

JOSÉ DANIEL HIDALGO MURILLO

Dato de prueba en el proceso acusatorio y oral



8

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL
DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA
DEL DISTRITO FEDERAL

DATO DE PRUEBA
EN EL PROCESO ACUSATORIO Y ORAL

Colección Juicios Orales
Coordinada por: Jorge Witker y Carlos Natarén

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
SERIE Juicios Orales, Núm. 8

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos
Asistente editorial: Karla Beatriz Templos Núñez
Cuidado de la edición: Ricardo Hernández Montes de Oca y Héctor Yeraldo
Arias Alamilla
Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

JOSÉ DANIEL HIDALGO MURILLO

DATO DE PRUEBA
EN EL PROCESO
ACUSATORIO Y ORAL



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL
DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA
DEL DISTRITO FEDERAL
México, 2013

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

Primera edición: 30 de septiembre de 2013

DR © 2013, Universidad Nacional Autónoma de México

Ciudad Universitaria, 04510, México D.F.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

**INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL
DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA
DEL DISTRITO FEDERAL**

4a. y 5a. Cerrada de Avenida Jardín s/n
Colonia Cosmopolita
Delegación Azcapotzalco, 02920 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN

CONTENIDO

Presentación	IX
Héctor Fix-Fierro	
Introducción	1
CAPÍTULO PRIMERO	
DEL DATO DE PRUEBA EN EL PROCESO ACU- SATORIO MEXICANO	3
I. ¿Por qué dato?	3
II. Dato de prueba en el Código Modelo	6
1. Que se advierta idóneo	7
2. De lo pertinente e impertinente	9
3. En conjunto con otros suficiente	10
III. Dato de prueba en el Código Federal de Procedi- mientos Penales (proyecto)	11
IV. Dato de prueba en la legislación secundaria estatal	19
CAPÍTULO SEGUNDO	
DATO DE PRUEBA E INVESTIGACIÓN POLICIAL POR DELITO	25
I. Valor probatorio del dato de prueba policial.	25
II. Escena del crimen y dato de prueba	29
1. El lugar como escena del crimen	30
2. La víctima como escena del crimen	45
3. El imputado como escena del crimen	48

4. El objeto (como bien o instrumento) como escena del crimen	53
5. Hallazgo, identificación y fijación	54
6. Embalaje y cadena de custodia	56
7. Transporte, custodia y almacenaje	60
III. Aseguramiento y procesamiento pericial.	63
IV. Incorporación del dato de prueba.	71

CAPÍTULO TERCERO

DATO DE PRUEBA Y DETENCIÓN EN FLAGRANCIA.	77
---	----

I. Detención y aseguramiento por particulares.	78
II. Aseguramiento por particulares y violación de derechos del detenido	81
III. Detención policial y aseguramiento de evidencia física	82

CAPÍTULO CUARTO

EL INDICIO COMO DATO DE PRUEBA EN LA DETENCIÓN POR CASO URGENTE	91
---	----

CAPÍTULO QUINTO

DATO DE PRUEBA Y ETAPA DE INVESTIGACIÓN.	95
--	----

I. Las audiencias de la etapa de investigación.	95
1. Datos de prueba en la audiencia de aprehensión del imputado	96
2. Audiencia de control de la acción	101
3. Audiencia de control de la detención.	104

4. Audiencia inicial y/o vinculación a proceso . . .	106
II. Dato de prueba y audiencia de control de la detención	114
1. Informe policial homologado y datos de prueba	114
2. Carpeta de investigación y datos de prueba. . . .	116
III. Dato de prueba y audiencia de vinculación a proceso.	116
IV. Desahogo de prueba y datos de prueba en audiencia preliminar	120
1. Principio de igualdad procesal y acceso a la carpeta de investigación	120
2. Datos de prueba y desahogo de pruebas	121
3. Contradecir el dato de prueba desde la carpeta o exigir su desahogo	125
4. Valoración del dato y medio de prueba en audiencia preliminar	128
Bibliografía.	131

Dato de prueba en el proceso acusatorio y oral, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, se terminó de imprimir el 30 de septiembre de 2013 en Impresión y Comunicación Gráfica S. A. de C. V., Manuel Avila Camacho 689, col. Sta. Ma. Aztahuacán, delegación Iztapalapa, 09500 México, D. F. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural de 70 x 95 de 37 kilos para los interiores y couché de 154 kilos para los forros, consta de 1000 ejemplares (impresión *offset*).

PRESENTACIÓN

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

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

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

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

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

XII

PRESENTACIÓN

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

Héctor FIX-FIERRO

INTRODUCCIÓN

El mejor aporte que ha hecho el Código Modelo al sistema acusatorio y oral en México ha sido, desde mi criterio, el concepto de dato de prueba, en especial, cuando procura explicar qué se entiende por “no tendrá valor probatorio”. Un concepto que poco a poco irá influyendo en la doctrina del proceso penal.

¿Cómo probar un robo? Esa pregunta no es siempre el problema de todas las víctimas. La pregunta que nos hacemos todos es ¿cómo recuperar? En esa pregunta entra la vida, la fama, la propiedad, la tranquilidad, la paz social, la armonía, etcétera. Entra también un bien jurídico que se dejó de proteger y que es cada vez más urgente hacerlo: el honor. Es que, es cierto, ninguna persona racional quiere prueba para que se condene a una persona por haber adecuado su conducta a un tipo penal. Queremos, por el contrario, no tener que denunciar a nadie, vivir lo nuestro, convivir en paz. Ni siquiera queremos ejercer, aunque tengamos derechos para ello, la defensa legítima. Lo que se quiere —lo que desean todos y entre esos todos las víctimas—, es disfrutar sus derechos.

Ningún hecho lícito o ilícito y, por ende, delictivo o no delictivo se puede resolver —porque exige ser probado— sin pruebas. Sin embargo, los códigos nos dicen que el dato de prueba “no tiene valor probatorio”. ¿Qué debe entenderse por dato de prueba?, ¿de dónde surge el concepto?, ¿cuál es su génesis?, ¿qué valor tiene el dato de prueba? Si analizamos desde el dato de prueba la orden de aprehensión, la detención en flagrancia o caso urgente, la orden de cateo, la misma detención provisional, la legitimación de la detención y hasta la vinculación a proceso y, por ella, la prisión preventiva, entonces, el dato de prueba tiene un valor. Por ende, lo peor que nos puede ocurrir es que nos digan que carece

de valor lo que igualmente se valora; que carece de valor lo que limita derechos; que, sin valor, una persona está detenida por prisión preventiva en razón de datos de prueba.

Cuando la Comisión Nacional de Tribunales de Justicia (Conatrib) aprobaba el Código Modelo el 16 de octubre de 2008 para ofrecer una guía de estudio del proceso acusatorio a partir de la reforma del 18 de junio de 2008, igualmente ofrecía muchos conceptos y una interpretación y, entre ellos, el concepto de dato de prueba del artículo 250. La génesis de ese concepto es la razón del presente trabajo.

CAPÍTULO PRIMERO

DEL DATO DE PRUEBA

EN EL PROCESO ACUSATORIO MEXICANO

I. ¿POR QUÉ DATO?

Cuando analizamos qué entiende por prueba la Constitución Política, la legislación secundaria, la jurisprudencia y la misma doctrina, nos percatamos que se utiliza, casi de modo indistinto, dato, datos de prueba, medios, medios de prueba, medios de convicción, elementos, objetos, pruebas, entre otras muchas acepciones.

Basta acudir a la Constitución Política para descubrir prueba o sinónimo de prueba con indistintos conceptos. No se ignore que la Constitución permite la “inquisición judicial o administrativa” cuando en la “manifestación de las ideas” una persona “ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público” (*cf.* art. 6o.), pero, a la vez exige, igualmente como dato, “mandamiento escrito de autoridad” (*cf.* art. 16). Por ende, confluyen en la “letra” de la norma constitucional los conceptos de “inquisición” y “acusatorio”, lo que no debe importar a un procesalista que conoce “inquirir” como investigar y que tanto el sistema inquisitivo como el acusatorio exigen una investigación previa antes de iniciar proceso.

Si nos quedamos en el artículo 16, clasificado en y desde la Constitución federal como “actos de molestia”, encontramos como manifestaciones de prueba los “datos personales” que exigen su protección y, por ende, su “tratamiento”. Igualmente encontramos la posibilidad de una “orden de aprehensión”

que puede fundamentarse en “denuncia o querrela” para lo cual, igualmente, debe obrar datos “que establezcan que se ha cometido ese hecho”. Para ello, la persona contra la cual se ordena la aprehensión debe ser “indiciado”, esto es, que existan indicios como datos de prueba.

En razón de los “indicios” cualquier persona puede detener al “indiciado” en el momento en que esté cometiendo un delito, para lo cual se produce, como dato, un “registro” de esa detención; indicio que puede igualmente servir para “casos urgentes” y en “delitos graves” lo que permite, igualmente, que el Ministerio Público ordene, con fundamento en esos “indicios” su detención.

En protección de los datos de prueba, la Constitución Política permite asegurar la “investigación” de éstos, mediante el “arraigo” para delitos en delincuencia organizada, para lo cual es igualmente un dato la “organización de tres o más personas”. En todo caso, el Ministerio Público puede ordenar la retención en razón de indicios.

Es dato de prueba el “cateo” que exige una “orden” de autoridad judicial. Esa orden se sustenta en la “solicitud” del Ministerio Público que debe justificar, para la obtención de datos de prueba, la necesidad de “inspecciones” del lugar, las personas en el lugar y “los objetos”. De todo ello es dato de prueba el “acta” que debe levantarse y los “dos testigos” propuestos por el ocupante.

Son datos de prueba las “comunicaciones” que, inviolables, permiten orden de intervención y aquellas que, sin orden de intervención “sean aportadas de forma voluntaria”. En todo caso, en razón del juez de control son datos de prueba “las técnicas de investigación” y el “registro” de las comunicaciones entre el juez y el Ministerio Público en la disposición de actos de molestia. Igual que las comunicaciones, la correspondencia que no circule en estafeta (*efr.* art. 16).

De especial importancia, es que todo detenido debe ser “indiciado” (*efr.* art. 19); esto significa que, por lo menos, debe existir, como datos de prueba, la denuncia o la querrela. A su vez esa detención debe acreditar “el delito que se impute al acusado; el

lugar, tiempo y circunstancias de ejecución” con “datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito” y “la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión” (*cf.* art. 19).

Desde los principios del sistema acusatorio se entiende que aún en fase preliminar “una vez iniciado el proceso penal” (*cf.* art. 20, A, VII) “se podrá decretar su terminación anticipada”, mediante un procedimiento abreviado, por la calidad de los datos de prueba. En efecto, la propia Constitución federal exige “el reconocimiento” en la “participación en el delito” y “medios de convicción suficientes para corroborar la imputación” (*cf.* art. 20, A, VII).

A su vez, rige la protección de los derechos fundamentales en los datos de prueba porque “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula” (*cf.* art. 20, A, IX).

La existencia y capacidad probatoria del dato de prueba se entiende porque, si bien el juez no puede delegar “el desahogo y valoración de las pruebas” (*cf.* art. 20, A, II), ese desahogo sólo tiene importancia “para los efectos de la sentencia” (*cf.* art. 20, A, III). Antes del juicio oral y, por ende, antes del desahogo de esos datos de prueba, tiene importancia el silencio, porque encuentra valoración procesal su declaración (*cf.* art. 20, B, II).

Se entiende que en caso de detención existen, como datos de prueba, “motivos de la misma” (*cf.* art. 20, B, III) que se deben dar a conocer, aunque en delincuencia organizada se pueden reservar el nombre y datos del acusador (*cf.* art. 20, B, III). Son datos de prueba los testigos (*cf.* art. 20, B, IV); pudiéndose reservar cuando se trate del peligro de “víctimas, testigos y menores de edad”. Mas, en razón de la existencia de datos, “le serán facilitados todos... los que solicite para su defensa y consten en el proceso” (*cf.* art. 20, B, VI).

Es en razón de la existencia de datos que “el imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación” (*cf.* art. 20, B, VI), siendo igualmente datos su declaración o su entrevista y los registros que pueden ser consultados con la oportu-

nidad debida para preparar la defensa” mismos que “no podrán mantenerse en reserva”. Por eso, la víctima puede ofrecer y el Ministerio Público desahogar los “datos o elementos de prueba” (*cf.* art. 20, C, II).

Esta realidad de un “dato de prueba” que puede confundirse con indicio, evidencia, diligencia, investigación, registros, entrevistas, declaraciones, denuncias, querellas, medios, elementos de prueba y elementos de convicción, etcétera, llevó a la comisión redactora del Código Modelo a definir en el artículo 250 qué es dato, medio de prueba y prueba, para asumir y aunar un concepto. Esa definición ha sido asumida, igualmente, por algunas entidades federativas y el proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales.

II. DATO DE PRUEBA EN EL CÓDIGO MODELO

El Código Modelo, llamado igualmente Código Conatrib fue auspiciado por esa Comisión de Tribunales de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos cuando aprobó, inicialmente, un proyecto el 1o. de septiembre de 2008 y luego, con los estudios de los jueces y magistrados en las entidades federativas, el borrador núm. 33 el 16 de octubre de 2008 en Morelia, Michoacán.

En el artículo 250 se lee con el acápite “prueba, datos, medios de prueba” que “dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez, que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente, para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado”.

Refiere un determinado medio de prueba. Esto exige, como veremos posteriormente, entender la diferencia entre dato y medio de prueba y, por ende, contar con por lo menos documentos, peritos y/o pericias, testigos y/o testimonios, inspecciones, denuncias y/o querellas, informes, etcétera, lo que exige prede-

terminar, únicamente, qué es la idoneidad, la pertinencia y la suficiencia de ese dato para convencer y/o arribar, por lo menos, al juicio de probabilidad necesario que exige la Constitución Política (*cf.* art. 19).

¿Debe ese dato estar desahogado?, ¿puede la policía desahogar un dato de prueba?, ¿es ese dato una prueba o sólo lo es cuando sea desahogado ante el juez?, ¿puede sostenerse, como lo han hecho todas las codificaciones mexicanas, que esos datos de prueba no tienen valor probatorio para sustentar una sentencia? En definitiva: ¿tienen los datos de prueba valor probatorio?

