en relación con la audiencia de control de detención y la audiencia de formulación de imputación, a la vez que la doble imputación que se “admite” con la imputación y la vinculación, en Hidalgo Murillo, José Daniel, *La audiencia de vinculación en el proceso acusatorio y oral mexicano*, México, Flores Editores, 2012.

<sup>62</sup> Es posible que con este libro —antes o después, porque igual se me fue con el robo de la computadora— salga uno que se llamará: *La audiencia de control de la acción en el proceso acusatorio y oral mexicano*. En este procuro analizar, con más atención y mejor detalle, lo que aquí expongo, porque toca otros temas igual de importantes que los de la prueba.

penal A, que no puede matar a B (homicidio), puede encontrarse en el supuesto de que A debe matar a B (legítima defensa).

En efecto, revisada la detención la audiencia se encamina a que “el Ministerio Público formule imputación”, de modo que el “imputado rinda declaración” y el juez pueda resolver “la procedencia de medidas cautelares que le hubieren solicitado” y “sobre la vinculación a proceso” a la vez que “fije plazo para el cierre de la investigación” (*cf.* art. 405). Esto procede porque:

Indmediatamente después de haberle informado sus derechos al imputado y de contar con un defensor, cuando proceda, el juez recibirá el informe del Ministerio Público acerca de la detención y previa audiencia del defensor procederá a calificar la detención, ratificándola en caso de encontrarse ajustada a los derechos y garantías constitucionales o decretando la libertad (*cf.* art. 407, III).

El Ministerio Público podrá formular la imputación en ese acto y solicitar las medidas cautelares o la ratificación de las ya impuestas, siempre que cuente con los elementos necesarios para hacerlo. Si el juez califica como legal la detención, le concederá el uso de la palabra al Ministerio Público y si éste solicita la formulación de la imputación y aplicación de una medida cautelar, el juez se pronunciará sobre la procedencia de la misma. El artículo procesal en estudio “se vence” ante el artículo 19, párrafo segundo constitucional, y admite que se aplique “la medida cautelar oficiosa que en su caso proceda y se continuará con la audiencia”, lo que no hace falta si en la audiencia el imputado se mantiene en libertad sujeto sólo a las reglas del proceso.

Para estos efectos el artículo 405 en su fracción IV repite un equívoco concepto de formulación de imputación copiado desde Chihuahua del artículo 229 del Código de Procedimientos Penales de Chile, contrario y por ende inconstitucional, a las exigencias de la imputación del artículo 19, párrafo primero, de la Constitución federal. En efecto, “la formulación de la imputación es —según ese numeral— la comunicación que el Ministerio Pú-

blico efectúa al imputado, en presencia del juez, de que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más hechos que la ley señala como delito, así como la probabilidad de que aquél lo cometió o participó en su comisión”.

Por el contrario, el Código Modelo, que había advertido ese equívoco definió la exigencia de imputación en el artículo 298, disponiendo al Ministerio Público:

Informar del tiempo, lugar y circunstancias de ejecución, de los hechos que le atribuye; la relación de los datos de la investigación que establecen la existencia del hecho que la ley señala como delito y las diligencias que demuestran la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, su preliminar calificación jurídica, modalidades, formas de intervención, modo de ejecución, grado de consumación, identidad de los acusadores y monto estimado de la reparación del daño.

En todo caso, el mismo artículo 405 del Código Federal corrige que:

El juez ofrecerá la palabra al Ministerio Público para que exponga verbalmente en qué hace consistir el hecho que la ley señala como delito que se le imputa, la fecha, lugar y modo de su comisión, y en qué hace consistir la intervención que le atribuye al imputado en ese hecho, así como el nombre de su acusador. El Ministerio Público deberá señalar el monto estimado de la reparación del daño sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente (*cf.* art. 405, IV).

Es claro entonces que formulada la imputación, “el imputado tendrá derecho a declarar o abstenerse de hacerlo, el silencio no podrá ser utilizado en su perjuicio” (*cf.* art. 407, V). Sin embargo, el Código Federal dispone —como excepción al derecho de abstención y/o silencio— que “el imputado no podrá negarse a proporcionar su completa identidad, debiendo responder las

preguntas que se le dirijan con respecto a su identificación y se le exhortará para que se conduzca con verdad”. Con esa finalidad, primero se preguntará si es su deseo proporcionar sus datos en voz alta o si prefiere que estos sean anotados por separado y preservados en reserva y, a partir de esa salvedad procesal que protege sus datos, se le solicitará su nombre, apellidos, sobrenombre o apodo, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento, domicilio, lugar de trabajo y condiciones de vida, nombre de sus padres, números telefónicos, correo electrónico donde pueda ser localizado; la pertenencia del imputado, en su caso, a un pueblo o comunidad indígena.

