

## PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO DIRECTO EN CONTRA DE VIOLACIONES COMETIDAS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA\*

José Ramón COSSÍO DÍAZ\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes del asunto*. III. *Consideraciones de la resolución de mayoría*. IV. *Consideraciones del presente voto*.

### I. INTRODUCCIÓN

Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión del 9 de abril de 2008, por mayoría de tres votos (disidentes: ministros José Ramón Cossío Díaz y Sergio A. Armando Valls Hernández) determinó desechar el recurso de revisión hecho valer y dejar firme la sentencia recurrida, esto es, la dictada en los autos del juicio de amparo directo 346/2007 el 31 de enero de 2008, por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. En este asunto se planteaban temas sumamente importantes como la inconstitucionalidad del artículo 70 del Código federal de Procedimientos Penales que prevé el reconocimiento de los objetos encontrados en el cateo, y si alguno de los derechos constitucionales establecidos para el detenido en flagrancia eran aplicables en la diligencia de cateo, de acuerdo a la interpretación que debía realizarse de la fracción II, apartado A, del artículo 20 constitucional.

\* Voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz, al que se adhiere el ministro Sergio A. Valls Hernández, en el Amparo Directo en Revisión 332/2008, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de nueve de abril de dos mil ocho. El autor agradece a Rosalba Rodríguez Mireles su colaboración en la realización de este voto.

\*\* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Primeramente, debo aclarar que como ponente del asunto que nos ocupa, presenté la consulta de acuerdo al criterio aprobado por la mayoría de los ministros de esta Primera Sala (ministros: José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero), en sesión del 9 de enero, al resolver el amparo directo 1074/2007, siendo el encargado del engrose el ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, en el que se declaró la improcedencia del recurso de revisión, en virtud de que los artículos tildados de inconstitucionales en dicho asunto (133 bis y 205 del Código federal de Procedimientos Penales) que contienen la figura jurídica de arraigo no podían ser analizados de fondo por derivar de un acto que se llevó a cabo en la etapa de averiguación previa, por tanto, fuera de juicio y por hacerse valer como una violación procesal, sin que trascendiera al resultado del fallo.

Asimismo, se estableció en el amparo directo en revisión 1074/2007, que el arraigo es un acto consumado irreparablemente,

...Lo anterior, se actualiza a juicio de esta Primera Sala, en virtud de que, en términos de ley, el arraigo no debe exceder de treinta días, periodo que se actualizó durante la averiguación previa y que en este estadio procesal ya ha sido superado, pues el quejoso actualmente ya no es indiciado, sino sentenciado, motivo por el cual resulta físicamente imposible volver las cosas al estado que tenían antes de la violación cometida, como si el quejoso nunca hubiera sido restringido en su libertad personal. En este sentido, el artículo 73, fracción IX, de la Ley de Amparo, establece la improcedencia del juicio de garantías ante tal eventualidad, de tal modo que si en el amparo directo se pretende hacer valer la inconstitucionalidad de una ley, cuyo supuesto normativo se ha agotado de manera irreparable en perjuicio del quejoso, no queda más que declarar inoperantes los argumentos de constitucionalidad esgrimidos, inclusive, desde la demanda de amparo.

En virtud de lo anterior, y siendo respetuoso del criterio mayoritario, presenté el asunto del que deriva este voto bajo la propuesta de deschar y dejar firme la sentencia, pues estimé que las consideraciones que se dieron en aquél, en relación a no estudiar los artículos que se aplicaron en la averiguación previa, relativos al arraigo, eran aplicables para el artículo 70 del Código Federal de Procedimientos Penales, que se impugna en el asunto que ahora nos ocupa, toda vez que dicho precepto prevé las reglas relativas a los objetos encontrados en una diligencia de cateo, que, claro está, se llevó a cabo en la etapa de la averiguación previa, esto es, en la misma en que se solicita el arraigo.

Por razones similares a las expresadas en el voto particular derivado del referido precedente 1074/2007, no se comparten las consideraciones adoptadas por la mayoría, pues considero que, en el caso concreto, sí se encuentran satisfechos los requisitos para la procedencia del recurso de revisión en el juicio de amparo directo, por las siguientes razones:

## II. ANTECEDENTES DEL ASUNTO

Tal y como se hace referencia en la sentencia de la mayoría, es importante recordar los hechos que originan el expediente que nos ocupa, del que deriva que se realizó una llamada anónima, mediante la cual se informó a la autoridad judicial que en un inmueble se realizaban funciones de espionaje a altos funcionarios e instituciones del gobierno federal. Por tanto se solicitó a la autoridad judicial correspondiente la orden de cateo a ese domicilio; en el momento de la diligencia, el aquí recurrente se acercó a la puerta de este último con intención de abrirla; persona que portaba un portafolio negro, con diversa documentación como agendas, audio casetes y un cable "arrancador".