1. *Que se advierta idóneo*

La primera exigencia es que el medio de prueba, además de permitido, realizado conforme a la ley y, por ende, lícito, sea idóneo.

El adjetivo idóneo viene del latín *idoneus*. Su etimología dentro del latín es oscura, o al menos los especialistas no se han puesto de acuerdo, ya que unos afirman que derivaría del adverbio *ideo*, que expresa la razón exacta de algo, y otros dan diversas etimologías. Quizá la más exacta sea la que lo vincula a la raíz indoeuropea *wid* —de *videre*— que da en griego formas similares al adjetivo latino, como *εἶδος* (aspecto, experiencia), o *ἰδέα* (imagen, forma visual, percepción abstracta).¹

Como razón exacta de algo, el dato de prueba es, en relación con el juicio, el de probabilidad que refiere probabilidad del hecho y probabilidad del partícipe, esto es que la persona, el instrumento empleado y los efectos del hecho son idóneos y, por tanto, el dato de prueba es el necesario para demostrarlo. Esto exige, desde la criminalística, detectar ¿cuál es la prueba idónea

¹ <http://etimologias.dechile.net/?ido.neo>.

para cada hecho ilícito concreto?, ¿cuál es el medio que patentiza un homicidio?, ¿cuál el que descubre una violación?, ¿cuál el que demuestra un grupo organizado?, ¿cuál el que evidencia un robo?, ¿cuál el que acredita un fraude?, ¿cuál el que revela una extorsión?, ¿cuál el que patentiza un delito y lo distingue de un simple accidente?

El juicio de probabilidad que ofrece el dato de prueba debe permitir, en razón de su idoneidad, la certeza, es decir, conforme se avanza en la investigación, el “dato” debe acreditar la verdad de un hecho en todos sus elementos y, por ende, la verdad en relación con el autor de ese hecho. Una certeza que no puede ser exigida por el Ministerio Público en la investigación, ni por el juez de control en las audiencias preliminares, sino, cuando ese dato de prueba se desahogue, como se exige, en la intermediación de las partes, a través de la contradicción. Aunque sea solo dato, el dato de prueba debe hacer referencia directa entre acción y resultado; hecho y realidad; actor y víctima; causa y efecto de modo que sea idóneo.

Debe tomarse en cuenta, desde la misma definición, “que idóneo es un adjetivo de valor absoluto, cuyo uso preciso en la lengua algunos diccionarios no suelen especificar o al menor clarificar con exactitud, ya que suelen identificarlo con “apto o apropiado para algo”, no siendo un sinónimo de apto, ni de adecuado, aunque la persona idónea o la solución idónea, impliquen que ambas son aptas y adecuadas, por supuesto idóneo no admite grados: por ejemplo, es absolutamente incorrecto decir que “alguien es más idóneo que otro” (es correcto decir, en cambio, que es más apto que otro). La persona o la cosa idónea, son las que responden exactamente a la idea previa de algo requerido. En cierto modo, “idóneo para algo” sólo hay uno, no puede ser “más idóneo” ni “muy idóneo” ni “idoneísimo” (expresiones imposibles). A veces la gente lo emplea mal, confundiéndolo con apto o adecuado, que tampoco son sinónimos.²

² <http://etimologias.dechile.net/?ido.neo>.

2. De lo *pertinente e impertinente*

No es pertinente el dato de prueba cuando no es adecuado. Cuando una persona es detenida por un delito, de nada sirve que su abuelita declare que es su mejor nieto. Pero, igualmente, es difícil tener por cierto un homicidio sin cadáver.

Pertinente “procede del verbo *pertinere*, un prefijado de *tenere*. Lo pertinente es lo que procede, lo que cuadra o es ajustado a una situación. Por eso lo impertinente o la persona impertinente es que se manifiesta como completamente inadecuada al contexto o situación, y hasta inadmisibles en una situación concreta, es improcedente en suma”.³

Es pertinente, desde el concepto de prueba, que ellas guarden relación con el objeto del proceso. Esta idea y, por tanto, este concepto será una realidad en todas las codificaciones civiles y penales en relación con los medios probatorios. Las partes se opondrán a la impertinencia de las pruebas y el juez admitirá o no los medios de prueba si estos son pertinentes o impertinentes. Por ende, conviene a lo pertinente el concepto de adecuado.

Utilizando el mismo diccionario tenemos que “el adjetivo *apto* viene del latín *aptus*, un viejo participio de un verbo poco usado, el verbo *apio*, *apere*, que significa ligar, atar, vincular o establecer una relación. *Apto* quiere decir “atado, ligado o vinculado” a una determinada función o quehacer, aquel a quien se relaciona con algo porque se observa en él una capacidad probada para ello. Es también el participio de *apiscor*, un verbo de la misma raíz que significa alcanzar algo y vincularse a ello.

En todo caso para reformar el sentido:

... el antónimo de *apto* es *inepto* aquel a quien se considera absolutamente desvinculado de algo, o que no puede establecer relación alguna o nexo alguno con un conocimiento, destreza o quehacer, por su falta de capacidad para ello. Tanto *apto* como *inepto* admiten

³ <http://etimologias.dechile.net/?impertinente>.

grados; uno puede ser más apto que otro para algo, es decir tener más estrecha relación o vínculo con una actividad o saber, por más experiencia, conocimiento o destreza, o mejores condiciones del tipo que sea para el cumplimiento de una función cualquiera.⁴

Las codificaciones utilizarán los conceptos de pertinencia y/o impertinencia; conducente y/o inconducente. En todos los casos, como diría Martín Eduardo Ocampo García:⁵ “Decidir sobre la admisibilidad de una prueba, efectuando un juicio de pertinencia, exigirá comparar la relación existente entre el hecho que pretende acreditar la prueba propuesta y el objeto de prueba en el concreto proceso para el que se solicita, de manera tal que si dicha relación no se da, el juez deberá inadmitir la misma por su impertinencia”.

3. *En conjunto con otros suficiente*

El Código Modelo ha utilizado, además, el conjunto de lo idóneo y pertinente en razón de suficiente, lo que, como se verá no hace el proyecto federal.

En relación con los términos anteriores, E. J. Couture —citado por Ocampo García — afirma que:

Prueba pertinente, es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba. Prueba impertinente es, por el contrario, aquella que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de demostración... En cambio de prueba admisible o inadmisibile se habla para referirse a la idoneidad o falta de idoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho.

⁴ <http://etimologias.dechile.net/?apto>.

⁵ <http://www.monografias.com/trabajos24/prueba-impertinente/prueba-impertinente.shtml?monosearch#defin>.

Todo ello significa, de importancia, que idónea y pertinente, no necesariamente es suficiente. El arma de fuego —pistola— en la escena del crimen no nos permite —no es idónea ni pertinente, por insuficiente— determinar quién fue la persona que accionó esa arma y quitó la vida a una persona. Esto debe decirse, especialmente, de la “confesión” y/o de la “entrevista” de uno que involucra a muchos otros, problema especial del testigo protegido o del imputado que se acoge a un criterio de oportunidad ayudando en la investigación. ¿Cuál es el criterio de participación en el hecho delictivo que puede ofrecer ese “testigo” para involucrar a un tercero?

La suficiencia, por tanto, no se mide en razón de cantidad sino de calidad. Por ende, no es contar datos sino valorar sus contenidos probatorios y esto se mide, únicamente, por la calidad de juicio hacia el cual predisponen, es decir, duda positiva y/o negativa; probabilidad negativa y/o positiva, certeza en iguales circunstancias. Es decir, no hay una regla y, entonces rige, al unísono con la prueba, el mandato constitucional de “valoración... libre y lógica” (*cf.* art. 20, A, II).

III. DATO DE PRUEBA EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES (PROYECTO)

El artículo 289 del proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales asumió el concepto del Código Modelo pero definió dato de prueba como: “La referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez de juicio oral, que se advierta idóneo, pertinente y suficiente, para establecer que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión”.

Del concepto del Código Modelo al del Código Federal se dan dos variaciones que, siendo al parecer no sustanciales, no dejan

de ser importantes. La primera es la referencia al desahogo ante el juez de juicio, que denota una equivocada interpretación del contenido del artículo 20, apartado A, fracción II, de la Constitución Política cuando dispone que “para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio”.

Es claro que la prueba desahogada ante la policía, el Ministerio Público y el juez de control es prueba desahogada. La norma constitucional en ningún momento ha mantenido el criterio de que sólo el tribunal de sentencia y/o de juicio puede desahogar medios de prueba. Lo que ha hecho es exigirle al tribunal de sentencia que la prueba que utilice para la sentencia debe ser prueba valorada por ellos porque ha sido desahogada por ellos, no por otro. Es decir, la norma está exigiendo intermediación.

¿Pero qué es la prueba desahogada, por ejemplo, ante el juez de control? La prueba desahogada por el juez de control no es dato de prueba sino, por el contrario, prueba, porque ha sido desahogada por el órgano jurisdiccional para fundar y motivar la decisión del juez de control. Así se entiende cuando la misma norma constitucional de referencia dispone que “la ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo”. Se entiende, de esa norma, que la propia Constitución federal admite el desahogo en cualesquiera otra autoridad.

Para ampliar y aunar el criterio, y para corregir o por lo menos prevenir los errores del proyecto federal de procedimientos penales, la propia Constitución Política permite, en el artículo 20, apartado C, fracción II, que el Ministerio Público desahogue prueba cuando dispone, como derechos de la víctima u ofendido “que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes... Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa”.

En la exposición de motivos del proyecto federal se explica que “los datos de prueba serán considerados para valorar la existencia del hecho delictuoso y la probabilidad de quien lo cometió o participó en su comisión, se resuelva el conflicto penal por alguna de las formas de terminación anticipada del procedimiento previsto en este Código o cuando deba resolverse cualquier cuestión distinta a la sentencia definitiva en juicio oral”. Se entiende, entonces, que el redactor de la exposición de motivos tampoco comprende el sentido de la norma y el contenido del concepto de dato de prueba, ignorancia que se dará a conocer en muchas de las normas del proyecto federal.

La segunda variación con el Código Modelo es que no se exige que el dato de prueba idóneo y pertinente, sea “en conjunto con otros suficiente” sino que se exige en su individualidad la suficiencia. No se ignora en relación con esa frase, los casos en los cuales sólo se cuenta con un testigo. Nuestra legislación y la propia jurisprudencia, en particular del Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, han sostenido, en relación con el único testigo que:

Por regla general, en el procedimiento penal una sentencia condenatoria no puede sustentarse en el dicho de un solo testigo. Sin embargo, para que el testimonio de la única persona que presenció los hechos ilícitos soporte una sentencia condenatoria, es menester que el mismo ofrezca garantía de conocimiento y veracidad tal que sea capaz de convencer con su dicho, bien sea por la evidente razón de haber conocido los hechos o por determinadas circunstancias personales que lo conviertan en un testigo insospechable de parcialidad.

El juzgador, sigue diciendo el Colegiado:

A efecto de determinar si la manifestación del testigo único reúne tales características deberá atender a la forma en que se desarrollaron los hechos, a las circunstancias de su realización, a las particularidades que revista tanto el testigo como su declaración y, además,

a que lo testificado por éste se encuentre adminiculado con el resto de las pruebas indirectas que determinen fehacientemente la responsabilidad penal que se le atribuye al sentenciado. De donde se sigue que si de autos se advierte que por la hora y forma de comisión del hecho delictivo, éste se realizó en presencia de un solo testigo; que no se advierte que trate de perjudicar al quejoso; y, además, que su manifestación se encuentre adminiculada con el resto de las pruebas existentes en el sumario, por tanto, es evidente que el testimonio de éste adquiere valor preponderante y, por ende, es suficiente para fincar responsabilidad penal al quejoso en la comisión del delito que se le reprocha.⁶

Desde la norma federal es posible sostener, con la “capacidad de suficiencia” de la única prueba del modelo federal, que se está renunciando a la historia, a la práctica y a la experiencia y, se está admitiendo un solo testigo —un único medio de prueba como suficiente—, cuya declaración se supedita a la libre valoración del juez y, consecuentemente, no se exige que ese único medio sea valorado en conjunto con otros medios. Pero no es fácil exigir a un único medio de prueba suficiencia y, por ende, es posible que esa “ausencia de exigencia” resulte en una “exigencia mayor” del

⁶ Cfr. (J), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXIII, junio de 2006, p. 1078. TESTIGO ÚNICO. REQUISITOS QUE DEBE REUNIR PARA FUNDAR UNA SENTENCIA CONDENATORIA. Nota. El Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito distingue entre testigo único y testigo singular señalando: “TESTIGO ÚNICO Y TESTIGO SINGULAR. DIFERENCIAS. En el procedimiento penal se reconoce como medio de prueba la testimonial. Ahora bien, cuando se desahoga la declaración respectiva, podemos encontrar la figura del testigo único y la del singular, las cuales difieren entre sí en cuanto al número de personas que presenciaron el hecho sobre el cual declaran. En esa tesitura, el testigo singular surge a la vida jurídica cuando existe pluralidad de personas que percibieron la realización de un hecho, pero éste se pretende probar dentro del procedimiento sólo con la declaración de uno de ellos. Mientras que la figura del testigo único se presenta cuando el hecho que se pretende probar se soporta en el dicho de la única persona que lo presenció”. (J), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXIII, junio de 2006, p. 1090.

dato de prueba, peor aún, que para cumplir con su “suficiencia” exija su desahogo previo.

Desde la exposición de motivos del Proyecto Federal se ha analizado:

Que el Constituyente pretendió racionalizar la actual exigencia probatoria que debe reunir el ministerio público para plantear los hechos ante el juez y solicitar una orden de aprehensión o la vinculación a proceso, a un nivel internacionalmente aceptado, de manera que baste que el órgano de acusación presente al juzgador datos probatorios que establezcan la realización concreta del hecho que la ley señala como delito y la probable intervención del imputado en el mismo; ello en virtud de que en el nuevo proceso resulta inviable mantener un nivel probatorio alto para solicitar orden de captura o de vinculación a proceso, en razón de que no presentará pruebas formalizadas que puedan acreditar el hecho y menos la responsabilidad penal del perseguido, pues de ser así, no se colmaría el objetivo de reducir la formalidad de la actual averiguación previa, ni la de fortalecer la relevancia del proceso penal y particularmente del juicio.