Coherente con el derecho al silencio:

Si el imputado decidiera declarar en relación a los hechos que se le imputan, se le informarán sus derechos procesales relacionados con este acto y se le advertirá que puede abstenerse de hacerlo; se le invitará a expresar lo que a su derecho convenga en descargo o aclaración de los mismos e indicar los datos o medios de prueba que estime oportunos ofrecer. Las partes podrán dirigirle preguntas, siempre que sean pertinentes, sin embargo podrá abstenerse de responder a las preguntas formuladas por el Ministerio Público o por la víctima u ofendido. Las preguntas serán claras y precisas. No estarán permitidas las sugestivas, capciosas, insidiosas o confusas y las respuestas no serán inducidas.

En todos los casos la declaración del imputado sólo tendrá validez si es prestada voluntariamente y la hace en presencia y con la asistencia previa de su defensor (*cf.* art. 407, V).

Desde el dato de prueba, la audiencia de vinculación exige al Ministerio Público y compromete al juez de control a determinar y/o comprobar, con el hecho y la participación, tal como se dijo, la posibilidad de medidas cautelares, la necesidad o no de realizar y/o desahogar medios de prueba, definir probatoriamente si existe peligro de fuga, peligro de obstaculización, peligro de continuación de la acción delictiva para fundamentar la imposición

o no de una medida cautelar, ampliar el plazo de la investigación, desahogar prueba en la audiencia o realizar prueba anticipada.

En definitiva, es la necesidad de prueba la que define el futuro y alcance de esta audiencia y la necesidad de su formalización. Esto es, ¿qué necesidad tiene el Ministerio Público de formalizar la investigación? En el sistema acusatorio esta pregunta tiene una única respuesta: contar con el permiso u orden judicial para ciertos medios de prueba en los que se requiere la presencia del imputado. En el sistema acusatorio mexicano, con esa primera respuesta, existe una segunda: la vinculación a proceso es un requisito constitucional para continuar hacia la etapa intermedia con la acusación y preparar en la etapa intermedia el juicio oral. En efecto, el artículo 19, párrafo quinto, dispone que: “Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso”. Por ende, la vinculación que fija la *litis* es un paso necesario hacia las etapas intermedia y de juicio.

Ahora bien, respondamos los alcances de la pregunta en relación con la primera respuesta. En este caso, es necesario contar con el imputado en la investigación, pero formalizando dicha investigación, es decir, sin que la Policía y/o el Ministerio Público pueda proceder cuando se requiere la “limitación” de un derecho fundamental. Por ejemplo, para detenerlo por prisión preventiva cuando su libertad pueda perjudicar la investigación o la seguridad de la víctima o testigos; cuando es necesario ordenar, contra sus bienes, embargo; cuando es necesario en el imputado una inspección corporal; cuando se hace necesario que declare o ejerza su derecho de defensa material o técnica; cuando identificado, es necesario adelantar un anticipo de prueba. Todo esto sin ignorar que, en muchos supuestos, el Ministerio Público puede producir la prueba, sin formalizar la investigación, convocando al imputado y permitiendo en todo la presencia de su abogado defensor letrado.

En efecto, conforme al artículo 407, fracción VI del Código Federal:

Formulada la imputación, el juez abrirá debate sobre las demás peticiones que los sujetos que intervengan en el proceso planteen, en especial sobre la aplicación de medidas cautelares y resolverá sobre las mismas de modo que —conforme a la fracción VII—, pueda resolver “sobre la vinculación o no a proceso” pudiendo fijar “un plazo para la investigación formalizada y el cierre de la misma, tomando en cuenta la naturaleza de los hechos atribuidos y su complejidad, sin que pueda ser mayor a dos meses, en caso de que el delito merezca pena máxima que no exceda de dos años de prisión, o de seis meses, si la pena excediere de ese tiempo.

Relacionada con la prueba, una última “complicación” ofrece la audiencia inicial o de vinculación a proceso en el sistema procesal penal mexicano. Se trata de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución Política en su párrafo cuarto porque “el plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley”. Esta disposición se ha interpretado a la antigua y, por ende, como “duplicidad del plazo”. Es clara la norma constitucional al mencionar “prórroga” que no es “duplicidad”.

Sobre ese equívoco se construye en México dos variables y un sinnúmero de ramificaciones de la audiencia de vinculación a proceso mexicana. Unos códigos exigen al juez advertir al imputado si renuncia o no al plazo. Otros, si el imputado quiere plazo para declarar. Varios, si el imputado pide plazo para el desahogo previo de datos de prueba, después de declarar o previo a declarar. Algunos que entienden que el plazo es del juez y, por ende, que es lógico que el imputado no puede renunciar al plazo que es del juez. Pocos que creen que con el plazo, el imputado extiende el plazo del juez para resolver sobre la vinculación a proceso. Finalmente, algunos que exigen al juez resolver de inmediato.