Una vez que el quejoso reconoció los objetos como de su propiedad, se aseguraron todas las grabadoras, los llamados CPU, seis recibos de arrendamiento, dos de teléfono, uno de luz y el portafolio negro; por lo anterior, se consignó al agraviado como probable responsable de la comisión del delito de intervención de comunicaciones privadas sin mandato de autoridad judicial competente, previsto y sancionado en el artículo 177, en relación con los diversos 9, primer párrafo y 13, fracción III del Código Penal federal. Por dicho delito el juez de Procesos Penales federales le dictó auto de formal prisión y le dictó sentencia condenatoria.

Determinación esta última contra la que se interpusieron recursos de apelación por parte del sentenciado y su defensor; correspondiendo su conocimiento al Cuarto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, el que dictó resolución en el sentido de modificar la sentencia combatida, imponiéndole la pena de seis años de prisión y multa de trescientos días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal. Resolución contra la cual se promovió juicio de amparo directo en el que impugnada que fue la sentencia de segunda instancia, vía conceptos de violación se tildó de inconstitucional el artículo 70 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Respecto a este último planteamiento, el órgano colegiado del conocimiento lo calificó de infundado, al considerar que dicho precepto no es violatorio de la garantía de autoincriminación, a que se refiere el artículo 20, fracción II, de la Constitución federal. Sin embargo, concedió el amparo solicitado para el efecto de determinar que la multa impuesta debía ser exhibida en la Administración Local de Recaudación del Servicio de Administración Tributaria, con competencia territorial en el domicilio del propio justiciable, esto es, se concedió la protección constitucional por una cuestión de legalidad.

La anterior sentencia es la que ocupó a esta Primera Sala, en lo que fue materia de la revisión.

### III. CONSIDERACIONES DE LA RESOLUCIÓN DE MAYORÍA

Las razones expuestas por los ministros integrantes de la mayoría para sustentar el sentido de su decisión, esto es, desechar el recurso de revisión hecho valer y dejar firme la sentencia recurrida, se apoyan en el hecho de calificar de inoperantes los agravios planteados por el recurrente, atento a lo siguiente:

Que el quejoso, si bien, planteó la inconstitucionalidad del artículo 70 del Código federal de Procedimientos Penales al considerarlo violatorio de la garantía de no autoincriminación (numeral en que se fundó la diligencia de cateo), dicha impugnación se hace valer como una violación procesal acaecida durante la averiguación previa, pues señala, que al llevarse a cabo esa diligencia no se le hizo saber su derecho constitucional de no declarar.

El artículo 70, impugnado, establece: Si el inculpado estuviere presente, se le mostrarán los objetos recogidos para que los reconozca y ponga en ellos su firma o rúbrica, si fueren susceptibles de ello; y si no supiere firmar, sus huellas digitales. En caso contrario, se unirá a ellos una tira de papel que se sellará en la juntura de los dos extremos y se invitará al inculpado a que firme o ponga sus huellas digitales. En ambos casos se hará constar esta circunstancia, así como si no pudiere firmar o poner sus huellas digitales, o se negare a ello.

En términos del artículo 158 de la Ley de Amparo el amparo directo sólo procede contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, contra las cuales no proceda recurso ordinario alguno, y pueden atenderse en él violaciones al procedimiento, bajo dos condiciones: i) que se afecten las defensas del quejoso; y, ii) que dichas violacio-

nes trasciendan al resultado del fallo, siempre y cuando éstas se hubieren cometido precisamente dentro del juicio.

Que en virtud de que la garantía de inviolabilidad del domicilio establecida en el artículo 16 constitucional no es absoluta, se permite a la autoridad correspondiente practicar actos de molestia a los particulares e introducirse a su domicilio, bajo ciertas condiciones o requisitos y con un propósito definido. Un acto de molestia de intromisión al domicilio es la orden de cateo, la cual debe atender al principio de seguridad jurídica en beneficio del particular afectado, lo que implica que la autoridad debe cumplir con los requisitos establecidos en primer término en la Constitución y además en las leyes que de ella emanen para llevarla a cabo.