Con base en ese párrafo se argumenta que:

El Constituyente varió en cuanto al estándar probatorio, requiriendo solamente datos de prueba, para determinar la existencia del hecho delictivo o el grado de intervención del activo en el mismo, sin embargo, quiso conservar los supuestos relativos a los elementos integrantes de la descripción típica, a efecto de evitar vulneración a las garantías de los gobernados, de manera que aquellos datos probatorios deberán ser suficientes para establecer la existencia de los elementos objetivos o externos, así como los normativos y subjetivos, según lo requiera la descripción típica.

El proyecto federal centra su análisis en el “estándar probatorio” y se aleja del “juicio”, de modo que más parece un control

de cantidad que de calidad. Con ese equívoco principio va a sostener —de modo igualmente equivocado— que:

Una de las características del sistema acusatorio es diferenciar el estándar probatorio en función de las etapas en la secuela procedimental, de esta forma, no será el mismo estándar de prueba necesaria para etapas donde se discuten cuestiones preliminares a la del juicio oral, por ejemplo no es el mismo estándar que requiere la imposición de una medida cautelar o para la vinculación a proceso que para una sentencia definitiva.

Es importante aclarar, para evitar errores, que la razón por la cual se utiliza el concepto de “dato” y no de “prueba” y, por ende, se diferencia el “tipo de desahogo”, es impedir que los hechos se “prueben” con la acción e investigación del Ministerio Público y/o de la policía de investigación y, por ende, la “averiguación previa” (etapa de investigación) se convierta en prueba irrefutable (fe ministerial en el desahogo de prueba) que no fue sometida a los principios de inmediación y contradicción, en la publicidad y oralidad de la audiencia. Desde la prueba el proceso acusatorio “convoca” una serie de principios que ocupa concatenadamente para evitar error en el juicio del que juzga y para impedir que juzgue quien no ha sido convocado a juzgar.

Queda sin sentido entonces que se diga en la exposición de motivos, para explicar el por qué del “dato de prueba”, que “la acción penal debe respaldarse en los datos de prueba recabados y aportados o incorporados a la causa en sus diferentes etapas; de este modo, la demostración de los hechos, la autoría y participación, la culpabilidad y demás aspectos a dilucidar de acuerdo al estándar probatorio requerido, según corresponda a cada etapa, se encuentra ligada a dicho material probatorio, que será la base para dirimir la controversia penal” porque no se trata de una “evolución” de la prueba en las distintas etapas, sino, de un distinto manejo legal —en nuestro caso constitucional— del medio de prueba. De hecho, el dato de prueba será, en definitiva, el

que se desahogue en la audiencia de juicio oral. Por el contrario, causa duda que un dato de prueba ofrecido en la audiencia de control se prescinda o sea luego distinto en la etapa de juicio.

El error que se ha analizado en la literalidad de la norma se entiende de la misma exposición de motivos. Quien redacta argumenta —confundiendo lo que quiere aclarar— que:

Es necesario diferenciar el estándar probatorio en función de la etapa o fase procesal en que estemos situados, el concepto “dato de prueba”, por ejemplo, está referido al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez de juicio oral, pero que se advierte idóneo, pertinente y suficiente para establecer, con base en él y de acuerdo con las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

Con ese criterio —de su propia lectura confusa— se concluye, contrario a la teoría de la prueba y contrario a la teoría del proceso que:

Primero: los datos de prueba “solamente se pueden valorar como tales, para establecer la existencia del hecho delictivo y la probabilidad de su comisión o participación por el imputado en una audiencia distinta a la de juicio oral”.

Segundo: los datos de prueba pueden utilizarse “para medidas cautelares, formas de terminación anticipada, como el procedimiento abreviado y el simplificado, así como todas aquellas que implican audiencias preliminares”.

Tercero: los datos de prueba “deberán ser reproducidos por medios lícitos”.

Cuarto: los datos de prueba “en estas etapas aún no adquieren la calidad de pruebas, lo cual sólo sucederá hasta su desahogo en la audiencia de juicio”.

Quien lee este libro no ignora la génesis del concepto de dato de prueba. Desde esa pequeña referencia histórica al por qué

del artículo 250 del Código Modelo se comprende la razón por la cual quien redacta la exposición de motivos federal y quien trasladó el concepto al proyecto federal, no supo —y no quiso— preguntar los antecedentes de una norma. Quizá sea importante acudir —y, por tanto, no ignorar— a la exposición de motivos del Código Modelo, que se escribe en octubre de 2008, cinco años antes del proyecto federal.

El concepto de dato de prueba no se explica desde la exposición de motivos del proyecto federal ni desde la génesis del proceso penal mexicano, sino desde el Código Modelo. No hay que ir más atrás. Basta mostrar interés por lo que ocurrió en mayo de 2004 con las iniciativas del presidente Vicente Fox, las proyecciones de USAID con el Código Tipo a través de Proderecho, y con lo que ha hecho Conatrib en México a partir del 18 de junio de 2008. La federación —y con ella la Secretaría Técnica— debe recordar que el Sistema Procesal Penal Acusatorio nace, crece y se desarrolla en las entidades federativas a partir de las reformas parciales de los estados de Nuevo León y Estado de México y las reformas sistemáticas de los estados de Chihuahua, Oaxaca, Zacatecas, Morelos y Baja California.

Por eso, a la luz del artículo 250 del Código Modelo, pero, igualmente, a la del artículo 289 del Proyecto de Código Federal, cuando referimos un “dato de prueba” referimos igualmente un “medio de prueba” porque en definitiva referimos una prueba. La diferencia no está en la calidad de prueba y/o en la calidad de medio, sino en la distinta autoridad que desahoga, en la distinta naturaleza de la decisión que incorpora ese medio de prueba y toma sobre él decisiones en relación con las personas, en la cualidad jurisdiccional de la prueba. Por tanto, el dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de prueba.

Es decir, si tenemos un testigo, conocemos lo que sabe el testigo porque su testimonio ha sido desahogado por los oficiales de policía. Es posible que se haya recibido una declaración formal, por escrito, ante el Ministerio Público. Más aún, es casi seguro que se conservara en un CD, con videgrabación. En ambos casos, ese

testimonio es medio de prueba y tiene valor probatorio. Pero, para ser utilizado en la sentencia debe ser desahogado (nuevamente) ante el juez que dicte esa sentencia, y ese desahogo tiene como característica la audiencia oral, pública, contradictoria, concentrada, continua, en presencia —inmediación— del mismo juez.

Por asumir un concepto sin “respetar” la fuente; por falta de humildad intelectual; por cierta prepotencia legislativa; porque SETEC ha procurado marcar líneas, sin dominar los conceptos y las instituciones procesales del sistema acusatorio, el Proyecto de Código Federal confunde —y por eso destruye e imposibilita— el concepto de “dato de prueba” cuando exige, para su desahogo, el momento procesal ante “el juez de juicio oral”, es decir, la etapa de juicio y la audiencia de juicio oral. ¿Por qué? Entre otras muchas razones, porque el juez de control puede, igualmente en audiencia, desahogar los datos de prueba.

IV. DATO DE PRUEBA EN LA LEGISLACIÓN SECUNDARIA ESTATAL

El concepto “dato de prueba” del Código Modelo se suscita de una discusión conceptual. Varios académicos, algunos magistrados y jueces —todos ellos funcionarios de entidades federativas— analizaron con seriedad, en 2008, los tres conceptos del artículo 250 del Código Conatrib.

Al encontrar la génesis del concepto es lógico que el mismo no se halle en las codificaciones anteriores a la reforma constitucional, esto es, en los códigos de Chihuahua, Oaxaca, Morelos, Zacatecas y Baja California, aunque esas entidades hayan participado, igualmente, en la reforma del Código Modelo y, por ende, conocieron la discusión. Es claro, sin embargo, que si fue aprobado en Conatrib, debió influir en las pequeñas o grandes modificaciones que se suscitaban en sus legislaciones vigentes.

El primer Código en asumir la definición de dato de prueba fue el de Durango el 5 de diciembre de 2008 y el segundo el del

Estado de México el 9 de febrero de 2009. A partir de esas dos legislaciones, todas las demás excepto Hidalgo aceptan el concepto “modelo” de dato de prueba.

En efecto, en el artículo 255 del Código de Durango se admite, como dato de prueba “la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez, que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente, para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado”. Al año siguiente, el artículo 185 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México: “Entenderá por dato de prueba la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez que se advierta idóneo, pertinente y, en su conjunto suficiente para establecer razonadamente la existencia de un hecho delictuoso y la probable participación del imputado”.

El estado de Guanajuato pondrá a su codificación la Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato y, publicada el 3 de septiembre de 2010, definirá el dato de prueba, en el artículo 298, como “la referencia a toda fuente de información aún no desahogada ante el juez”. Hace luego una tasación porque dispone que “el dato de prueba, por sí mismo o aunado a otros datos de prueba, permite establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe la probabilidad de que el inculpado lo cometió o participó en su comisión”. ¿Es “toda fuente de información” sinónimo de “medios de prueba” y, por tanto, significan lo mismo?, ¿nos saca Guanajuato del contenido conceptual?

Me atrevo a sostener, con fundamento en lo que venimos diciendo sobre el tema, que la definición del estado de Guanajuato es ambigua, poco clara, y termina dando a la misma un criterio de prueba tasada. Nótese que le da valor probatorio a cualquier fuente de información. Es peligroso que cualquier fuente de información sea dato de prueba, porque, *prima facie*, lo es un video, una llamada telefónica, la simple denuncia, etcétera. Es peligroso además que esa fuente sólo exija, como se dispone en la norma,

completar el desahogo. En definitiva no puede ser procesalmente válido que toda fuente de información sea dato de prueba.

El estado de Yucatán acoge el concepto del Código Modelo, aunque igualmente con alguna variante esencial, como ocurre con Guanajuato. En efecto, el artículo 199 define el dato de prueba como “la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante los jueces”. No exige, como igualmente lo omite Guanajuato, la idoneidad, pertinencia y suficiencia como su génesis. Por ende, permite el mismo peligro de sustentar en cualquier información la detención policial, la retención ministerial o alguna decisión jurisdiccional, como puede serlo el escándalo, la inseguridad social, la gravedad de los hechos, etcétera.

Nótese que los de Guanajuato y Yucatán son códigos cuyos redactores conocen el Código Modelo y el esfuerzo de redacción y estudio que este supuso. Vale aclarar que la comisión redactora del Código Modelo, bajo la dirección del doctor Carlos Natarén Nandayapa, no ignoraba la existencia de codificaciones vigentes en Chihuahua y Oaxaca; en *vacatio legis* en Morelos, Zacatecas y Baja California, y que en el congreso local se encontraban los códigos de Durango y Estado de México. Por ende, en su redacción tomó en cuenta esas legislaciones y, lógicamente, los consejos de los jueces y magistrados de esas entidades federativas.

Además, quienes redactaban el proyecto modelo a solicitud de la Conatrib tenían claro que las normas debían ser coherentes, en razón del principio de supremacía constitucional, con la reforma del 18 de junio de 2008. Esto ocurría sin ignorar, igualmente, los viajes hacia algunos países de Latinoamérica y Estados Unidos de América, los cursos de capacitación del CEJA, entre otros, y la invitación de universidades e institutos de Estados Unidos y Canadá interesados en “capacitarnos”. Más aún, que, a pesar de la reforma constitucional se seguía citando autores chilenos, peruanos, colombianos, centroamericanos, ecuatorianos, etcétera, para explicar en y para México las nuevas instituciones.

Muchas de las grandes discusiones fueron entre personas que aprendieron la técnica —en algún curso por ahí— e ignoraban la teoría del proceso. Peor aún, que seguían una técnica de litigio en audiencia contraria al sistema de justicia penal acusatorio. La gran respuesta hasta hoy ha sido confrontar las distintas ideas, con la Constitución Política, aun cuando muchos siguen enseñando técnicas de litigio sin dominar los contenidos procesales de la Constitución Política. Esto hace que el Código Modelo no sea asumido en su totalidad por las entidades federativas y, por ende, que no todas hayan acogido el concepto de dato de prueba.

En efecto, entre los códigos vigentes, el del estado de Chiapas publicado el 9 de febrero de 2011, para entrar en vigencia en mayo del mismo año se redactó analizando figuras del Código Modelo y del proyecto federal y conservó el concepto de dato de prueba del Código Modelo en el artículo 285. Así se lee en ese numeral que “dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez, que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente, para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado”.

Siguieron igualmente el concepto del Código Modelo, en su literalidad, el artículo 182 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán, publicado el 13 de enero de 2012; el artículo 300 del Código de Procedimientos Penales del estado de Sonora, publicado el 30 de enero de 2012; el artículo 302 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Quintana Roo; el artículo 279 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila, publicado el 17 de febrero de 2012, aunque este último, siendo el primero de los códigos espejo, sigue la redacción ya criticada del proyecto federal.

Cabe decir que el Código del estado de Sonora, al admitir el concepto lo hace agregando que “es la referencia al contenido de un determinado medio de prueba registrado en la investigación y aún no desahogado ante el juez, que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otro u otros, suficientes para establecer

razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado”. El segundo agregado, desde mi criterio, carece de importancia. El primero puede ser peligroso en su interpretación y, por ende, suscitar debate en audiencia, si, por ejemplo, el dato de prueba en que el Ministerio Público se apoya en la audiencia no ha sido registrado, por ejemplo, porque apenas al empezar —y/o durante— la audiencia, le ha sido proporcionado, lo que puede informar y ofrecer copia a las partes sin que, repito, haya sido registrado.