El Código Federal dispone en el artículo 408 que:

El plazo de setenta y dos horas para resolver sobre la vinculación o no a proceso del imputado, a que se refiere el párrafo primero del

artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se duplicará cuando lo solicite el imputado por sí, o por su defensor, después de escuchar la imputación, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar datos de pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica.

Se trata de una disposición que, creyendo en el principio de igualdad, lo vence en proceso porque, mientras el Ministerio Público ha sustentado el hecho en datos sin desahogar ante el juez, el imputado sustenta una conclusión y refuta la imputación con datos de prueba previamente desahogados ante el juez.

En efecto, ese mismo numeral, a la vez que dispone que “el juez deberá señalar fecha y hora para tales efectos”, igualmente dispone que “el Ministerio Público no podrá solicitar dicha ampliación ni el juez resolverla de oficio” y

si el imputado requiere del auxilio judicial para citar testigos o peritos a la audiencia de vinculación a proceso, deberá solicitar dicho auxilio al menos con 24 horas de anticipación a la hora y fecha señaladas para la celebración de la audiencia. En caso contrario, deberá presentar sus medios de prueba a la audiencia de vinculación a proceso (*cf.* art. 408).

Con esa finalidad, “la audiencia de término constitucional iniciará, en su caso, con el desahogo de los medios de prueba que el imputado hubiese ofrecido o presentado en la misma” y “para tal efecto, se seguirán en lo conducente las reglas previstas para el desahogo de pruebas en la audiencia de juicio oral” (*cf.* art. 408). Para ese efecto, se abre un nuevo término al propio Ministerio Público pues “desahogados los medios de prueba, si las hubo, se le concederá la palabra en primer término al Ministerio Público y luego al imputado” para que al final el juez resuelva “sobre la vinculación o no del imputado a proceso”.

Es importante entender, desde la inteligencia del Código Federal de Procedimientos Penales, que el juicio del juez de control en esa audiencia requiere, con la formulación fáctica en la impu-

tación que de “los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público se desprendan datos de prueba que permitan establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión” (*cf.* art. 409), porque el auto de vinculación exige al juez determinar si los datos de prueba establecen “que se ha cometido el hecho que la ley señale como delito que se le imputa, y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión” (*cf.* art. 410).

## II. DATO DE PRUEBA Y AUDIENCIA DE CONTROL DE LA DETENCIÓN

Entendida en el apartado anterior la audiencia de control de detención, es posible analizar ahora el valor de la prueba hasta ese momento procesal. Si el control de la detención es por flagrancia o caso urgente se supone la existencia de un indicio.

¿Qué ocurre si se detiene a una persona —en razón de flagrancia o en razón de caso urgente— sin que se cuente con datos de prueba idónea, pertinente y, en conjunto con otras, suficiente? La respuesta desgraciadamente es nada, no pasa nada. De hecho, sólo se pone en libertad para luego resolver sobre su libertad.

En efecto, la detención ilegal en México no tiene sanción procesal, salvo que se demuestre, a raíz de esa detención, que se han violado derechos fundamentales. En esos casos, pero no por la detención ilegítima, la prueba enfrenta una sanción. Esta realidad no deja de ser importante para el abogado defensor. Es común que haya producción de prueba ilícita en una detención ilegal.

### 1. *Informe policial homologado y datos de prueba*

El artículo 43 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública requiere a los cuerpos de policía llenar un “informe policial homologado”.

El informe policial homologado, acorde a esa normativa deberá contener el área que lo emite, el usuario capturista, los datos generales de registro, motivo del informe que incluye, entre otras, tipo de evento, ubicación del evento y, en su caso, los caminos, la descripción de hechos, que deberá detallar modo, tiempo y lugar, entre otros datos. Incluye, además, entrevistas realizadas y detenciones. El informe debe ser completo, los hechos deben describirse con continuidad, cronológicamente y resaltando lo importante; no deberá contener afirmaciones sin el soporte de datos o hechos reales, por lo que deberá evitar información de oídas, conjeturas o conclusiones ajenas a la investigación.

El Acuerdo de Lineamientos define informe policial homologado (IPH), como el informe que resume un evento (hecho presuntamente constitutivo de delito y/o falta administrativa) y hallazgos de una actuación policial; incluye el formato IPH, fotografías, punteo cartográfico y demás documentación que contiene la información destinada a la consulta y análisis por parte de los miembros autorizados del Sistema Nacional de Seguridad Pública. Con el mismo objetivo se distingue el formato pre impreso del IPH, como un formato IPH disponible para las Unidades de Despliegue Operativo a fin de que reporten un evento; el Sistema del Informe Policial Homologado, como la plataforma informática en la que se capturan los datos e información de cada informe policial homologado y hace posible su consulta remota por parte de los miembros autorizados del Sistema Nacional de Seguridad Pública y, finalmente, la Unidad de Despliegue Operativo (UDO), como los elementos que participan directamente en la atención de un evento.<sup>63</sup>

<sup>63</sup> ACUERDO por el que se dan a conocer los lineamientos para la integración, captura, revisión y envío del Informe Policial Homologado (IPH), previsto en la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública. *Diario Oficial de la Federación*, 8 de julio de 2010.