La diligencia de cateo presupone una investigación ministerial de un hecho delictivo y la necesidad de buscar o detener al presunto implicado en el mismo o, en su caso, de buscar las pruebas que acrediten la existencia misma del delito o la probable responsabilidad del inculcado, esto es, dicha solicitud ministerial también se formula cuando los elementos de prueba que obran en la averiguación previa aún no son suficientes para que hagan probable la responsabilidad del indiciado y se pueda solicitar la orden de aprehensión, sino que se requiere de mayor investigación, tal actuación, entonces, se dicta en la etapa de averiguación previa, de conformidad con el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, lo que implica que se trata de un acto dictado fuera de juicio.

En esta tesitura, si el artículo 158 de la Ley de Amparo citado, no autoriza al juzgador en amparo directo a pronunciarse sobre las violaciones que se cometan antes de que se inicie el juicio, las que son atribuidas, no al juez del proceso, sino al Ministerio Público, porque se realizan en la averiguación previa o fase indagatoria, resulta aún más improcedente el estudio de las mismas en el recurso de revisión del amparo directo.

Que la ley impugnada no fue aplicada en perjuicio del quejoso en la secuela del procedimiento del juicio natural o en la sentencia definitiva, pues la inconstitucionalidad hecha valer es respecto a un precepto aplicado en un acto celebrado antes de iniciado el juicio, impugnado a manera de violación procesal; que aun cuando pudiera considerarse trasciende al resultado del fallo, se realizó en la etapa de averiguación previa, lo que hace improcedente su impugnación y por tanto, su análisis.

Señala la sentencia de la mayoría, que la diligencia de cateo es un acto consumado irreparablemente, al realizarse en un sólo acto durante la averiguación previa y ese estadio procesal ya ha sido superado, pues el recurrente es sentenciado; motivo por el cual resulta físicamente imposible volver las cosas al estado que tenían antes de la violación cometida, de conformidad con el artículo 73, fracción IX, de la Ley de Amparo, que esta-

blece la improcedencia del juicio de garantías ante tal eventualidad, de tal modo que si en el amparo directo se pretende hacer valer la inconstitucionalidad de una ley, cuyo supuesto normativo se ha agotado de manera irreparable en perjuicio del quejoso, no queda más que declarar inoperantes los argumentos de constitucionalidad esgrimidos en el recurso de revisión, inclusive, desde la demanda de amparo.

#### IV. CONSIDERACIONES DEL PRESENTE VOTO

Como se mencionó líneas arriba, no se comparten las consideraciones plasmadas por la mayoría de los ministros integrantes de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

A juicio de los ministros que suscribimos este voto, se debió analizar con mayor detenimiento el tema relativo a la procedencia del recurso, hecho lo cual correspondía ocuparse del fondo del asunto, concretamente, de los agravios hechos valer por el recurrente, mediante los cuales combate las razones que expresaron los magistrados del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en relación a la constitucionalidad de ley planteada vía los conceptos de violación.

En efecto, la interpretación sistemática de los artículos 94, párrafo séptimo; 107, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 83, fracción V; 84, fracción II de la Ley de Amparo; 10, fracción III, y 21, fracción III, inciso a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; así como del Acuerdo General Plenario 5/1999, permite considerar:

- a) Por regla general, las sentencias que dicten los tribunales colegiados de circuito en juicios de amparo directo no admiten recurso alguno; por ende, son en principio inatacables.
- b) Por excepción, tales sentencias pueden ser recurridas en revisión, a condición que decidan u omitan decidir temas propiamente constitucionales, entendiendo por éstos: I. La inconstitucionalidad de una norma, y/o; II. La interpretación directa de preceptos de la Constitución federal.
- c) En caso de que se presente la situación descrita en el punto anterior, y para efectos de procedencia del recurso de revisión en amparo directo, además, deberán quedar satisfechos los requisitos de importancia y trascendencia que condicionan la procedencia del mecanismo de defensa y que exige la Constitución federal en el artículo 107, fracción IX.

- d) Los requisitos de importancia y trascendencia están determinados por este Tribunal Pleno en el Acuerdo General 5/1999, emitido en ejercicio de su facultad expresa prevista en el artículo 94, párrafo séptimo, de la Constitución federal, que señala que, por regla general, se entenderá que no se surten los requisitos de importancia y trascendencia cuando exista jurisprudencia sobre el problema de constitucionalidad hecho valer en la demanda de garantías, así como cuando no se hubieran expresado agravios o, en su caso, éstos resulten ineficaces, inoperantes, inatendibles o insuficientes y no hubiera que suplir la deficiencia de la queja, o en casos análogos.

