

## V. ACTOS RECLAMABLES EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR CON DETENIDO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>94</sup> Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, *op. cit.*, p. 203.

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



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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>98</sup> Tesis aislada XX.2o.95. P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXIX, Novena Época, 1a. Sala, enero de 2009, p. 2684.

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

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

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

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

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

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

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

<sup>100</sup> Artículo 51, fracción III, de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato.

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

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

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

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

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

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

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

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

En suma, el juez de control se convierte en un juez tanto de legalidad pero también de convencionalidad en la detención sufrida por el imputado; no debiendo convertir en prosa las garantías previstas en los artículos 1o., 16 y 20 constitucionales, ante casos tales como: falta de lectura injustificada de sus derechos o la detención prolongada. Por otro lado, los detenidos cuentan con el amparo como proceso de protección constitucional de sus derechos fundamentales, debiéndose tener cuidado que no se actualice la causal de improcedencia de la fracción X del artículo 73 de la Ley de Amparo.