## 2. *Carpeta de investigación y datos de prueba*

Es importante reconocer que la carpeta de investigación encuentra un fundamento constitucional, de modo que, en vez de “carpeta” debe llamarse “registro de la investigación” porque prima el concepto constitucional.

En efecto, el artículo 20, apartado B, fracción VI, dispone que:

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibirse declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa.

En el registro de la investigación debemos distinguir, al menos, tres tipos de documentos, distinción que será importante cuando analicemos el desahogo. El primer documento expresa personas (informe policial); el segundo, personas que refieren documentos (informe pericial), y tercero, documentos que comprueban hechos (videos), acciones (fotos) o situaciones fácticas (registros).

### III. DATO DE PRUEBA Y AUDIENCIA DE VINCULACIÓN A PROCESO

Desde la interpretación constitucional es casi imposible un auto de vinculación a proceso sin datos de prueba.

Al respecto, conviene tener presente todo el contenido del párrafo primero del artículo 19 de la Constitución Política, cuando dispone que:

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.

Para el auto de vinculación a proceso, el dato de prueba idóneo, pertinente y en conjunto con otros, suficiente, debe permitir el necesario juicio de probabilidad al juez de control para:

- 1) Fundamentar la legalidad o ilegalidad de la detención del imputado.
- 2) Ordenar la vinculación o no vinculación del imputado a proceso.
- 3) Comprobar el delito que se atribuye al imputado.
- 4) Probar el hecho, en razón del lugar, tiempo, modo y circunstancias de ejecución.
- 5) Demostrar la participación del imputado en ese hecho delictivo.

Esos cinco supuestos exigen un estudio importante del acto policial, de las disposiciones ministeriales y de la situación del imputado para ofrecer una sola respuesta. Ninguno de los cinco supuestos puede demostrarse sin prueba, porque es ella la que demuestra o no la legalidad de la detención; ella misma permite al juez ordenar o no la vinculación a proceso; la prueba demuestra la existencia del hecho y, por ende, el tipo penal al que se adecua y la participación del autor en el hecho es un asunto de prueba.

La misma respuesta se obtiene si estudiamos el tema desde el mandato constitucional. Para ello, es importante acentuar que los actos de molestia del artículo 16 de la Constitución Política exigen, para todas las disposiciones jurisdiccionales, los requisi-

tos que exige el párrafo tercero para la orden de aprehensión, es decir, “que preceda denuncia o querrela 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”.

No se olvide que del auto de aprehensión y de la detención en flagrancia o caso urgente se produce la necesidad de control y, por ende, la necesidad procesal de vincular o no al imputado a proceso. No se ignore, como lo he sostenido en otros documentos, que ninguno de los demás actos de molestia contiene exigencias probatorias más que el párrafo descrito, no porque sea omiso sino porque se trata de una norma que exige interpretación sistemática.<sup>64</sup> Por ende, el arraigo, el cateo, la intervención de comunicaciones privadas, las medidas cautelares, las diligencias precautorias, las técnicas de investigación, el aseguramiento de cuentas corrientes, información bancaria, material informático y documentos privados, entre otros, exigen la existencia de una denuncia o querrela y datos que establezcan la probabilidad del hecho y la probabilidad del autor. Así es como se entiende la constante repetición de “indiciado” que utiliza la Constitución federal y el alcance de los conceptos de fundar y motivar de ese mismo numeral.

Especialmente, el artículo 19 de la Constitución Política plasma las exigencias probatorias de la audiencia y, por ende, del auto de vinculación a proceso, lo que se completa con la fracción VI, del apartado B, del artículo 20.

Conforme al artículo 19 los datos de prueba deben demostrar el delito que se impute al acusado; describir el lugar, precisar el tiempo y definir las circunstancias de ejecución, para lo cual se requiere que prueba y verdad permitan establecer que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la

<sup>64</sup> Cfr. Hidalgo Murillo, José Daniel, *Debido proceso en el sistema acusatorio*, México, Flores Editores, 2011.

probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión y, en relación con el artículo 20, la existencia de prueba es una realidad no sólo porque “en delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio” (*cf.* fracción V), sino además en cuanto al imputado “le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso” (*cf.* fracción VI).

Es importante recordar que en razón de la audiencia de vinculación a proceso “el imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación...”. Por esa razón:

Antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa.

Conviene recordar, a su vez, de lo analizado en el artículo 16, que éstas no son exigencias constitucionales hasta esa audiencia, sino que el Ministerio Público ya debió dar a conocer al imputado la prueba y, con ello, la carpeta de investigación porque el imputado tiene derecho “a que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten” sin que sea dable entender la existencia de hecho sin la prueba que lo comprueba. Así se entiende cuando el mismo artículo 20, A, III, dispone que “tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga reserva del nombre y datos del acusador”.