Lo anterior se confirma con el criterio jurisprudencial de la Segunda Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tesis 71, tomo XIV, diciembre de 2001, p. 315, cuyo rubro es: REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA.<sup>1</sup>

En este contexto, es evidente que en el presente asunto se reúnen los requisitos de procedencia del juicio de amparo directo en revisión, los que ya han sido precisados, pues por un lado, del escrito de demanda se advierte que el quejoso en su demanda de amparo, dentro de los conceptos de violación, planteó la inconstitucionalidad del artículo 70 del

<sup>1</sup> El contenido de esta tesis es: "Los artículos 107, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 83, fracción V, 86 y 93 de la Ley de Amparo, 10, fracción III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y el Acuerdo 5/1999, del 21 de junio de 1999, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece las bases generales para la procedencia y tramitación de los recursos de revisión en amparo directo, permiten inferir que un recurso de esa naturaleza sólo será procedente si reúne los siguientes requisitos: I. Que se presente oportunamente; II. Que en la demanda se haya planteado la inconstitucionalidad de una ley o la interpretación directa de un precepto de la Constitución federal y en la sentencia se hubiera omitido su estudio o en ella se contenga alguno de esos pronunciamientos; y III. Que el problema de constitucionalidad referido entraña la fijación de un criterio de importancia y trascendencia a juicio de la Sala respectiva de la Suprema Corte; en el entendido de que un asunto será importante cuando de los conceptos de violación (o del planteamiento jurídico, si opera la suplencia de la queja deficiente) se advierta que los argumentos o derivaciones son excepcionales o extraordinarios, esto es, de especial interés; y será trascendente cuando se aprecie la probabilidad de que la resolución que se pronuncie establezca un criterio que tenga efectos sobresalientes en materia de constitucionalidad; por el contrario, deberá considerarse que no se surten los requisitos de importancia y trascendencia cuando exista jurisprudencia sobre el tema de constitucionalidad planteado, cuando no se hayan expresado agravios o cuando, habiéndose expresado, sean ineficaces, inoperantes, inatendibles o insuficientes, siempre que no se advierta queja deficiente que suplir y en los demás casos análogos a juicio de la referida Sala, lo que, conforme a la lógica del sistema, tendrá que justificarse debidamente".

Código federal de Procedimientos Penales, el cual establece las reglas que debe cumplir la autoridad respecto de los objetos recogidos en la diligencia de cateo.

Planteamiento que fue contestado por el Tribunal Colegiado del conocimiento, declarándolo infundado, sin ocuparse de establecer si procedía o no su análisis.

En la sentencia de la mayoría se establecieron las siguientes razones principales, para no analizar dicho precepto: *a)* que la impugnación de inconstitucionalidad se hace respecto de un precepto que se aplicó en la averiguación previa, es decir, fuera de juicio, a manera de violación procesal; por lo que, en términos del artículo 158 de la Ley de Amparo no es procedente su estudio en la revisión del amparo directo, pues sólo permite el análisis de violaciones dentro de juicio; *b)* que aun cuando pudiera haber trascendido en el resultado del fallo, la diligencia de cateo deriva de un acto consumado irreparablemente, pues se realizó en averiguación previa, esto es, iniciado el juicio.

No se comparte la afirmación de que el quejoso hizo valer la inconstitucionalidad del artículo referido como una violación procesal. Lo anterior es así, ya que es muy clara la diferencia entre plantear la inconstitucionalidad de un precepto, la cual se hace consistir en su oposición a una norma de la carta magna, y la existencia de violaciones procesales las cuales se hacen depender, esencialmente, de una incorrecta aplicación de diversas normas de procedimiento por parte de la autoridad jurisdiccional.

En principio, se estima importante formular algunas consideraciones respecto de la procedencia del juicio de amparo directo en contra de violaciones cometidas en la averiguación previa, cuestión que subyace en el asunto que nos ocupa, a partir del siguiente cuestionamiento ¿pueden analizarse en amparo directo la inconstitucionalidad de artículos aplicados durante la averiguación previa y que en concepto del quejoso se traducen en violaciones a las garantías individuales?

Es importante destacar que el juicio de amparo directo, en lo que interesa a este fallo, es un medio de control constitucional en contra de actos cometidos durante el juicio; ello, en términos de lo dispuesto en el artículo 160 de la Ley de Amparo.

En este sentido, es de señalarse que la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, órgano especializado en la materia penal, ha resuelto que, en el juicio de amparo directo procede el análisis de los conceptos de impugnación en los que se plantean la incorrecta interpretación de un precepto constitucional por parte de las autoridades



que intervienen en un procedimiento y que se traducen en violaciones cometidas, concretamente, en la averiguación previa.