El Código de Procedimientos Penales del Estado de Puebla, publicado el 21 de febrero de 2011 dispone, en el artículo 234, que se “entenderá por elemento o dato de prueba la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el Juez que se advierta idóneo, pertinente y, en su conjunto, suficiente para establecer razonadamente la existencia de un hecho considerado como delito y la probable participación del imputado”. Cuando volvamos de nuevo sobre el artículo 250 del Código Modelo nos daremos cuenta que ese proyecto asemeja medio de prueba con elemento de prueba. En cambio, el Código para Puebla confunde dato de prueba con elemento de prueba.

Finalmente, el estado de Nuevo León, en su Código de Procedimientos Penales del 9 de mayo de 2011 por el que sistematiza todo el proceso oral penal en el sistema de justicia penal acusatorio para Nuevo León, admite el concepto de dato de prueba en el artículo 356 definiendo que: “Dato de prueba es la referencia al contenido de cualquier medio de prueba que produzca convicción, que no ha sido desahogado ante un juez o Tribunal de juicio oral”. Ese cambio igualmente suscita una discusión, porque el dato de prueba no desahogado es casi imposible que “produzca convicción” como lo admite el mismo artículo en estudio. Volvemos al tema cuando estudiemos la valoración de la prueba.

Conviene aclarar que, coherente con los códigos primigenios, no seguirá el concepto del Código Modelo, y otras instituciones de esa propuesta de codificación el Código de Procedimientos

Penales del Estado de Hidalgo, publicado el 14 de marzo de 2011 porque, apeándose a los lineamientos de Proderecho siguió la estructura de Chihuahua. De los proyectos en el Congreso local, seguirán el concepto del Código Modelo los códigos de Campeche, Guerrero y Tabasco. Seguirán al Proyecto Federal los códigos de Baja California Sur, Querétaro y Sinaloa, que, como podrán observar, son copia del Código de Coahuila.

Los jueces Valadez Díaz, Guzmán González y Díaz Hernández, alejándose de la norma, definen dato de prueba como:

Toda aquella referencia a una información aportada al proceso por cualquier medio legal aceptado, que aun sin desahogarse ante el Juez de Control, se advierte en particular aceptable y en su totalidad probable en unión de diversos datos de prueba para establecer de forma inductiva la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado en el mismo.⁷

⁷ Valadez Díaz, Manuel *et al.*, *Diccionario Práctico del Juicio Oral*, México, Ubi-jus, 2011, p. 115.

CAPÍTULO SEGUNDO

DATO DE PRUEBA E INVESTIGACIÓN POLICIAL POR DELITO

I. VALOR PROBATORIO DEL DATO DE PRUEBA POLICIAL

¿Puede la policía “construir” y/o “desahogar” datos de prueba?, ¿se puede hablar de un dato de prueba policial? Tal parece que la idea central del nuevo proceso es que los datos de la investigación realizada por la policía “no tienen valor probatorio”.

“No tiene valor probatorio” como puede observarse, es una frase que se repite en todos los códigos de procedimientos penales acusatorios vigentes, desde el de Chihuahua hasta nuestros días.⁸

⁸ La primera vez que se acoge esa frase se hace desde el artículo 35 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua cuando dispone que: “Los medios de prueba que se desahoguen en una audiencia previa a la de juicio oral, carecen de valor probatorio para fundar la sentencia, salvo las excepciones expresas previstas por la Ley”. Luego, el artículo 236 dispondrá que: “Las actuaciones practicadas durante la investigación carecen de valor probatorio para el dictado de la sentencia, salvo aquellas realizadas de conformidad con las reglas previstas en este Código para el anticipo de prueba, o bien, aquellas que este Código autoriza a incorporar por lectura o reproducción durante la Audiencia de Debate de juicio oral”. Parece una trampa mortal. Son casi literal al artículo 236 de Chihuahua, el artículo 230 del Código de Procedimientos Penales del estado de Oaxaca. En el artículo 280 el estado de Oaxaca añade que Artículo 280. Valor probatorio. Los elementos de prueba que sirvan como base para el dictado del auto de vinculación a proceso y de las medidas de coerción, carecen de valor probatorio por sí mismos para fundar la sentencia, sin perjuicio de ser introducidos como prueba en el juicio y salvo las excepciones expresas previstas por la ley”. Zacatecas mantendrá una norma parecida al artículo 35 de Chihuahua, con el mismo número 35 e igualmente, norma idéntica a la del 236, en el artículo 260. Igualmente cuenta con una norma igual al artículo 280 del estado de Oaxaca. El proyecto de Código Federal de

Tal ha sido el “trauma” que causó en los juristas la averiguación previa, que no es posible concebir algún medio de prueba con valor probatorio y, por ende, que repetamos esa “histórica tortura” de un “juez” que es “juez y parte” y de un medio de prueba que no fue “contradicho” por el imputado o su abogado defensor. El problema es que esa frase es igualmente falsa, porque esa prueba “sí tiene valor”.

No se ignora que el valor o ausencia de valor es para comprometer al juez de sentencia y, por ende, que el Constituyente permanente ha querido dejar claro que “para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio” (*cf.* art. 20, A, II). Pero, no se puede ignorar, igualmente, que casi el 95% de las causas en el sistema acusatorio no se resuelven con sentencia producto de un juicio, sino por “el valor probatorio” que tiene la investigación policial. En el mismo sentido, tiene “valor probatorio” esa prueba para fundamentar la detención; el auto de vinculación a proceso; las medidas cautelares reales y/o personales y la misma prisión preventiva; el procedimiento abreviado, etcétera.

Si una prueba comprueba, entonces, tiene valor probatorio. De hecho, sólo no tendrá valor probatorio la prueba que ha sido desechada. Y sólo procede esto mediante su declaratoria de nulidad por tratarse de prueba ilícita. Así se dispone en la propia Constitución federal cuando en el artículo 20, apartado A, fracción IX, se lee que “cualquier prueba obtenida con violación de

Procedimientos Penales seguirá en esto al Código Modelo, es decir, no ofrecer un falso criterio de actuación cuando, a la postre, en relación con el principio de libertad probatoria, todo puede tener valor probatorio. Por ende, en el artículo 373, dispondrá como “desahogo de medios de prueba por lectura” que “las entrevistas y actuaciones de la policía de investigación, los actos del Ministerio Público, las declaraciones rendidas en la fase de control previo y los datos de prueba que, en su momento hayan dado fundamento al auto de vinculación al proceso y a las medidas cautelares no tendrán valor probatorio para efectos de la sentencia, salvo lo dispuesto en este artículo”. El Código de Procedimientos Penales del Estado de Chiapas utiliza, por el contrario, condiciones. Utilizará entonces el concepto de “tendrán valor probatorio” (*cf.* artículos 293 y 402).

derechos fundamentales será nula” esto es, *a contrario sensu*, que las demás pruebas no son nulas y, por ende, tienen un contenido de valor. Recordemos que la propia carta magna dispone que la valoración de la prueba por parte del tribunal deberá realizarse de manera libre y lógica (*cf.* art. 20, A, II).

En efecto, no puede ser descartada de la investigación la prueba ofrecida por la policía porque la investigación por delito tiene igualmente naturaleza policial. Así se entiende del artículo 21 de la Constitución federal cuando dispone que “la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función”.

La propia Constitución federal no ignora la función policial en el “desahogo” del dato de prueba. Tal es así que enfrenta al propio imputado y a su abogado defensor a esos datos de prueba que, porque reconoce su existencia, admite. Así se entiende y así se aprecia porque la policía es reconocida como autoridad (*cf.* art. 16, 1) obligada a fundar y motivar sus propios actos mediante mandamiento escrito. Autoridad para ejecutar la orden de aprehensión (*cf.* art. 16, 4) y para recibir a los detenidos en flagrancia y registrarlos, así como ponerlos a la orden del Ministerio Público (*cf.* art. 16, 5). Sus actuaciones en la investigación pueden producir “medios de convicción” (*cf.* art. 20, A, VII) que faciliten al Ministerio Público la “negociación” del procedimiento abreviado y/o el simplificado; en delincuencia organizada sus actuaciones “realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas” (*cf.* art. 20, B, V).

La de la policía es una investigación que produce “datos” que el propio imputado puede solicitar “para su defensa y que consten en el proceso”. Con esa finalidad y, por el valor de la investigación como dato de prueba:

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación... Asimismo, antes de su primera comparecencia ante el juez

podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa (*cf.* art. 20, B, VI).

Al analizar críticamente el proceso penal acusatorio debe admitirse entonces que, desde la Constitución Política y desde la teoría del proceso penal “la seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala” (*cf.* art. 21). La función jurisdiccional va encaminada a otro objetivo y, en relación con la prueba, a desahogar, mejor dicho y con mayor propiedad, a exigir que se desahogue en su presencia los datos, medios o elementos de prueba que han sido ofrecidos y admitidos.

Le corresponde al juez el “control judicial” de los medios de prueba. Ese control se ejerce mediante el “desahogo” en su presencia —inmediación—, por las partes —contradicción—, en audiencia —oralidad— pública. Por eso, porque a la policía corresponde la investigación, “la actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución” (*cf.* art. 21). También a las autoridades policiales en la investigación por delito corresponde, como lo prescribe el artículo primero constitucional, “promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”.

II. ESCENA DEL CRIMEN Y DATO DE PRUEBA

Cuando estudiamos el dato de prueba debemos acudir al estudio constitucional porque la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha querido asumir conceptualizaciones desde ella misma.

Los temas relacionados con la escena del crimen son más de naturaleza legal y reglamentaria, propia de los códigos de procedimientos penales y leyes anejas, entre ellas, las orgánicas del Ministerio Público y/o Procuraduría, y de los órganos policiales. Igualmente existen leyes, reglamentos y decretos (acuerdos) en materia de escena de crimen, pericias policiales, cadena de custodia, protocolos de investigación que imponen directrices.

En lo personal —desde mi criterio y experiencia— no me gusta lo que he leído en materia de escena del crimen (lugar del hecho), cadena de custodia y aseguramiento, entre otras razones, porque siendo una consecuencia de otra, los actuales acuerdos distinguen y confunden y, a la vez, crean demasiados formalismos que hacen inútiles los procedimientos. Por esta y muchas otras razones, estas reglas no serán un tema pacífico en materia de prueba cuando se reglamentan disposiciones relacionadas con, por ejemplo, la destrucción de droga y otros indicios que, como se sabe, son actos definitivos e irreproducibles y exigen procedimiento de prueba anticipada.

Cuando acudimos al Decreto A/78/2012 de la Procuraduría General de la República para conocer si se da un concepto similar al de escena del crimen, encontramos una sola referencia pero, como primera disposición las “directrices que deberán observar los servidores públicos para la debida preservación y procesamiento del lugar de los hechos o del hallazgo y de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito”.⁹ Aunque espero utilizar este Acuerdo

⁹ ACUERDO A/ 078 /12. ACUERDO DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA REPÚBLICA, POR EL QUE SE ESTABLECEN LAS DIRECTRICES QUE DEBERÁN OBSER-

y el 06/2012 de la Secretaría de Seguridad Pública conviene indicar, como error de técnica legislativa, la constante repetición de los mismos procedimientos.

1. *El lugar como escena del crimen*

A. *Lugar como sitio físico*

Escena del crimen es lugar del hecho. Pero, como el indicio puede aparecer en todos los lugares en que se produce el hallazgo de los indicios, es importante distinguir, para aunar criterios, la escena del hecho, la escena del lugar, la escena del imputado, la escena de la víctima y la escena del objeto o instrumento del delito. En todo caso, es importante predeterminar, como lo hace la disposición segunda del decreto, que el lugar y/o la escena, tienen relación con el concepto de cadena de custodia.

El Acuerdo A/078/12 procura definir un orden de control del lugar:

La primera autoridad que llegue al lugar del hecho además de informar inmediatamente al Ministerio Público, deberá reunir toda la información que pueda ser útil para la investigación del hecho e iniciar la recopilación de la información general para su confirmación, finalizando con el procedimiento de aseguramiento del lugar de los hechos y/o del hallazgo.

VAR LOS SERVIDORES PÚBLICOS PARA LA DEBIDA PRESERVACIÓN Y PROCESAMIENTO DEL LUGAR DE LOS HECHOS O DEL HALLAZGO Y DE LOS INDICIOS, HUELLAS O VESTIGIOS DEL HECHO DELICTUOSO, ASÍ COMO DE LOS INSTRUMENTOS, OBJETOS O PRODUCTOS DEL DELITO. DOF, 23 de abril de 2012. Confróntese, igualmente y en el mismo sentido: Acuerdo 06/2012 del secretario de seguridad pública, por el que se emiten los lineamientos generales para la regulación del procesamiento de indicios y cadena de custodia en la Secretaría de Seguridad Pública. DOF, 23 de abril de 2012.

Con la quinta disposición se concluye que esta primera etapa “tendrá lugar con la recepción de la información y finaliza con el procedimiento de aseguramiento del lugar de los hechos y/o del hallazgo”.¹⁰

Se ocupa de determinar cómo se confirma y cómo se verifica la “noticia del hecho”. Exige primero la comunicación del hecho al “Ministerio Público” y se agrega a “otras autoridades”. Se trata de una exigencia procesalmente innecesaria, como procuraré explicar posteriormente. Verificada la existencia de un hecho delictuoso, la policía deberá asegurar e iniciar la preservación del lugar sólo permitiendo el acceso del personal estrictamente necesario, para auxiliar a la víctima o para la investigación de los hechos, aplicando principios de cadena de custodia, registros y tomando decisiones sobre la naturaleza y cantidad de recursos que deben utilizarse en el lugar de los hechos y la necesidad de informar a otras entidades de auxilio, paramédicos y fuerza pública, entre otras.¹¹

“El objetivo de la etapa del proceso de protección y preservación del lugar de los hechos y/o del hallazgo es la preservación del lugar y de los indicios para evitar toda alteración posible que pueda desvirtuar o dificultar la labor del especialista”. Se procura “que todo indicio conserve su situación, posición, estado original tal y como lo dejó el infractor al abandonar el lugar, permitiendo al especialista reconstruir los hechos e identificar al sujeto activo”.¹² Deberán “asegurar o custodiar el lugar empleando técnicas adecuadas de acordonamiento a fin de impedir que personas ajenas al personal ministerial, pericial y/o unidades de policía facultadas para el procesamiento de evidencias, accedan al lugar”.¹³

Cuando se determine “el área” ésta debe aislarse utilizando barrera física (cuerdas, cintas, barricadas, vehículos oficiales, et-

¹⁰ Acuerdo A/ 078 /12, DOF, 23 de abril de 2012.