#### IV. DESAHOGO DE PRUEBA Y DATOS DE PRUEBA EN AUDIENCIA PRELIMINAR

El dato de prueba en audiencia preliminar plantea, desde la misma norma fundamental, un problema procesal que choca, en parte, con el principio de igualdad que protege la propia Constitución Política. Analizaré el tema en los cuatro apartados a continuación, para conocer su desenvolvimiento.

##### 1. *Principio de igualdad procesal y acceso a la carpeta de investigación*

A pesar de lo dicho y sin admitir una cierta contradicción, el imputado no tiene acceso a la carpeta o registro de investigación sino cuando ha sido detenido o, ante el juez, enfrenta una imputación. Una vez detenido tiene derecho a ello.

Para entender este primer apartado conviene volver a recordar que el imputado, tanto en audiencia de control de detención como en audiencia inicial o de vinculación a proceso “tendrá acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibirse declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa” (*cf.* art. 20, B, VI).

Este acceso al registro y/o carpeta de investigación no necesariamente coloca al imputado en igualdad procesal ante el Ministerio Público, pues, su detención y/o su presencia en la audiencia puede ser resultado de una larga investigación en la cual la Policía y el Ministerio Público han desahogado cantidad de datos de prueba y/o los casos de flagrancia o caso urgente en que la defensa apenas cuenta con 48 horas de retención ministerial para refutar la imputación.

Quizá el error es admitir que exista, en el proceso penal acusatorio, un principio de igualdad procesal, aunque sí existe un

principio de igualdad de armas, lo que no es lo mismo. Respecto al primero, por la ausencia de igualdad prima el principio *in dubio pro reo*, porque la ciencia jurídica reconoce, desde la teoría del proceso penal, que el imputado se encuentra en desventaja ante la capacidad investigadora de la Policía y el Ministerio Público y, ante el *ius puniendi*, esto es, ante el derecho subjetivo estatal de investigar y penalizar una conducta. Por eso, igualmente protege al imputado el derecho al silencio y el principio de inocencia.

Es importante admitir que el imputado se enfrenta, luego de haber sido citado, cuando es detenido por orden de aprehensión o, en flagrancia o caso urgente, con un registro de la investigación en su contra que reúne datos de prueba que lo implican como autor de un hecho delictivo. Puede ofrecer medios de prueba; puede refutar los datos de prueba existentes, puede solicitar plazo para ofrecer y/o desahogar esos medios de prueba, pero, todo es después y puede ser un poco tarde para sus derechos.

## 2. Datos de prueba y desahogo de pruebas

¿Se vence la ausencia de igualdad cuando la Constitución Política otorga al imputado el derecho de ampliar el término de decisión jurisdiccional y ofrecer medios de prueba?

Con la detención, el Ministerio Público debe demostrar al juez de control que existió un hecho delictivo, y que éste en flagrancia justifica la detención del imputado. Debe igualmente justificar que, sin flagrancia, existe delito grave, peligro de fuga, imposibilidad de contar con un juez, y que, por ello ordenó, por existir indicios, la detención urgente del imputado. Finalmente, para vincular a proceso debe justificar la formulación de imputación con datos de prueba.

También se exige la carga probatoria cuando el Ministerio Público, en cualesquiera de las audiencias solicita el embargo de bienes, como medida cautelar, cualesquiera otra medida cautelar de carácter real, las distintas medidas cautelares de carácter

personal, entre ellas, la prisión preventiva. Se suma a todo ello, justificar el plazo de la investigación. “La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente” (*cf.* art. 20, A, V).

Ante esta realidad procedimental, que ofrece ventaja al Ministerio Público, la Constitución Política dispone, en el artículo 19, párrafo quinto, que “el plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la Ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la Ley Penal”. Esto significa, en interpretación acorde con el párrafo primero de ese numeral, que antes de que se dicte el auto de vinculación, esto es, dentro del plazo de 72 horas con que cuenta el juez de control para esa decisión, pero, aún en la audiencia, sin que haya terminado ésta, el imputado puede solicitar un plazo para:

- 1) Decidir si declara o no en relación con la imputación.
- 2) Decidir si se limita a refutar los datos de prueba del registro de la investigación u ofrece nuevos medios de prueba.
- 3) Decidir si esos medios de prueba deben o no desahogarse en continuación de esa misma audiencia, ante el juez de control.
- 4) Limitarse a concluir contra las pretensiones del Ministerio Público.

Esas cuatro posibilidades procedimentales están pendientes de un abogado defensor experto en causas penales que, sin mentir —porque no es cómplice del imputado ni coautor de delito— procura estratégicamente facilitar para su cliente la mejor defensa. Le corresponde, previo conocimiento de los autos, exponer su tesis y refutar la acusatoria del Ministerio Público, especialmente si se enfrenta a una acusación injusta, testigos falsos o evidencias falaces, seguro que, si conoce a su cliente y éste le ha sido claro,

puede optar por algún mecanismo alternativo de terminación del proceso o solución del conflicto.