Dan cuenta de ello todos aquellos juicios de amparo directo resueltos por la Primera Sala en que se abordaron cuestiones relacionadas con la garantía de defensa adecuada en la averiguación previa. En dichos casos se abordó el estudio de constitucionalidad —a partir de la interpretación de artículos que reconocen garantías individuales—, en juicios de amparo directo en revisión, de actos cometidos en la averiguación previa; al respecto, podemos señalar los siguientes juicios de amparo directo en revisión: 600/99, 251/2002, 1317/2002, 98/2003 y 1440/2003; resoluciones que dieron origen a la tesis de jurisprudencia 31/2004, emitida por el órgano colegiado indicado, cuyo rubro es: DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. SU EJERCICIO NO ESTÁ SUBORDINADO A QUE EL MINISTERIO PÚBLICO TENGA QUE DESAHOGAR TODAS LAS DILIGENCIAS QUE PRACTIQUE CON LA PRESENCIA DEL INculpADO O SU DEFENSOR (INTERPRETACIÓN DE LAS FRACCIONES IX Y X DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL).

En este sentido, de excluir de la procedencia del juicio de amparo directo al estudio de los conceptos de impugnación en los que se hace valer la inconstitucionalidad de leyes o cuestiones de interpretación constitucional que se traducen en violaciones cometidas en la averiguación previa, se estaría dejando a dichos actos fuera del control constitucional, pues el juicio de amparo indirecto aun cuando procede en su contra, tendría como resultado el que se sobreseyera la acción, por el cambio de situación jurídica al dictarse el auto de formal prisión. En atención a lo anterior, de estimarse que las violaciones procesales cometidas en la averiguación previa no son susceptibles de analizarse en la vía constitucional mencionada se dejaría en estado de indefensión al gobernado, puesto que no tendría otro medio efectivo de defensa en contra de posibles violaciones constitucionales irrogadas en su contra.

La consideración anterior se sustenta además en el análisis de las reformas de que ha sido objeto el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Así, en reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de septiembre de 1993, además de ampliar el espectro de la garantía de defensa adecuada prevista en la fracción IX del artículo 20 de la Constitución federal, que debe operar en todo proceso penal, se determinó por el *poder reformador* adicionar un párrafo en el que se determinara que las garantías contenidas en las fracciones V, VII y IX, se observarían en averiguación previa.

En el proceso legislativo se destaca la importancia que se da a la garantía de defensa adecuada, con lo que se pretendió que el inculpado gozara de todos los derechos necesarios para su defensa. Por ejemplo, en el dictamen emitido por las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados (origen), se destacó lo siguiente:

En la fracción IX se establece el derecho a una defensa adecuada, *desde la detención del inculpado*, por parte de los profesionales del derecho, si así quiere y sin detrimento de la persona de su confianza y además, se establece la obligación de los defensores de asistir a todos los actos procesales, con objeto de garantizar los derechos del inculpado, para que en el caso de advertir violaciones a las garantías constitucionales y procesales, el citado defensor intervenga para corregir el error y evitar la conculcación de ellas según sea el caso, ocurriendo inclusive a los canales brindados por el derecho ante las autoridades competentes, a fin de determinar lo conducente... En suma, la intervención del defensor *desde el momento de la detención del inculpado*, conlleva la finalidad de asegurar con su presencia que los derechos fundamentales del detenido sean respetados y no sufra coacción física ni moral incompatible con su dignidad de ser humano o su libertad de declaración.

Esa es la razón por la que se consideró que las garantías relacionadas con la garantía de defensa, debían observarse también en la averiguación previa.

Esa disposición es aplicable a la fecha, pues el párrafo señalado queda, a partir de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de julio de 1996, en el sentido siguiente: "Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas *durante la averiguación previa*, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna".

Es decir, en la actualidad deben observarse en averiguación previa las siguientes garantías del indiciado, reservadas en un principio a la etapa jurisdiccional:

- 1) Derecho a la libertad provisional bajo caución.
- 2) Derecho a que se reciban testigos y pruebas.
- 3) Derecho a que se le faciliten los datos que solicite para la defensa y que consten en el proceso.

- 4) Derecho a que desde el inicio del proceso sea informado de los hechos que a su favor consigna la Constitución, así como también a una defensa adecuada.