¹¹ *Ibidem*, 6o.

¹² *Ibidem*, 7o.

¹³ *Ibidem*, 9o.

cétera). Si el hecho se ha cometido en lugar cerrado, todas las vías de acceso, puertas y ventanas, serán protegidas y vigiladas. Si el lugar es abierto, establecerá cinturones de seguridad del lugar, de los indicios y del personal a cargo, evitándose el desplazamiento en la escena que se protege para evitar alteraciones en el lugar. De ese modo el personal pericial facultado para el procesamiento de evidencias deberá trazar la ruta de acceso, a fin de procurar que la alteración sea mínima al momento de realizar las diligencias en dicho lugar. Con esa finalidad se llevará un registro de las personas que intervengan en el lugar de los hechos, así como en la cadena de custodia y de las autorizadas para reconocer y manejar los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito.¹⁴

La policía preventiva deberá concretarse en dar aviso al Ministerio Público de la existencia del hecho y establecer la protección del lugar. Por eso no se permitirá el acceso a personal alguno. La protección se deberá realizar fuera de la zona a proteger. El agente del Ministerio Público coordina la diligencia con ayuda del personal pericial. Se sitúa en el punto focal para poder visualizar el lugar y dar fe del mismo. La policía de investigación de los delitos se avocará a recabar información de testigos y vecinos, si existieran, separando a los primeros para evitar contaminación en la información que puedan proporcionar y asegurar a sospechosos. Deberán tomar los datos suficientes a los testigos y vecinos para su localización en caso de ser necesario su testimonio, así como datos que puedan auxiliar en la identificación y ubicación de evidencias.¹⁵

Finalmente, “los peritos y la policía facultada para el manejo de evidencias serán los encargados de procesarlas embalando y etiquetando los indicios materiales, siempre documentando los mismos en los formatos de cadena de custodia, en el ámbito de su competencia”. Con esa finalidad observará la escena “con

¹⁴ *Ibidem*, 9o.

¹⁵ *Ibidem*, décimo.

base en los fundamentos criminalísticos y criterios establecidos en técnicas criminalísticas reconocidas y/o en manuales correspondientes”, observará:

En forma metódica, completa, minuciosa y sistemática el lugar sujeto a investigación con la finalidad de buscar e identificar la existencia de indicios o evidencias de la probable comisión del hecho delictuoso; determinará el método de búsqueda a aplicar de acuerdo a las características del lugar y del hecho. (Punto a punto, por sector o cuadrantes, espiral, franjas o líneas, cuadrícula o rejilla, entre otros); procederá a dar aplicación al método de búsqueda elegido, señalizando la ubicación de los indicios, dándoles numeración consecutiva.¹⁶

La observación y ubicación de indicios o evidencias materiales debe hacerse en las mejores condiciones, preferentemente con luz natural o con una buena iluminación, así como con instrumentos ópticos adecuados.

Una vez finalizado este procedimiento, se inicia el de fijación del lugar de los hechos. Es el “paso metodológico y fundamental en la cadena de custodia mediante el cual se ilustra en forma precisa la ubicación, dirección, trayectoria, forma, color, apariencia, etcétera, de un indicio o evidencia material localizado en el lugar de los hechos y/o del hallazgo”.¹⁷ De inmediato se “procederá a su fijación por las diversas técnicas criminalísticas, concluyendo este paso con el inicio del embalado”.¹⁸

La fijación del lugar se deberá realizar considerando “que las condiciones originales del lugar de investigación son únicas e irrepetibles” y, por ende, debe documentarse por escrito, fotografía, mediante planos, moldeado o video. Por escrito se realiza “una descripción

¹⁶ *Ibidem*, décimo cuarto.

¹⁷ *Ibidem*, décimo quinto.

¹⁸ *Ibidem*, décimo sexto.

continua en términos generales de las condiciones en que se encuentra el lugar de la investigación en el momento del arribo. Se emplea un enfoque sintético de narración, que incluye orientación cardinal y medidas. Se apoya siempre en la fotográfica y la planimetría”.¹⁹

Mediante fotografía se realiza una:

Documentación gráfica de las condiciones en que se encuentra el lugar de la investigación en el momento del arribo. Deberá de establecerse una progresión fotográfica clara que vaya de vistas generales, medianas, primeros planos, acercamientos y grandes acercamientos, según lo requiera el caso. Cada indicio habrá de fotografiarse empleando un testigo métrico e indicador alfa numéricos, señalando su ubicación cardinal.²⁰

El dibujo planimétrico (también conocido como croquis, esquema o planimetría) es un recurso gráfico que establece un registro permanente de los objetos, condiciones y relaciones de tamaño y distancia, localizados en el lugar de investigación. Se realiza generalmente a escala, atendiendo la orientación cardinal.²¹

Se realiza moldeado “cuando en el lugar de investigación se localizan impresiones negativas en superficies blandas, como huellas de calzado o neumáticos. Para ese objetivo se emplean resinas o yesos especiales”. El video documenta visual y sonoramente la investigación. Se utiliza igualmente cintas magnetofónicas para fijar las voces e identificar la voz de la víctima o victimarios y análisis de fijaciones no vocales (sonidos, ruidos de fondo, entre otros), que podrán ser cotejadas con grabaciones de voz con los bancos de datos existentes.²²

Es posible ocupar maqueta con fines ilustrativos por un especialista, con el fin de gozar de una referencia general del lugar

¹⁹ *Ibidem*, décimo séptimo.

²⁰ *Idem*.

²¹ *Idem*.

²² *Idem*.

de investigación y animación 3D, nuevo recurso tecnológico que emplea software de animación para reconstruir virtualmente un lugar de hechos y/o del hallazgo, controlando variables como volumen, iluminación, punto de vista, etcétera. Útil para realizar reconstrucciones de hechos y establecer la posibilidad o imposibilidad de las declaraciones de los testigos.²³ Las fotografías, videos, imágenes, negativos o soportes de las tomas obtenidas, se constituirán como indicios y se les aplicarán los procedimientos de recolección, embalaje, rotulado y registro de cadena de custodia.

Aunque el tratamiento que hace la criminalística del lugar es el mismo, no lo es tanto en relación con el tratamiento procesal, porque puede tratarse de lugar abierto o cerrado, lugar como custodia de la privacidad, casa de habitación, domicilio, o habitación de hotel arrendada, etcétera, lo que exige un distinto procedimiento y la protección igual de derechos distintos.

B. El domicilio o casa de habitación como escena del crimen

Partiendo de nuestro concepto de escena del crimen, es claro que en la intimidad del hogar —domicilio o casa de habitación— se resguarda el autor o el bien objeto o instrumento del delito. Muchas veces es el sitio propicio de “almacenaje” —custodia, secuestro, destace, enterramiento— de la víctima.

El ingreso al domicilio es para los cuerpos de policía toda una faena porque describe a sus poseedores y/o propietarios, los individualiza y es fuente de una gran cantidad de información sobre su personalidad y actividad. La Constitución Política ha permitido ese ingreso y, por ende, obtener toda esa información cuando, sin previa orden de cateo facilita que:

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles

²³ *Idem.*

indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos (*cfi.* art. 16).

Domicilio e imputado son probatoriamente, casi una misma cosa. De hecho, es conveniente confundir ambos escenarios probatorios cuando se quiera analizar la legitimidad o no de una acción en ambos. De hecho, el domicilio es a veces más íntimo que el propio cuerpo del imputado y, por ende, más vulnerable. Cuando, por ejemplo, la policía dentro de la casa de habitación entrevista familiares del imputado; les piden traslado a un sitio de hallazgo de evidencias o indicios; cuando les exigen información que pueden resguardar con su silencio y derecho de abstención. Se trata de un “precedente disconforme” en que es muy difícil de detectar la violación de los derechos y, por ende, la ilicitud de la diligencia.

En materia penal nuestra Constitución Política exige para el ingreso al domicilio o casa de habitación una orden de cateo. Conforme al artículo 16, párrafo 11:

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.

Se trata en principio de una medida precautoria, esto es, que asegura las diligencias de aprehensión, inspección corporal del imputado, revisión, inspección ocular del lugar, descripción, toma de fotografías, hallazgo y aseguramiento de evidencias. El artículo constitucional en estudio procura introducir casi todas las diligencias al admitir la inspección del lugar, la detención del imputado, los objetos a asegurar. La realidad es más rica. Es po-

sible que el imputado exija y/o requiera una inspección para detectar consigo armas, evidencias, indicios, el bien objeto del delito y/o el bien instrumento del delito. Lo mismo ocurre con la inspección y, por ende, con los objetos.

En el domicilio objeto del cateo se suman vehículos, cajas de caudales, valijas, escritorios, muebles, cajones con o sin llave que no pertenecen al imputado y por ende cuestiona su legítima revisión. ¿Qué ocurre si la orden no abarca cada uno de esos lugares?, ¿qué se hace si, siendo del imputado no han sido considerados en la orden?, ¿qué se hace si, no siendo del imputado, tampoco han sido considerados en la orden? En cierto sentido, no hay una respuesta o una sola respuesta porque los casos son muchos y variados. Se presupone siempre la buena fe y se analiza *ad casum* ante el juez en audiencia. Algunas legislaciones han exigido la presencia del juez de control en el lugar de la inspección de modo que quien ordena el cateo controle la protección de los derechos fundamentales e igualmente defina variaciones.

No se ignore, por ejemplo, la promiscuidad. Es común que una casa sea habitada por distintas familias, algunas relacionadas, otras no, con lugares privados y/o sitios comunes. Es igualmente habitual que se arriende a un inquilino una habitación con todos los servicios, aunque con una misma entrada. Es frecuente que, con el domicilio, el inquilino o las personas ocupen en el mismo sitio —cochera o garage— o lejos —estacionamiento— un vehículo como medio de transporte que igualmente resguarda bienes.

El artículo 324 del Código Federal de Procedimientos Penales llama a ese lugar “domicilio o una propiedad privada sin acceso público”. Sigue la común técnica legislativa de repetir en la norma lo que ya se consigna en la Constitución Política, e igual que ella es omisa, pues no exige el motivo de la diligencia. Por tratarse de un domicilio su ingreso exige una orden de cateo, acto de molestia propia de la autoridad jurisdiccional, por ende, conforme al mismo numeral, el Ministerio Público debe estimar (consecuentemente justificar y convencer) la necesidad del cateo y expresar

“el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que han de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia”.

Es importante superar las críticas que he expuesto en el párrafo anterior. El artículo 324 en estudio dispone, literalmente, que “cuando en la investigación el Ministerio Público estime necesaria la práctica de un cateo, en razón de que el lugar a inspeccionar es un domicilio o una propiedad privada sin acceso público, solicitará al juez de control por cualquier medio, incluido el informático, su autorización para practicar la diligencia correspondiente”. La preocupación del legislador es más hacia otorgar que negar y, por ende, sin cuestionamiento alguno y en la misma norma facilita el modo informático.

¿Por qué se estima necesaria la inspección dentro del domicilio?, ¿por qué el juez debe facilitar la realización de esa diligencia?, ¿qué requisitos exige un cateo? Son desde la Constitución Política y desde la norma secundaria preguntas que se suponen pero que carecen de respuesta. Por eso, desde mi personal interpretación, ninguna de las diligencias del artículo 16 constitucional agrupadas en el concepto genérico de “actos de molestia” pueden realizarse sin interpretar sistemáticamente cada acto de molestia con las exigencias —aún mínimas— del párrafo tercero de la Constitución federal, esto es “que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito... 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”.

Esta realidad debe estudiarse coherente con la legislación internacional en derechos humanos que, desde mi criterio, protege el derecho al domicilio con perspectivas más amplias que incluyen la dignidad, la privacidad, la familia y la intimidad. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 17 que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su corres-

pondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.²⁴ La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.²⁵

Nótese, para abundar en razones para la crítica, que ni el artículo 325 relacionado con el contenido ni el 325 en razón de la negación de la diligencia suplen las omisiones expresadas. Se nota que es posible admitir un mejor tratamiento de la medida precautoria en la fracción III del artículo 325 cuando exige “el motivo del cateo, debiéndose indicar o expresar los indicios de los que se desprenda la posibilidad de encontrar en el lugar la persona o personas que hayan de aprehenderse o los objetos que se buscan”. Sin embargo, conforme al artículo 326 “en caso de que el juez niegue la orden, el Ministerio Público podrá subsanar las deficiencias y solicitar nuevamente la orden o podrá apelar la decisión”, sin que se aclare cuáles son las deficiencias que deben subsanarse.²⁶

No se olvide que, conforme al artículo 327 del Código Federal: “Aun antes de que el juez dicte la orden de cateo, el Ministerio Público podrá disponer las medidas de vigilancia que estime convenientes para evitar la fuga del imputado o la sustracción, alteración, ocultamiento o destrucción de documentos o cosas que

²⁴ Artículo 17, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 19 de diciembre de 1966.

²⁵ Artículo 11, 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

²⁶ “La tutela de los derechos fundamentales debe ser el objetivo prioritario del Estado de Derecho que la Constitución consagra, pues los derechos fundamentales son la base de nuestra organización jurídico-política. En esa virtud, su vulneración, entre otras consecuencias, debe conducir a la imposibilidad de otorgar eficacia jurídica a las pruebas obtenidas con infracción de tales derechos. De acuerdo con lo anterior, al ser la inviolabilidad del domicilio un derecho fundamental, las pruebas obtenidas con vulneración al mismo, carecerán de eficacia probatoria”. *cfr.* Sánchez Cordero, Olga, *Conferencia*, Secretaría de Seguridad Pública Federal, 19 de marzo de 2007, Ciudad de México.

constituyen el objeto de la diligencia”, lo que presupone un mejor entendimiento de las razones procesales del cateo y, por ende, su lógica justificación procesal. Pero, esas, que son las verdaderas razones de un cateo que llaman a su legitimación, son actividades que puede realizar la policía a solicitud del Ministerio Público para su eficacia y que, por ende, llama la atención en sus procedimientos porque, entre otras muchas preguntas, ¿cómo se puede impedir “la sustracción, alteración, ocultamiento o destrucción de documentos o cosas que constituyen el objeto de la diligencia”, si no se está dentro del domicilio donde se encuentran?