Nótese —y con esto aclaro el error de las normas que se suscitan del código de Chihuahua— que no se trata de un imputado que “renuncia” a un término, porque la Constitución Política no le ha dado ni término ni derecho a renunciar. La Constitución le permite al imputado “prorrogar” el plazo del juez para dictar el auto de vinculación. Si el imputado y/o su abogado defensor suspenden la decisión jurisdiccional para el desahogo de medios de prueba, se suscitan una serie de interrogantes que conviene analizar desde el igual principio de igualdad de armas al que nos referimos en el apartado anterior, esta vez contra los derechos procesales del Ministerio Público.

No se olvide que el imputado, al rechazar cargos con su declaración, no tiene por qué probar su dicho. La carga de la prueba para improbar la declaración del imputado corresponde al Ministerio Público, aun cuando se trate de una coartada del propio imputado. Es decir, el imputado no tiene por qué demostrar su coartada, debiendo el Ministerio Público dejarla sin sustento. Lo que pasa es que se cae la “teoría del caso” del defensor y, con ella, la credibilidad del imputado si el Ministerio Público demuestra la falsedad de esa prueba. Por el contrario, el juez tendrá que ordenar la no vinculación si, existiendo “coartada” el imputado la comprueba y el Ministerio Público no puede improbarla.

Pero, cuando el imputado ofrece medios de prueba y exige su desahogo, coloca al Ministerio Público en situación procesal de desigualdad aparente pues, habiendo ofrecido únicamente datos de prueba se enfrenta al desahogo de los datos de prueba de la defensa y/o del imputado, siendo que el juez debe ofrecer mayor credibilidad a la prueba desahogada en la inmediatez y contradicción de la audiencia que aquella que no fue contradicha ni ofrecida en su inmediatez.

Esta realidad crea otras perspectivas procesales. La primera, si el Ministerio Público puede tomar la palabra antes de que se pronuncie el abogado defensor; otra, si el Ministerio Público

puede —como lo hacen Chihuahua, Oaxaca, Morelos, Durango, Guanajuato, Baja California, Estado de México— solicitar la vinculación a proceso. Finalmente, que el Ministerio Público debe pronunciarse, porque el desahogo de prueba —para bien o para mal— ha cambiado la especie fáctica y/o probatoria y por ende la jurídica en autos.

En este tema el único derecho procesal con que cuenta el Ministerio Público es el de contradecir y/o refutar la prueba ofrecida por el abogado defensor, esto es, conainterrogar testigos o refutar documentos y esperar los argumentos finales de la defensa. Puede impugnar —mediante revocación y/o apelación— lo que el juez resuelva. Sin embargo, al refutar o conainterrogar no puede argumentar y es claro que esto impide convencer o dar razones de su investigación y, por ende, de futuros medios de prueba que pueden incorporarse al proceso. No se olvide que la audiencia formaliza la investigación pero no cierra el proceso de acopio de prueba, y es posible que esos nuevos datos de prueba le permitan desmentir lo ya desahogado. Sin embargo, es la Constitución Política la que ha otorgado ese derecho al imputado, como si sujetara al órgano acusador a una “estrategia” de la defensa.

Es posible potencialmente sostener que cada parte cuenta con su momento procesal, y para ese momento debe prepararse. Por ende, que el Ministerio Público tiene una oportunidad para imputar lo que previamente ha investigado y convencer con sus datos de prueba, siendo ahora el momento exclusivo del abogado defensor para refutar esos hechos y los datos de prueba u ofrecer prueba de descargo y es por eso que puede desahogarla. Sin embargo, estamos argumentando desde una quimera, porque el dato de prueba no desahogado y el dato de prueba desahogado tiene valor probatorio en tanto el juez de control lo admita y lo valore. Su valor no está en el desahogo sino en su calidad de prueba y la capacidad de probar el hecho. Piénsese, por ejemplo, que el Ministerio Público asegura haber entrevistado a un testigo que vio al imputador cometer el hecho. Esta referencia tiene fuerza de prueba, aún no desahogada ante el juez, aunque se desahogara un testigo

del imputado que diga que lo vio antes del hecho en un lugar distinto si no es claro en la hora en que lo observó.

Esta realidad hace surgir, entonces, una pregunta: ¿debe el juez de control dar más valor probatorio a la prueba desahogada y controvertida en su presencia? El valor de la prueba se relaciona más con su adecuación a la realidad que a su desahogo. No sin razón se define la verdad como adecuación de la inteligencia a la realidad. La prueba desahogada en audiencia preliminar puede permitir al juez el necesario juicio de certeza de que el imputado es inocente y/o que miente. La disposición constitucional de que “para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio” (*cf.* art. 20, A, III) es una exigencia de intermediación para facilitar la contradicción, pero no tasa, en ningún momento, que por ello esa sea la única prueba de la verdad del hecho.