Ahora bien, la pregunta es: *¿de qué sirven los derechos reconocidos por la Constitución federal, si no existe una vía adecuada para hacerlos efectivos?*

La primera respuesta que se encontró para lograr la prevalencia de tales derechos fundamentales, fue la procedencia del amparo indirecto, pero tiene la inconveniencia de que es más limitada, pues siempre estará condicionada al criterio del juzgador de si la violación es o no de imposible reparación, lo que podría limitar su defensa; como se advierte de diversos criterios jurisprudencial y aislado.<sup>2</sup>

2 Tesis 1a./J. 154/2005, de rubro y texto: "AVERIGUACIÓN PREVIA. LA OMISIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CITAR O HACER COMPARECER AL PROBABLE O PROBABLES INDIADOS PARA QUE DECLAREN, NO PUEDE COMBATIRSE A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. La posibilidad de impugnación de los actos acaecidos durante la averiguación previa a través del juicio de amparo indirecto, debe determinarse de manera casuística -en aras de preservar, al menos en su expresión mínima necesaria, la función indagatoria-, considerando fundamentalmente si se trata de actos cuyos efectos podrán o no desvirtuarse a través del proceso judicial. Así, los actos que habitualmente tienen verificativo dentro del desarrollo de una indagatoria para su debida integración, cuyos efectos son susceptibles de contrarrestarse o anularse posteriormente, *no trascienden irreparablemente a la esfera jurídica del gobernado*, pues no le irrogan un perjuicio, ya que éste en todo caso se materializa hasta que la autoridad judicial a quien corresponda conocer de la causa penal determine si procede o no librar la correspondiente orden de aprehensión. Estimar lo contrario entorpecería dichas facultades y obligaciones constitucionalmente conferidas al Ministerio Público, anteponiendo el interés particular al interés de la sociedad. En tal virtud, la omisión de dicho representante social de citar o hacer comparecer al probable o probables indiciados para que declaren dentro de la averiguación previa, no constituye un acto de imposible reparación que pueda combatirse a través del juicio de amparo indirecto, pues tal declaración no es un requisito indispensable para que aquélla se integre, ya que el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no lo dispone así".

Tesis: P. LXIII/2004, de rubro y texto: "AVERIGUACIÓN PREVIA. SU TRÁMITE, GENERALMENTE, NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL. La averiguación previa consiste en una serie de diligencias realizadas por la autoridad investigadora en ejercicio de sus funciones de orden público y en cumplimiento de un imperativo constitucional, con objeto de indagar si hay elementos para determinar la existencia o inexistencia de un delito, así como, en su caso, a sus probables responsables; por tanto, como *dentro de este procedimiento no se sabe de antemano cuál será el resultado, su trámite, generalmente, no propicia afectación alguna reparable por los medios de control constitucional*; sin que con tal afirmación se soslaye que ciertos actos dentro de una averiguación previa sí puedan, por sus características y efectos propios y particulares, ser susceptibles de ese control".

Recurso de reclamación 208/2004-PL, derivado de la controversia constitucional 70/2004. Asamblea Legislativa del Distrito federal. 7 de septiembre de 2004. Mayoría de

Por otra parte, si se impugnara la violación por la vía de amparo indirecto, en algunos casos se actualizaría una causa de improcedencia que haría imposible el pronunciamiento sobre la violación alegada.

En todo caso, al tratarse de la materia penal, en la que se deben dar todas las facilidades al inculpado para que defienda el preciado bien de la libertad, puede ser optativo para el inculpado impugnar la violación por la vía de amparo indirecto, o bien cuando el daño se concretiza con la emisión de una sentencia condenatoria, a través de la vía de amparo directo como violación procesal.

Ahora, la pregunta obligada es: en términos del artículo 160 de la Ley de Amparo, *¿pueden estudiarse en amparo directo conceptos de violación en los que se plantea la inconstitucionalidad de algún precepto o la interpretación de un artículo constitucional cuya aplicación se traduce, en concepto del quejoso, en violaciones al procedimiento ocurridas en la averiguación previa?*

Para resolver ese problema debe acudir nuevamente a la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de septiembre de 1993.

En el dictamen de la Cámara de Diputados (origen), se aludió a un aspecto que puede servir de apoyo para considerar que las violaciones a algunas de las garantías individuales observables en averiguación previa sean reparables en amparo directo, pues para hacerlas efectivas el *poder reformador* de la Constitución estimó ampliar el concepto de juicio para tales efectos.

En efecto, en el dictamen se precisó lo siguiente:

El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contempla todas las garantías que el Estado debe respetar a los inculpados en el procedimiento penal. Es de tal tenor que la reforma que se plantea contiene los siguientes cambios que se expresan en el encabezado del citado artículo.