Con todas las omisiones dichas, el artículo 325 del Código Federal de Procedimientos Penales exige, como contenido de la orden de cateo:

El nombre y cargo del juez que lo autoriza y la identificación del procedimiento en el cual se ordena; la determinación concreta del lugar o los lugares que habrán de ser cateados y lo que se espera encontrar en éstos; el motivo del cateo, debiéndose indicar o expresar los indicios de los que se desprenda la posibilidad de encontrar en el lugar la persona o personas que hayan de aprehenderse o los objetos que se buscan; el día y hora en que deba practicarse la diligencia o la determinación que de no ejecutarse dentro de los tres días siguientes a su autorización, quedará sin efecto, cuando no se precise fecha exacta de realización, y el nombre de las personas autorizadas para practicar e intervenir en diligencia de cateo.

C. El vehículo como escena o lugar del hecho delictivo

Si el tratamiento del domicilio ha sido poco claro, más lo es la del vehículo como escena o lugar del hecho delictivo, esto es, como continuidad o extensión del domicilio.

La ministra Olga Sánchez Cordero ha considerado que:

La protección a la inviolabilidad del domicilio... a que nos referimos, atiende también y de manera esencial, al elemento subjetivo

del domicilio, esto es, al propósito o destino que el sujeto concede a determinado espacio, en el que desarrolla actos y formas de vida calificadas como íntimas o privadas. Así, la señalada protección del domicilio, no sólo está encaminada a la del bien inmueble, a la del espacio físico, sino también y de manera esencial, al ámbito del asiento de intimidad de la persona.²⁷

Ese criterio nos enfrenta en México a un sinnúmero de domicilios, cuando hay personas que viven luego de abrir una alcantarilla, entre las estructuras de una calle o un puente; en las mismas bodegas de los parques en que se guardan las mangueras de agua; en los quioscos de venta de las esquinas; entre cartones de los centros de venta al salir de un metro. Es interesante ver, debajo de una mesa en que se preparan tortas, a las faldas del mantel, uno o dos niños durmiendo, una madre amamantándolos y una vida de familia que inicia, en esa “pulpería” a partir de las 6:00 y termina a las 16:00 horas.

Pero, especialmente, el íntimo lugar por la privacidad del vehículo donde puedes pasar el mayor tiempo del día —un taxista—, en el que se custodian documentos y bienes y en el que se realizan relaciones de intimidad entre muchas personas. Tan íntimo, que se puede transportar un cadáver y/o droga en el maletero o se puede “pasear” dentro de él, a una persona secuestrada. Es común su uso como instrumento para cometer delitos, huir de él del lugar de los hechos, o su uso como transporte por quien lo ha sustraído en alguna calle o estacionamiento de un centro comercial. De ahí el problema de impedir su acceso y, sin embargo, entra en el concepto genérico —subjetivo— de domicilio.

La legislación federal otorga autoridad a la policía. Así, conforme al artículo 301 del Código Federal de Procedimientos Penales: “La policía podrá realizar la inspección de un vehículo cuando

²⁷ *cf.* Sánchez Cordero, Olga, *Conferencia*, Secretaría de Seguridad Pública Federal, 19 de marzo de 2007, Ciudad de México.

existan indicios de que se ocultan en él personas, instrumentos, objetos o productos relacionados con el delito que se investiga”. La disposición, coherente con el concepto de domicilio y coherente con el concepto de privacidad exige cuestionar si corresponde o no a la policía ordenar y realizar. Por las mismas razones surge, entre muchas otras, las siguientes preguntas: ¿qué pasa si se registra un vehículo, sin que existan los indicios requeridos y, sin embargo, se encuentran éstos?, ¿en qué momento la policía debe tener la “sospecha” del delito?, ¿qué pasa si se sospecha que es robado, sin serlo, pero se encuentra droga dentro del mismo, sin ser ese el objetivo?

El Código Federal comete el error de legislar para el caso, a través de reglas, cuando es claro que la legislación debe centrarse en criterios de actuación para ser analizados al caso concreto. Se dispone así en el mismo numeral en estudio que “la inspección que lleve a cabo la policía consistirá en una exploración sobre el vehículo y las pertenencias que se encuentren en el mismo. Deberá dejarse registro de lo actuado, sin perjuicio de la videograbación de la diligencia”.

No se olvida que “para proceder a la inspección se requerirá la autorización o el consentimiento expreso de la persona propietaria o poseedora del vehículo” y, por ende, “en caso de que la persona propietaria o poseedora se niegue a autorizar la inspección, la policía podrá sellar y trasladar el vehículo al Ministerio Público para que éste, con base en los indicios presentados, valore la procedencia de solicitar al juez de control la autorización para la inspección respectiva”.

Finalmente, “cuando se tengan indicios de que está en peligro la vida o integridad física de una persona, la policía no requerirá la autorización para la inspección y, salvo que las circunstancias lo impidan, la diligencia podrá ser videograbada”.

Todos estos criterios enfrentan la inspección de vehículo a otras disposiciones normativas y derechos fundamentales. Cuando por ejemplo se dice que “la inspección consistirá en una exploración sobre el vehículo y las pertenencias que se encuentren

en el mismo”, nos colocamos ante la posibilidad de documentos privados, información en computadoras, teléfonos celulares y otros medios de comunicación, así como una guantera que puede estar cerrada con llave.

Cuando igualmente se dice que “en caso de que la persona propietaria o poseedora se niegue a autorizar la inspección, la policía podrá sellar y trasladar el vehículo al Ministerio Público para que éste, con base en los indicios presentados, valore la procedencia de solicitar al juez de control la autorización para la inspección respectiva”, nos encontramos ante una posible privación de libertad de tránsito cuando es claro que el “indicio” imposibilita la actuación policial o la misma flagrancia. Preguntemonos: ¿qué hace sellar y trasladar el vehículo si no hay flagrancia?, ¿cuál es entonces el indicio que legitima la diligencia?

D. Otros locales y otros sitios de privacidad

El mismo concepto subjetivo de domicilio al que se refirió la ministra Sánchez Cordero debe utilizarse para entender el concepto de local o sitio privado distinto o igual al domicilio. La vida de muchos se pasa en la oficina o sitio de trabajo más que en su casa de habitación.

Siguiendo el artículo 328 del Código Federal de Procedimientos Penales:

Para la práctica de una orden de cateo en la residencia u oficina de cualquiera de los poderes ejecutivo, legislativo o judicial de los tres órdenes de gobierno o en su caso organismos constitucionales autónomos, la policía recabará la autorización correspondiente en los términos previstos en este Código.

La diligencia, entonces, se ha otorgado a una autoridad policial sin exigir “control” ministerial. El problema en la redacción de la codificación es que el cateo de una “residencia u oficina” relaciona, más que al lugar, a una o más personas y, cuando se

protegen derechos humanos, estos son propios de personas mas no de instituciones. A su vez, en una oficina hay documentos públicos como los hay privados y hay posibilidad de “ingresar” tanto a unos como a otros. Piénsese, por ejemplo, que un funcionario público tenga abierta, en la computadora de la oficina, tanto las carpetas propias de su trabajo que pueden ser revisadas en razón de “funcionario público” y, a la vez, las de “facebook” y su propio correo electrónico, sin que se tenga igual derecho para ingresar a una u otra información.

¿Significa esto que cualquier funcionario público puede ser objeto de cateo y/o registro?

Hemos de recordar que en todas las legislaciones los funcionarios públicos no sólo deben comunicar sino a la vez tienen la obligación de denunciar. Coherente con ello, el artículo 174 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone que: “Toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un hecho que la ley señale como delito, está obligada a denunciarlo ante el ministerio público y en caso de urgencia ante cualquier funcionario o agente de policía”.

Esto es así por una obligación ética de:

Quien en ejercicio de funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un hecho que la ley señale como delito, está obligado a denunciarlo inmediatamente al ministerio público, o a comunicar la denuncia recibida por caso de urgencia, proporcionándole todos los datos que tuviere, poniendo a su disposición a los imputados, si hubieren sido detenidos en flagrancia. Quien tenga el deber jurídico de denunciar y no lo haga, será acreedor a las sanciones correspondientes (*cf.* art. 174).

En todo caso, el artículo 333 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone que:

Para el cateo de oficinas públicas, locales públicos, establecimientos militares, templos o sitios religiosos de culto público, establecimien-

tos de reunión o recreo mientras estén abiertos al público y no estén destinados para habitación, podrá prescindirse de la orden de cateo con el consentimiento expreso y libre de las personas a cuyo cargo estuvieren los locales.

Igualmente, no se trata de una disposición inteligente. No es lo mismo una oficina pública que un templo o sitio religioso. No lo es en relación con un establecimiento de reunión o recreo. Estos errores surgen porque la codificación federal confunde lugar con personas y, por ende, admite el registro del lugar sin comprender los derechos de las personas dentro de esos locales públicos, y que esto no hace públicas a esas personas y las mismas instancias del lugar.

Por eso, el mismo numeral reconoce que si actuar sin orden perjudica la investigación y/o “si ello fuere perjudicial para el resultado procurado con el acto, se requerirá el consentimiento al superior jerárquico en el servicio. De no ser otorgado el consentimiento o no ser posible recabarlo, se requerirá la orden de cateo”, disposición que igualmente ignora la naturaleza “precautoria” del cateo. Especialmente, que el reconocimiento sin orden exige revisar otros derechos paralelos, entre ellos, que el imputado sólo puede renunciar al derecho a la intimidad y/o al derecho de no ser revisado en su propiedad o posesiones cuando, previa advertencia de su “derecho de abstención” (*cf.* art. 20, B, II) se encuentre su abogado defensor.

2. La víctima como escena del crimen

La víctima es sujeto y objeto de prueba, tanto al modo pasivo como activo, por tanto, es igualmente lugar y, en consecuencia, escena.

En nuestro sistema de justicia no se ha exigido que la víctima deba comprobar la veracidad de su declaración a través de medios de prueba, aunque lógicamente se exige, bajo pena de incu-

rir en delito, que actúe y declare bajo fe de juramento o protesta de decir verdad. Muchos delitos delatan la veracidad o falsedad del hecho denunciado porque la víctima es, como objeto de prueba, escena del crimen. Éste y el principio de contradicción son, en estos casos, el modo apropiado de comprobar la veracidad o no de su dicho.

La víctima es sujeto pasivo de prueba cuando el imputado ha actuado en su cuerpo, casa de habitación, vehículo, lugar de trabajo, etcétera. Está obligada a facilitar que los órganos de prueba accedan a esos lugares para obtener las evidencias necesarias que sirvan para identificar al autor o el objeto del hecho punible. Esta realidad sólo admite excepción cuando la acción ilícita es delito de acción pública perseguible únicamente a instancia privada y mientras la víctima no haya querrellado.

Como sujeto pasivo es objeto de prueba procediendo, en estos casos, expertos peritos o policiales que, al obtener —hallazgo— la evidencia han de acopiarla, trasladarla y procesarla para convertirla en medio de prueba que, una vez incorporado al proceso como medio de prueba, debe ser desahogado en juicio.

La presencia de vellos, cabellos, hilos, sangre, semen, etcétera, en el cuerpo de la víctima no son medios de prueba, sino indicios y/o evidencias. Se requiere la acción pericial necesaria —propia de la policía técnica o científica— que identifique al “propietario” de esas evidencias. Son acciones de naturaleza procesal propias de la policía. Por eso, de conformidad con el artículo 264 del Código Modelo: “En caso de que fuere menester examinar a la víctima u otra persona, el fiscal le solicitará que preste su consentimiento. De negarse, solicitará la correspondiente autorización al juez competente, exponiéndole las razones en que se hubiere fundado la negativa”.

El Código Federal de Procedimientos Penales prevé “actuaciones que requieren autorización previa del juez de control” en el artículo 321, incluyendo “la toma de muestras de fluido corporal, vello o pelo, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida, excepto la víctima u ofendido, se niegue a

proporcionar la misma”. A esa diligencia se refiere, igualmente, el artículo 346 cuando dispone, en relación con la “toma de muestras cuando la persona requerida se niegue a proporcionarlas”, que en ese supuesto “excepto la víctima u ofendido” es posible obtener “muestra de fluido corporal, vello o pelo, extracciones de sangre u otros análogos o imagen”.

Desde la redacción del artículo 347 del Código Federal de Procedimientos Penales se entiende que:

Quando deba hacerse reconocimiento o examen físico a una persona excepto a la víctima u ofendido y ésta se niegue, la policía podrá solicitar al Ministerio Público que se comunique por cualquier medio con el juez de control para solicitar la inmediata autorización de la práctica de dicha diligencia, justificando la necesidad de la medida y expresando la persona o personas en quienes haya de practicarse, el tipo de reconocimiento u examen físico a obtener, a lo que únicamente se limitará la diligencia...

Al acto podrá asistir una persona de confianza de quien será examinada. Tratándose de menores de edad o de inimputables estará presente quien ejerza la patria potestad, la tutela o curatela del sujeto.

Aunque se admite la obligación de la víctima de facilitar las diligencias en el artículo 396 del Código Federal cuando se dispone que:

Quando deban realizarse diferentes peritajes a personas agredidas sexualmente o cuando la naturaleza del hecho delictuoso lo amerite, deberá integrarse, en un plazo no mayor a tres horas, un equipo interdisciplinario con profesionales capacitados en atención a víctimas, con el fin de concentrar en una misma sesión las entrevistas que requiera la víctima.

Es lo cierto que se procura la diligencia para impedir que como tal, deba enfrentar distintas entrevistas y diferentes diligencias.