### 3. *Contradecir el dato de prueba desde la carpeta o exigir su desahogo*

Lo que se ha dicho en el capítulo anterior en parte contesta este capítulo. Es posible que la prueba sin desahogar que consta en la carpeta o registro de la investigación tenga más fuerza probatoria que aquella que se exija desahogar. Por su parte, el imputado tiene derecho a declarar tanto en la audiencia de control de detención como en la inicial o de vinculación a proceso.

Si el imputado sostiene como estrategia su inocencia y en relación con esa inocencia plasma su teoría del caso, mi consejo de experiencia es que siempre declare. Lo único que diferencia esa declaración, como táctica procesal, es el momento de la audiencia en que debe realizarse. Por ejemplo, si el imputado informa a su abogado que los testigos en su contra son testigos falsos, no conviene que declare en la audiencia inicial, aunque sí conviene que exija el desahogo de la testimonial para poder desmentirla paulatinamente. Con esto quiero decir que el desahogo de prueba es estratégico.

Es un arte encontrar las fortalezas y/o los defectos a través de la lectura de una carpeta de investigación, porque, además, la experiencia permite conocer qué falta, qué se espera de nuevo, qué es falso o anulable, y cuáles son los vicios o vacíos de la investigación. Si un registro de investigación se contradice en sí mismo, es casi imposible levantar sus yerros en cualquier audiencia. Pero convencer de la falsedad al órgano que debe decidirla es más difícil y, por eso, como repito, debe ser estratégico, especialmente si la falacia ha sido producida en la investigación por parte de los órganos policiales.

Aun cuando sea culpable, el imputado debe decir siempre a su abogado defensor el modo como se ha integrado la carpeta de investigación y, por ende, hasta dónde él contribuyó en ello. Es decir, informar si se le preguntó, si respondió a las preguntas, si respondió bien o mal, si esas respuestas produjeron o no datos de prueba. Lo mismo si fue agredido o no para otorgar esa información. Igualmente, si esa información procede de alguna persona cercana, un familiar, etcétera, que tiene como él igual derecho de abstención o al silencio. No se olvide que una acción ilícita de la policía descubre muchas otras acciones ilegales.

Por todo esto, siendo función del juez de control impedir que las audiencias preliminares se conviertan en audiencias para el desahogo de prueba, el imputado con la asesoría y experiencia de su abogado defensor debe decidir, con prudencia, si lo procedente es refutar mediante la contradicción, los datos de prueba que constan en la carpeta y/o exigir su desahogo. Desde el derecho comparado sólo la declaración del imputado es el medio de prueba a desahogar con la finalidad de contradecir la prueba de cargo.

Sobre este tema vamos a encontrar en México normativa procesal distinta. Chiapas, por ejemplo, impedirá el desahogo de prueba y exigirá el contradictorio de la carpeta de investigación. En el artículo 342 sobre la audiencia de vinculación el código de Chiapas permite que “el imputado, previa identificación, rinda declaración y los datos de prueba que tuviere, o, se acoja al derecho a guardar silencio”. El código de Chihuahua, interpretando

mal el concepto de “término constitucional” y, por ende, arras-trando los procedimientos anteriores con la averiguación previa, admite el desahogo de prueba en las audiencias preliminares. Ese “desahogo” se verá entonces en dos sentidos distintos. Uno como ofrecimiento y desahogo en audiencia, otro como término para ofrecer la prueba de descargo en audiencia.

En efecto, en el artículo 283 del Código de Chihuahua se dis-pone que:

La audiencia de vinculación a proceso... iniciará, en su caso, con el desahogo de los medios de prueba que el imputado hubiese ofrecido o presentado en la misma. Para tal efecto, se seguirán en lo condu-cente las reglas previstas para el desahogo de pruebas en la audiencia de debate de juicio oral. Desahogada la prueba, si la hubo, se le con-cederá la palabra en primer término al Ministerio Público y luego al imputado. Agotado el debate, el Juez resolverá sobre la vinculación o no del imputado a proceso.<sup>65</sup>

El Código de Procedimientos Penales del Estado de Gua-najuato sigue, por el contrario, una postura distinta a los códigos anteriores a la reforma constitucional al disponer, en el artículo 275, fracción III, que:

<sup>65</sup> Con el mismo objetivo los artículos 274 y 278 del Código de Procedi-mientos Penales del Estado de Oaxaca: “El imputado podrá solicitar que se suspenda la diligencia para aportar medios de prueba en la audiencia a que se refiere el artículo 278 (audiencia de vinculación a proceso o de término cons-titucional)”. Con la misma redacción al Código de Chihuahua, el artículo 281 del Código de Procedimientos Penales del estado de Morelos; artículo 304 del Código de Procedimientos Penales del estado de Durango; artículo 322 del Có-digo de Procedimientos Penales del estado de Zacatecas; artículo 284 del Códi-go de Procedimientos Penales del estado de Baja California; artículo 305 del Código de Procedimientos Penales de Nuevo León (con algunas variables, más bien omisiones); artículo 250 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Hidalgo; con distinta redacción pero con el mismo sentido el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Yucatán.