La reforma propone sustituir el término "juicio de orden criminal" por el de "proceso de orden penal", al considerarse que la expresión clasifica la fase del procedimiento penal que es competencia del juez. Algunos legisladores cuestionaron el empleo de este término porque se contraponen con el de "juicio" a que se refieren los artículos 14 y 23 de la Constitución. Tal observación fue desechada *ya que en su redacción integral el artículo 20*

siete votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos y Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: María Amparo Hernández Chong Cuy.

*constitucional plantea que el concepto de juicio comprende las fases jurisdiccional y previa, por lo que se superó la aparente contradicción.*

Como se ve, en el dictamen se hizo alusión a un concepto amplio de juicio de orden penal para efectos de las garantías contenidas en el artículo 20 de la Constitución federal, pues contempla tanto la fase jurisdiccional (ante el juez) como previa (ante el Ministerio Público), lo que explica el hecho de que se haya considerado la necesidad de explicitar que algunas de las garantías que antes se reservaban a la etapa jurisdiccional, a partir de esa reforma se observarían también en la etapa previa de averiguación previa.

En ese sentido, creemos que el artículo 160 de la Ley de Amparo debe interpretarse —tratándose de violaciones a las garantías individuales observables en la etapa de averiguación previa— a la luz de las reformas constitucionales publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de septiembre de 1993 y 3 de julio de 1996.

Máxime si tomamos en cuenta que el artículo 160 de la Ley de Amparo tiene como finalidad reparar en el amparo directo la violación a las garantías individuales contenidas en el artículo 20 de la Constitución federal, pues todo el listado de violaciones se traducen en vulneración a aquéllas.

El problema se podría solucionar tomando una interpretación distinta en relación al inicio del proceso penal para efectos del juicio de amparo, esto es, *¿cuando se entenderá iniciado el juicio en materia penal para efectos del juicio de amparo directo, desde la averiguación o desde que se ejerce la acción penal?*

La Ley de Amparo no establece cuándo deberá considerarse iniciado el proceso penal; en este sentido, es necesario recurrir a las leyes procesales en materia penal. En este sentido, el Código Federal de Procedimientos Penales establece, en su artículo 1o.,<sup>3</sup> que en dicho cuerpo

<sup>3</sup> El artículo citado es del tenor literal siguiente: "El presente Código comprende los siguientes procedimientos:

I.- El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal;

II.- El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar;

III.- El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste;

normativo se comprenden los siguientes *procedimientos*: (I) averiguación previa; (II) preinstrucción; (III) instrucción; (IV) primera instancia; (V) segunda instancia; (VI) ejecución, y (VII) el relativo a los inimputables.

Del artículo transcrito podemos derivar que el procedimiento penal, visto desde un punto de vista integral comprende desde la averiguación previa hasta los actos realizados en ejecución de la sentencia en materia penal, incluyendo además los aspectos relativos a los inimputables.

Por su parte, el artículo 4o.<sup>4</sup> del propio texto normativo nos indica que los procedimientos de preinstrucción, instrucción, primera y segunda instancia constituyen el proceso penal federal. Lo anterior pareciera limitar el proceso penal para que abarque desde la preinstrucción y hasta la sentencia de segunda instancia, en su caso. Sin embargo, si analizamos la norma con mayor detenimiento encontramos que esa regla tiene una excepción dada en el propio artículo en su segundo párrafo, norma que autoriza al Ministerio Público y aun a los agentes de la *policía judicial* bajo el mando de aquél, para que dentro de estos procedimientos ejerzan, en su caso, las funciones que señala la fracción II del artículo 2o.,<sup>5</sup>

IV.- El de primera instancia, durante el cual el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el Tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva;

V.- El de segunda instancia ante el tribunal de apelación, en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos;

VI.- El de ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas;

VII.- Los relativos a inimputables, a menores y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

Si en cualquiera de esos procedimientos algún menor o incapaz se ve relacionado con los hechos objeto de ellos, sea como autor o partícipe, testigo, víctima u ofendido, o con cualquier otro carácter, el Ministerio Público o el tribunal respectivo suplirán la ausencia o deficiencia de razonamientos y fundamentos que conduzcan a proteger los derechos que legítimamente puedan corresponderles.

4 El artículo indicado es el siguiente: “Los procedimientos de preinstrucción, instrucción y primera instancia, así como la segunda instancia ante el tribunal de apelación, constituyen el proceso penal federal, dentro del cual corresponde exclusivamente a los tribunales federales resolver si un hecho es o no delito federal, determinar la responsabilidad o irresponsabilidad penal de las personas acusadas ante ellos e imponer las penas y medidas de seguridad que procedan con arreglo a la ley.