Siendo obligación contar con la víctima para el esclarecimiento del hecho, igualmente se procura una sola diligencia de “desahogo” de prueba. Por ende:

Antes de la entrevista, el equipo de profesionales deberá elaborar un protocolo y designará, cuando lo estime conveniente, a uno de sus miembros para que se encargue de plantear las preguntas. Salvo que exista un impedimento insuperable, en la misma sesión deberá realizarse el examen físico de la víctima, respetando la dignidad de la persona. En el examen físico estará presente sólo ese personal esencial para realizarlo y lo realizará una persona del sexo que la víctima elija. (*cf.* art. 396)

¿Es esto un anticipo de prueba?

3. *El imputado como escena del crimen*

Al igual que la víctima, el imputado es sujeto activo y pasivo de prueba y, por ende, puede ser igualmente objeto de prueba, aunque los principios que rigen son totalmente distintos a la víctima, porque su intimidad, privacidad, reserva, propiedad, exige respeto y su violación causa prueba ilícita.

Si el imputado, desde la hipótesis de la policía y/o del Ministerio Público —como teoría del caso— es la persona que cometió el delito, es claro que es el mejor medio de prueba para comprobarlo. Se trata de una tendencia lógica lograr su “confesión”. Por eso, el imputado —y con él y por él, sus familiares más cercanos— tiene derecho al silencio y a la abstención. Un derecho que no implica, únicamente el de declarar o confesar los cargos. Como se dijo, procura la tutela de su intimidad, propiedad, posesiones y privacidad. Consecuentemente su lugar de habitación o de trabajo, el interior de su vehículo, sus comunicaciones, la correspondencia, sus relaciones interpersonales y su propio cuerpo exigen un trato distinto al que se procura, por ejemplo, a la víctima.

En efecto, mientras la víctima está casi obligada a “abrirse” —tal como se analizó al transcribir las normas procesales— para proporcionar el medio de prueba en que sustenta su denuncia o querrela, el imputado tiene el derecho de “cerrar” el posible acceso al medio de prueba. Para comprender esta realidad se determina que el imputado es sujeto pasivo, activo y neutro de prueba, y en circunstancias se tutelan —de modo distinto— sus derechos.

El imputado es sujeto pasivo de prueba cuando la acción de un tercero puede obtener, sin su participación, la evidencia o el medio probatorio. En estos casos se llama al imputado objeto de prueba. Son ejemplo de ello la inspección corporal, la requisita, el cacheo, el registro de morada, casa de oficina, lugar de trabajo o el vehículo, la intervención de comunicaciones telefónicas o entre presentes y el reconocimiento en fila de personas.

Es sujeto activo de prueba cuando, ni siquiera la acción de un tercero, puede obtener la prueba o la evidencia sin su necesaria participación. En estos casos se llama al imputado sujeto de prueba. Son ejemplos de estos medios de prueba la confesión, el hallazgo —por su medio— de la evidencia u objeto del delito, la reconstrucción de los hechos, el otorgamiento de cuerpo de escritura para comparación, el ofrecimiento de semen, soplar en procedimiento de alcoholímetro, etcétera.

Como sujeto pasivo, los órganos de prueba pueden actuar sobre él y, dependiendo de la naturaleza de los indicios y/o evidencias se requiere o no orden del juez de control, control del Ministerio Público, acción policial. Sin embargo, como el imputado ha sido identificado y se actúa sobre él en razón de la existencia supuesta de un hecho ilícito, no es posible actuar sin que sea representado o asistido por el defensor letrado, con las consecuencias procesales si se viola ese derecho.

Esta realidad sólo admite excepción cuando el acto probatorio está encaminado a descubrir su participación o la existencia misma del hecho ilícito. Son el objetivo de la intervención de comunicaciones telefónicas o entre presentes y el allanamiento o cateo. Sin embargo, si el imputado se encuentra presente, una vez que

la medida cautelar se ha convertido en registro o inspección, ha de otorgársele el derecho de ser asistido por su defensor.

Como sujeto activo de prueba, ningún órgano de prueba, menos aún el juez como órgano de control, puede obtener de él el indicio y/o la evidencia o prueba sin su consentimiento, previa advertencia de su derecho de abstención que ha de hacerse siempre en presencia de su abogado defensor de confianza.²⁸ El derecho de defensa implica explicar al imputado las consecuencias del acto procesal y evita cualquier tipo de manipulación —o falsedad— de la información que se requiere o con que se cuenta.

Como sujeto neutro se dice que el imputado es productor de indicios y evidencias como consecuencia de la actuación normal y/o de la actuación delictiva y, por ende, esas muestras pueden utilizarse para, directa o indirectamente, obtener información valiosa para el hecho. Se trata, por ejemplo, de la información que el imputado produce en las redes sociales; sus conversaciones implicatorias con terceras personas —que pueden producir confesiones interposita persona—, lo que dice o deja decir por teléfono cuando, por ejemplo, existe una orden legítima de intervención de comunicaciones o telefónicas y/o lo que de él dicen otros.

Como sujeto activo, pasivo o neutro, la acción procesal probatoria requiere de la ciencia, arte o técnica policial en la localiza-

²⁸ En México se ha confundido —también en la legislación— el instituto de defensor de su confianza por el de persona de confianza. Los estudios han demostrado que, en muchas ocasiones, la persona de confianza ha sido un auxiliar del mismo despacho, una persona ajena, especialmente, cuando la policía o el fiscal del Ministerio Público ha “negociado” con el imputado. No ha de extrañar que luego, esas personas que declararon y al declarar confiesan, aparecen tomándose la foto con el arma homicida en su mano. En mi experiencia como juez sólo esa realidad exige al jugador absolver al imputado —aunque sea culpable—, porque lo está acusando un “delincuente” que no supo proteger del imputado, sus derechos, uno de ellos, el derecho a su propia imagen. Pero más propiamente, porque esas autoridades ya han dictado “sentencia” causando, como criterio de oportunidad, una pena natural, es decir, ya han destrozado la imagen del que está revestido del principio de inocencia y de sus familiares. Pero, igualmente, están demostrando que toda la investigación exige en el juez la duda de un debido proceso, de un proceso justo, de una prueba cierta.

ción de la evidencia. Mucha de esa evidencia exige su procesamiento para que la “convierta” en prueba. Es el caso de las huellas dactilares, la localización de vellos, cabellos, hilos, semen, sangre. Como evidencias no sirven de medio probatorio hasta tanto no se sometan al necesario procesamiento que “señale” al “propietario” de esas huellas, vellos, cabellos, hilos, semen y sangre.

Bajo estos criterios el artículo 264 del Código Modelo permite que “en los casos de sospecha grave y fundada o de absoluta necesidad, el Ministerio Público encargado de la investigación o el juez de control” puedan “ordenar la inspección corporal de una persona”. En el mismo sentido el artículo 300 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone, también para la inspección corporal, que:

La policía durante la investigación podrá solicitar a cualquier persona la aportación voluntaria de muestras de fluido corporal, vello o cabello, exámenes corporales de carácter biológico, huellas digitales, extracciones de sangre u otros análogos, así como que se le permita fotografiar alguna parte del cuerpo, siempre que no implique riesgos para la salud y la dignidad.

Se aclara que “la policía deberá informar previamente a la persona el motivo de la aportación y del derecho que tiene a negarse a proporcionar dichas muestras”. En todos los casos “las muestras o imágenes deberán ser obtenidas por personal especializado y del sexo que elija la persona a la que se le practica la revisión, con estricto apego al respeto a la dignidad. Las muestras o imágenes obtenidas serán analizadas y dictaminadas por los peritos en la materia. El material obtenido será confidencial” (*cf.* art. 300).

Conforme al mismo artículo 346 ya citado:

En el supuesto de que la persona requerida... se niegue a proporcionar la muestra de fluido corporal, vello o pelo, extracciones de sangre u otros análogos o imagen, y existan datos fehacientes de que

la persona se encontraba en el momento y lugar en el que se llevó a cabo el hecho que la ley señala como delito, la policía podrá solicitar al Ministerio Público que se comunique por cualquier medio con el juez de control para solicitar la inmediata autorización de la práctica de dicha diligencia, justificando la necesidad de la medida y expresando la persona o personas en quienes haya de practicarse, el tipo y extensión de muestra o imagen a obtener, a lo que únicamente se limitará la diligencia.

De concederse la autorización requerida, el juez deberá facultar al Ministerio Público para que, en el caso de que la persona a inspeccionar ya no se encuentre ante él, ordene su localización y presentación a efecto de que tenga verificativo la diligencia correspondiente. El juez resolverá la petición... en un plazo que no exceda de seis horas y deberá apercibir a la persona si que se niegue a proporcionar las muestras requeridas se tendrán por ciertos los hechos que se pretenden comprobar con la práctica de la diligencia...

En el mismo sentido, coherentes con el artículo 347 del Código Federal:

Cuando deba hacerse reconocimiento o examen físico a una persona... y ésta se niegue, la policía podrá solicitar al Ministerio Público que se comunique por cualquier medio con el juez de control para solicitar la inmediata autorización de la práctica de dicha diligencia, justificando la necesidad de la medida y expresando la persona o personas en quienes haya de practicarse, el tipo de reconocimiento u examen físico a obtener, a lo que únicamente se limitará la diligencia... Al acto podrá asistir una persona de confianza de quien será examinada. Tratándose de menores de edad o de inimputables estará presente quien ejerza la patria potestad, la tutela o curatela del sujeto.

Para el Código Modelo estas intervenciones se producen cuando la investigación exige “constatar circunstancias relevantes para la investigación” permitiendo la realización de “exámenes

corporales del imputado tales como de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado y que tenga como fin la investigación del hecho punible” (*cfr.* art. 264 CM).

4. *El objeto (como bien o instrumento) como escena del crimen*

El objeto del delito y los instrumentos del delito como iguales objetos son escena del crimen. El lugar del hecho corrobora la existencia del objeto o su ausencia, y puede contener sus instrumentos que, como tales, pueden contener indicios que relacionan al objeto con personas, lugares y cosas.

Conforme al artículo 156, V del Código Federal de Procedimientos Penales, es obligación del Ministerio Público “determinar los hechos concretos, personas, domicilios y demás lugares u objetos que deben ser investigados”. En el mismo sentido deben asegurarse “los instrumentos, objetos o productos del delito, así como los bienes en que existan huellas o pudieran tener relación con este, siempre que guarden relación directa con el lugar de los hechos o del hallazgo” (*Cfr.* art. 186). Es la razón por la cual, como parte de su aseguramiento se exige, igualmente “que no se alteren, destruyan o desaparezcan...”.

Invariablemente la policía deberá informar al Ministerio Público sobre los aseguramientos que realice, a fin de que éste determine si resulta necesario llevar a cabo diligencias adicionales. Por esto, coherente con el artículo 187, II:

En el caso de que los productos, instrumentos u objetos del delito por su naturaleza constituyan indicios o dato de prueba, la policía de investigación deberá observar las reglas aplicables en materia de cadena de custodia, para la debida preservación del lugar de los hechos o del hallazgo y de los indicios, huellas, o vestigios del hecho delictuoso, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito.

El objeto puede ser sometido a inspección y reconocimiento con lo cual produce nuevos medios de prueba. En estos casos se procede, al unísono, como ocurre con las demás escenas del crimen, es decir, la del imputado, de lugar y de la víctima, analizándose, como ocurre por ejemplo con el reconocimiento del imputado en confrontación si la de objetos es igualmente un acto definitivo e irreproducible o si basta con la adecuación del objeto a la descripción para obtener una verdad sobre el objeto mismo.

5. *Hallazgo, identificación y fijación*

Considerando las cuatro escenas del crimen y/o lugar en que se encuentra o localiza los indicios, se entiende la importancia que adquiere el hallazgo de esos indicios, su identificación y fijación para su relación entre las distintas escenas.

En efecto, ¿qué pasa por ejemplo si en la víctima no se encuentra indicios que la relacionen con el hecho o el autor?, ¿qué si se demuestra que nunca existió el instrumento del hecho o el objeto del delito? Más precisamente: ¿qué pasa si no hay semen en la denuncia de una violación? Los indicios relacionan todas las escenas y, por ende, es fundamental el hallazgo de ellos porque a la vez corroboran los hechos denunciados o desmienten una declaración y/o un interrogatorio.

El Decreto ejecutivo utiliza los conceptos de “recolección, embalaje, rotulado y registro” como formas técnicas de demostrar en el presente y a futuro la realidad de los “indicios o evidencias” de modo que al “ser enviados a los correspondientes laboratorios o bodegas, en condiciones de preservación y seguridad” se pueda garantizar su “integridad, continuidad, autenticidad, identidad y registro, de acuerdo a su clase y naturaleza”.²⁹

Cuando se halla un indicio, éste por sí solo no puede ofrecerse como prueba hasta que se procese. Una huella no es prueba sino

²⁹ Acuerdo A/078/12, DOF, 23 de abril de 2012, vigésimo.

hasta que se identifique su propietario. Lo mismo ocurre con fluidos, sustancias, cabellos, vellos, etcétera. Por ende, el hallazgo es ya un éxito. Su identificación, un acercamiento al autor del hecho. Pero su destrucción o equivocada identificación, manipulación o traslado, lleva al fracaso del indicio y, con ello, de la investigación. Existe en estos casos técnicas criminalísticas reconocidas. Estas se pueden confrontar con los manuales y protocolos.³⁰ Por eso “previa observación, análisis, valoración, documentación y fijación del lugar de los hechos y/o hallazgo” se procede a la “recolección, embalaje y rotulado de los indicios que se hayan encontrado o aportado”.

Se utiliza guantes “para el levantamiento o cualquier manipulación del indicio o evidencia material” e instrumentos apropiados para evitar “contaminación y/o alteración” del indicio. Al recolectar, embalar y rotular los indicios se deberá observar condiciones de bioseguridad y protección (uso de guantes, tapabocas, gorros, gafas, caretas y equipos, entre otros, según la naturaleza del indicio en el lugar sujeto a investigación).³¹ Antes de iniciar el levantamiento se deberá realizar el inventario (o registro de cadena de custodia) de todos y cada uno de los indicios o evidencias, con su descripción y estado en que se encuentran.