Si el juez ratifica la detención, celebrará la audiencia para formulación de imputación inmediatamente o dentro del plazo de veinticuatro horas contado a partir de que haya sido puesto a su disposición, según lo solicite el inculcado o su defensor. Lo anterior, salvo que se solicite prórroga de este plazo para reunir el material probatorio que se ofrezca en el momento de la solicitud. Esta prórroga no podrá exceder de setenta y dos horas.

El artículo 341 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chiapas exige que el juez de control, al informar al imputado “de sus derechos” debe hacerle saber “que tiene derecho a ofrecer medios de prueba”.<sup>66</sup> En sentido parecido, el artículo 296 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, desprendiéndose en esto del Código de Chihuahua, dispone que: “En el plazo constitucional el imputado tendrá derecho a anunciar los datos de prueba que a su interés convenga, relacionados con el hecho delictuoso y su probable intervención en el mismo”.

#### 4. *Valoración del dato y medio de prueba en audiencia preliminar*

Desde el artículo 16, párrafo siete, de la Constitución federal se exige la valoración de los datos y medios de prueba para resolver en las audiencias preliminares.

En relación con la detención “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 el mismo sentido se entiende respecto a la vinculación a proceso cuando el artículo 19 dispone que la detención debe justificarse. Todo ello encuentra igual fundamento en el artículo 16, párrafo primero, cuando se dispone que “nadie

<sup>66</sup> Contiene la misma redacción del artículo de referencia en Chiapas, el artículo 241 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Puebla, analizado igualmente, en la audiencia de control de detención.

puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

¿Cómo entonces se valora el dato de prueba si no ha sido desahogado ante el juez de control? El dato de prueba sólo puede valorarse porque, de previo, ha sido desahogado. Por eso se exige que sea idóneo, pertinente y en conjunto con otros, suficiente. Ese desahogo y/o su acceso a través del conocimiento que del mismo obtiene el imputado y/o su abogado defensor en la carpeta de investigación produce un conocimiento probatorio que puede y debe ser “refutado” en audiencia. De ese modo se produce, en la inmediación del órgano jurisdiccional un tipo de contradicción del dato de prueba. Porque se exige el juicio de probabilidad, la aceptación de los registros, o la ausencia de una refutación inteligente que permite al juez valorar el dato de prueba desahogado por la policía o el Ministerio Público.

No se ignore, entonces, que “toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica” (*cf.* art. 20, A, II). Este principio introduce con la lógica, las teorías de la interpretación, la argumentación, la licitud probatoria y del tipo penal o teoría del delito y, por ende, los distintos modos de polisilogismo jurídico que, desde un principio exige comprobar la veracidad de las premisas. La verdad es en el proceso una respuesta necesaria. Lo es, especialmente, si en las audiencias preliminares se define la libertad del imputado, los mecanismos alternativos, la pena del procedimiento abreviado o, el sobreseimiento.

El Ministerio Público debe acreditar cada hecho y/o cada circunstancia. Esto significa que con la imputación para solicitar la vinculación debe explicar los elementos objetivos del tipo y acreditarlo; el elemento subjetivo del tipo y acreditarlo y el elemento normativo del tipo y acreditarlo. Para ello, debe analizar los datos de prueba. De seguido, debe puntualizar si se trata de

autor, cómplice, coautor, instigador y el modo cómo la autoría y/o la participación se encuentran demostradas con los datos de prueba. Es lógico que, ofrecido el traslado al abogado defensor este puede cuestionar la falta de acreditación de los elementos del tipo penal o la probable intervención del imputado; alegar la existencia de una causa excluyente y/o solicitar una calificación jurídica distinta.

Al resolver, el juez de control debe tener por ciertos —veraces sin cuestionamiento— los datos de prueba —sin desahogo previo y sin que hayan sido refutados o cuestionados—, y con ellos valorar si esos datos de prueba acreditan, con juicio de probabilidad, los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo y si es igualmente probable autoría o participación del que ha sido imputado.

Igualmente, el juez de control debe valorar los datos de prueba para fundamentar si procede alguna medida cautelar; si es proporcional la prisión preventiva —aun cuando haya mandato oficioso en algunos delitos—o, por el contrario, cuál puede ser la medida cautelar suficiente “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” (*cf.* art. 19). En el mismo sentido, si procede ampliar el término de la investigación formalizada y/o complementaria y por cuánto plazo es suficiente en relación con las necesidades probatorias de las partes.