

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 intra-procesal 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 querrela 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 emanan 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 querrela 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 intervinientes 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 querrela, 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 querrela, 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 querrela 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, primero 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 Materias 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, consúltese: artículo 258 del Código de Procedimientos Penales de Baja California; artículo 259 del Código de Procedimientos Penales de Chi-

lo. 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 descansa 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 inculgado 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 inculgado.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 “insubsistente” 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 5o., 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 intervinientes 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 precautorias, 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 cateado 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:

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 insubsistencia 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 ocasionen

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, Hésbert, “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 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.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado 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 aspectos 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 querrela, *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 formule 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 sujeta 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 Materias 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 interviniente 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 interviniente pero el interés público no ha sido afectado gravemente (delitos de bagatela), el impu-

artículo 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.

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.