Durante estos procedimientos, el Ministerio Público y la Policía Judicial bajo el mando de aquél, ejercerán, en su caso, también las funciones que señala la fracción II del artículo 2; y el Ministerio Público cuidará de que los tribunales federales apliquen estrictamente las leyes relativas y de que las resoluciones de aquéllos se cumplan debidamente”.

5 La norma referida es la siguiente:

“Compete al Ministerio Público federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales...”

atribuciones que autorizan a las autoridades administrativas citadas a practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como a la reparación del daño en el caso de que llegara a presentarse.

De lo anterior podemos válidamente concluir: efectivamente el código adjetivo penal establece de manera clara cuándo se entenderá iniciado el proceso penal, esto es, con la preinstrucción y abarca hasta el dictado, en su caso, de la sentencia de segunda instancia; sin embargo, al establecer la excepción de que el Ministerio Público puede realizar todas aquellas funciones que le permitan acreditar el cuerpo del delito, la probable responsabilidad y la reparación del daño, está incluyendo dentro del proceso penal actos que son materia de la averiguación previa.

Ante esto, podríamos formular la siguiente pregunta: *¿si la norma procesal penal autoriza esta inclusión material de la averiguación previa en el proceso así entendido por la propia norma esto implica que actos de la misma naturaleza, como los realizados en la fase de averiguación previa, se pueden llevar a cabo tanto en la averiguación como en el proceso en sí?*, la respuesta que necesariamente tiene esta cuestión es afirmativa.

Lo anterior a su vez, nos lleva a cuestionarnos: *¿es válido hacer la distinción de cuándo se cometieron las violaciones, es decir, antes o después de la preinstrucción, aún siendo éstas de la misma naturaleza o incluso las mismas, para determinar que en el caso de las que se realicen antes de la preinstrucción no podrán ser aducidas como violaciones procesales para efectos del juicio de amparo directo y, las segundas sí podrán ser reclamadas en dicho medio de control constitucional?*

Las cuestiones que se han planteado nos permiten señalar que la distinción que establece el Código Federal de Procedimientos Penales en relación con las distintas etapas del procedimiento puede ser válidamente reinterpretada para efectos del amparo, pues el mismo código adjetivo penal establece excepciones en relación con las actuaciones que puede llevar a cabo el Ministerio Público en el propio procedimiento penal, para considerar los actos cometidos en averiguación previa como impugnables, como violaciones procesales que trascienden al fallo, a través del juicio de amparo directo.

II.- Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como a la reparación del daño;...”.

Además, no debemos pasar por alto la intención garantista del legislador federal, al establecer como violación procesal en la fracción XVII del artículo 160 de la Ley de Amparo, los casos análogos precisados por la Suprema Corte o los tribunales colegiados de Circuito; supuesto en el que pueden entrar las violaciones a las garantías individuales observables en la averiguación previa, consistentes en que se obtengan pruebas ilícitas, no le sean facilitados los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso, así como el caso en que se vulnere la garantía de defensa adecuada; violaciones que no ameritarían la reposición del procedimiento, sino la invalidez de la declaración obtenida en su perjuicio, o de la prueba recabada ilegalmente.

En cuanto hace a las restantes violaciones, no serían susceptibles de analizarse como violación procesal, pues son reparables ante el juez de la causa, como son la concesión de la libertad provisional bajo caución y la no recepción de pruebas.

La interpretación a que se refieren los párrafos precedentes encuentra sustento en el imperativo de proteger los derechos fundamentales, obligación constitucional de este máximo tribunal.

Finalmente, debe considerarse que, en el caso concreto, y de acuerdo con los antecedentes, en la diligencia de cateo (en virtud de que en el inmueble denunciado se llevaban a cabo actos de espionaje) se detuvo en flagrancia al hoy recurrente, de ahí que lo derivado de dicha diligencia, necesariamente, influyó en el sentido del fallo definitivo, tan es así que se le sentenció por el delito de intervención de comunicaciones privadas, atento a lo recogido en el inmueble cateado y que, de acuerdo a constancias de autos, fue reconocido por aquél como de su propiedad; por lo que, aun cuando la impugnación respectiva se hiciera valer a manera de violación procesal, procedía el análisis constitucional, porque el acto en donde se aplicó la norma combatida influyó en el sentido de la sentencia definitiva.

Atento a lo expuesto, en opinión de los ministros que suscriben este voto, era procedente el estudio de los agravios hechos valer por el recurrente contra lo decidido por el Tribunal Colegiado del conocimiento respecto a la inconstitucionalidad del artículo 70 del Código Federal de Procedimientos Penales, planteada en los conceptos de violación de la demanda de garantías.