Es indispensable manipular los indicios lo menos posible y siempre embalar la evidencia en forma individual (por separado), identificándolos por su tipo, características y ubicación; utilizar empaques limpios y de tamaño apropiado; siempre que sea posible, registrar fotográficamente los indicios antes de su embalaje, durante el embalaje y al finalizar su embalaje y rotulado; embalar las evidencias inventariadas en el empaque o contenedor adecuado; en el caso de prendas, registrar a quién pertenecen: víctima, vinculados y testigos, entre otros. Una vez embalados, el

³⁰ *Cf.* Protocolo Nacional para la Toma de Muestras, Levantamiento de Indicios, Embalaje y Envío para Análisis Genéticos, Comité Nacional de Genética.

³¹ Acuerdo A/078/12, DOF, 23 de abril de 2012, vigésimo segundo.

empaquete o envase deberá cerrarse y sellarse y sobre el sello deberá ponerse la firma y nombre del servidor público que levantó y embolsó la muestra.³²

6. *Embalaje y cadena de custodia*

Al juzgador no le basta conocer en juicio que había, por ejemplo, alcohol en sangre en la muestra incorporada y sujeta a valoración. Debe tener la certeza que ese informe, al que igualmente se refiere el perito que declara, se refiere precisa y claramente al imputado sin ninguna duda.

Si las partes —particularmente la defensa letrada— logra sembrar duda que, a pesar del alcohol en sangre no es posible determinar que se trate de la sangre de su cliente, esa duda es suficiente motivo para descartar la prueba y, por ende, demostrar un elemento objetivo de culpabilidad en delito, por ejemplo, imprudencial. Igualmente ocurre con la huella dactilar, o de cualquier otro tipo, la sangre, semen, etcétera, que se ofrezca como evidencia que levantada en la escena relaciona víctima con imputado.

El procedimiento debe demostrar en el proceso una serie de eslabones que, en tiempo, modo, lugar y personas, demuestren que la evidencia “procesada” que ofrece un medio de prueba que, a la vez, relaciona al imputado con el lugar, la víctima y el hecho, es la misma que se valora en el juicio. Con igual lógica la cadena de custodia demuestra que no ha existido manipulación de los iguales principios de transferencia, relación y causalidad.

El artículo 180 del Código Federal de Procedimientos Penales define la cadena de custodia como un “sistema de control y registro que se aplica al indicio u objeto, instrumento o producto del hecho delictuoso, desde su localización, descubrimiento o aportación, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión”. Conforme al acuerdo ejecutivo “inicia cuando el Ministerio Pú-

³² Acuerdo A/078/12, DOF, 23 de abril de 2012, vigésimo tercero.

blico, además de realizar su fe ministerial del lugar de hechos y/o del hallazgo sujeto a investigación, hace constar dentro de sus actuaciones, el registro de la cadena de custodia”,³³ fe ministerial que se supera en el proceso acusatorio, porque el Ministerio Público debe demostrar y ofrecer certeza ante el juez, en las audiencias, soportando, con la inmediatez, la contradicción de las demás partes procesales.

La cadena de custodia de la evidencia antes de su procesamiento, y de la prueba después de su procesamiento inicia con el primer eslabón en el hallazgo de la evidencia misma. Más propiamente, con la “fijación” de la evidencia en la escena, lo que se realiza, en el lugar, a través de la planimetría y, en las personas, a través de la inspección corporal. No es concepto propio y por ende exclusivo del proceso acusatorio. Desde la legislación anterior la cadena de custodia es el “procedimiento de control que se aplica al indicio, desde la localización por parte de una autoridad, policía o agente del Ministerio Público, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión, según se trate de la averiguación previa³⁴ o el proceso penal” (Acuerdo A/002/2010).³⁵

³³ Acuerdo A/078/12, DOF, 23 de abril de 2012.

³⁴ Código Federal de Procedimientos Penales (vigente a 2012). Artículo 123 Bis. La preservación de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como los instrumentos, objetos o productos del delito es responsabilidad directa de los servidores públicos que entren en contacto con ellos. En la averiguación previa deberá constar un registro que contenga la identificación de las personas que intervengan en la cadena de custodia y de quienes estén autorizadas para reconocer y manejar los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como los instrumentos, objetos o productos del delito. Los lineamientos para la preservación de indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito, que por acuerdo general emita la Procuraduría General de la República, detallarán los datos e información necesaria para asegurar la integridad de los mismos. La cadena de custodia iniciará donde se descubra, encuentre o levante la evidencia física y finalizará por orden de autoridad competente.

³⁵ Código Federal de Procedimientos Penales (vigente a 2012). Artículo 123 Ter. Cuando las unidades de la policía facultadas para la preservación

La planimetría ubica en la escena las muestras encontradas en la inspección. Luego, requiere levantar, embalar y etiquetar las muestras, mismas que han de ingresar a los laboratorios respetando protocolos de custodia.

Cuando la evidencia ofrece un dato probatorio, además de su capacidad de comprobar lo que ha de probar en juicio, debe demostrar que la prueba que se incorpora para su valoración es la misma evidencia que ingresó para su procesamiento desde la escena en que se realizó su hallazgo y acopio. El juez, el fiscal del Ministerio Público y la defensa han de saber que a los laboratorios no ingresa una sola muestra por día. De la misma forma en que se puede confundir un cadáver que ingresa a la morgue sin identificación, se puede confundir, con mayor razón, una pequeña muestra que ingresa a un laboratorio. No sin razón en los hospitales de maternidad, de inmediato, en la propia sala de partos, se identifica al niño para evitar que la madre salga con otro que no es su hijo.

del lugar de los hechos descubran indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como los instrumentos, objetos o productos del delito, en el lugar de los hechos, deberán: I. Informar de inmediato por cualquier medio eficaz y sin demora alguna al Ministerio Público e indicarle que se han iniciado las diligencias correspondientes para el esclarecimiento de los hechos, para efectos de la conducción y mando de éste respecto de la investigación. II. Identificar los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como los instrumentos, objetos o productos del delito. En todo caso, los describirán y fijarán minuciosamente; III. Recolectar, levantar, embalar técnicamente y etiquetar los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como los instrumentos, objetos o productos del delito. Deberán describir la forma en que se haya realizado la recolección y levantamiento respectivos, así como las medidas tomadas para asegurar la integridad de los mismos, y IV. Entregar al Ministerio Público todos los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como los instrumentos, objetos o productos del delito, sus respectivos contenedores y las actas, partes policiales o documentos donde se haya hecho constancia de su estado original y de lo dispuesto en las fracciones anteriores para efectos de la averiguación y la práctica de las diligencias periciales que éste ordene. En dichos documentos deberá constar la firma autógrafa de los servidores públicos que intervinieron en el procedimiento.

Esta realidad exige al Código Federal de Procedimientos Penales, en el artículo 183, lo que se ha denominado verificación:

El Ministerio Público se cerciorará de que se han seguido los procedimientos para preservar los indicios. Tratándose de los indicios, el Ministerio Público podrá ordenar la práctica de las diligencias periciales que resulten procedentes. En caso de que la recolección, levantamiento y traslado de los indicios no se haya hecho como lo señalan las disposiciones legales y los procedimientos respectivos, el Ministerio Público lo asentará en los registros de la investigación y, en su caso, dará vista a las autoridades que resulten competentes para efectos de las responsabilidades a que haya lugar.

En el mismo sentido, esta vez en relación con las pericias, el artículo 184 exige a los peritos certificar:

Del correcto manejo de los indicios y realizarán los peritajes pertinentes sobre lo que se les instruyan. Los dictámenes respectivos serán enviados al ministerio público para efectos de la investigación. Los indicios restantes serán resguardados para posteriores diligencias o su destrucción, si resulta procedente, por determinación del ministerio público o de la autoridad judicial competente. Los peritos darán cuenta por escrito al ministerio público cuando los indicios no hayan sido debidamente resguardados, de conformidad con lo dispuesto en este Capítulo y demás disposiciones aplicables, sin perjuicio de la práctica de los peritajes que se les hubiere instruido.

Exigencia de la cadena de custodia, así lo prescribe el artículo 185 del Código Federal: “La preservación de los indicios es responsabilidad directa de los servidores públicos que entren en contacto con ellos”. Por esa exigencia procesal:

En los casos de flagrancia que importen peligro de pérdida de la vida o pongan en riesgo la integridad física de las autoridades que tengan conocimiento de los hechos, deberán tomar fotografía, video o cual-

quier otro medio que permita la certeza del estado en que fueron encontrados los indicios y procederán a fijar y sellar el lugar para practicar el inventario cuando esto sea seguro.

Ese mismo numeral dispone que “en caso de enfrentamiento armado actual o inminente se podrá realizar el procesamiento de cadena de custodia en un lugar distinto al lugar de los hechos o del hallazgo...” (*cf.* art. 185). En la investigación deberá constar un registro que contenga la identificación de las personas que intervengan en la cadena de custodia y de quienes estén autorizadas para reconocer y manejar los indicios relacionados con la investigación. La cadena de custodia iniciará donde se descubran, encuentren o levanten los indicios y finalizará por orden de autoridad competente.

Cuando durante el procedimiento de cadena de custodia exista una alteración de los indicios, huellas o vestigios o de los instrumentos, objetos o productos del delito, estos no perderán su valor probatorio, siempre y cuando no hayan perdido su eficacia para acreditar el hecho o circunstancia de que se trate. Los indicios, huellas o vestigio del hecho delictuoso, así como los instrumentos, objetos o productos del delito, deberán concatenarse con otros medios probatorios para tal fin.

7. *Transporte, custodia y almacenaje*

Establece el artículo 362 del Código Federal de Procedimientos Penales, propiamente para la etapa de juicio oral que:

Si las partes ofrecen prueba documental especificarán la fuente y adjuntará una copia del documento. Si ofrecen prueba material deberán describirla y señalar su fuente. Al ofrecerse indicios sometidos a custodia, deberán anexarse los documentos respectivos que acrediten, en su caso, la cadena de custodia.

Para todos los supuestos:

En caso de que los datos de prueba o la prueba se encuentren contenidos en medios digitales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, la parte que la ofrezca deberá proporcionar o facilitar los instrumentos necesarios para su reproducción, o indicar dónde pueden reproducirse en el supuesto de que la autoridad ante quien se presenten, no cuente con la capacidad técnica para hacerlo.

El proceso de transporte de indicios, corresponde a las actividades que se desarrollan para facilitar el envío de los indicios o evidencia material al Laboratorio Forense correspondiente o al Depósito de Evidencias. Inicia con la disposición de estudio o almacenamiento de los indicios o evidencias y termina con la recepción de los mismos por parte del laboratorio autorizado o el Depósito de Bienes Asegurados.³⁶

En todo caso, existen disposiciones puntuales para el transporte y depósito de indicios.

El artículo vigésimo séptimo del Acuerdo A/ 078/12 dispone al respecto que los indicios o evidencias, deberán estar previamente fijados y documentados y una vez que sea procesado, si no se ha hecho, el Ministerio Público según sea el caso, remitirá el indicio a la bodega para su almacenamiento o al laboratorio correspondiente para su estudio, lo que debe acompañarse con el registro de cadena de custodia. Con esa finalidad “el perito o policía que hubiere recogido, embalado y rotulado el indicio, hará entrega del mismo al Ministerio Público, quien de acuerdo a su investigación lo remitirá al laboratorio correspondiente o al depósito de indicios o evidencias”.

Para su transporte deben considerarse la naturaleza del indicio, “las observaciones que se realizarán sobre las evidencias, las condiciones climatológicas, la temperatura, la presión, el movimiento, así como duración del mismo y se describirá el tipo de

³⁶ Acuerdo A/078/12, DOF, 23 de abril de 2012, vigésimo sexto.

transporte o traslado, la forma en que se realizó y las medidas implementadas para garantizar la integridad de los mismos ya que puede producir la alteración o destrucción”.³⁷ En todo caso, “al momento de realizar el traspaso a los custodios transportadores, se les deberá informar sobre las condiciones de preservación, almacenamiento y seguridad que requiere el indicio o evidencia”.

No puede recibir el indicio o evidencia que no esté embalado, sellado, rotulado y con registro de cadena de custodia por lo que quien lo reciba revisará el recipiente que lo contiene y dejará constancia del estado en que se encuentre. La apertura del contenedor se hará por lado diferente a donde se encuentre el sello inicial —no debiéndose nunca alterar el sello inicial o algún otro sello previo a la persona que recibe—, y para sellar el embalaje se procederá a imprimir la firma y nombre del encargado de la recepción del indicio en la parte de su cierre y sobre ésta colocará la cinta de sello.³⁸

La custodia, el transporte y el almacenamiento tiene importancia en relación con el tipo de indicio y/o evidencia porque, si no son prueba, es necesario convertirlos en tales. Por eso se dispone que:

Al concluir el procesamiento del lugar sujeto a investigación, corresponde al Ministerio Público, decretar sobre si los indicios o evidencias se remiten al laboratorio para su estudio o a la bodega de evidencia para su almacenamiento. El proceso de entrega de indicios o evidencias inicia con el recibo de los indicios o evidencias por el Ministerio Público y finaliza con la determinación jurídica de solicitud de dictamen o de almacenamiento.³⁹

³⁷ Acuerdo A/078/12, DOF, 23 de abril de 2012, vigésimo séptimo.

³⁸ *Ibidem*, vigésimo séptimo.

³⁹ *Ibidem*, vigésimo noveno.

III. ASEGURAMIENTO Y PROCESAMIENTO PERICIAL

Entendido el dato de prueba desde la escena del crimen y, por ende, desde todos y cada uno de los pasos que sigue en razón de cadena de custodia, interesa ahora distinguir, sin descuidar los mismos criterios de custodia, el aseguramiento de la evidencia y su procesamiento pericial técnico y/o científico.

Debemos recordar que no todo indicio es evidencia, no toda evidencia es prueba. Más interesante es descubrir que no todo dato de prueba que sirva como elemento de prueba —y que quizá se utilizó y se valoró— *prima facie*— como tal en alguna audiencia preliminar—, resulta medio de prueba. Muchos indicios y evidencias exigen su procesamiento y, con esa finalidad criminalístico-procesal, su traslado que exige, igualmente, cuidar los distintos protocolos de hallazgo, acopio, levantamiento, traslado, conservación, relación, valoración y cadena de custodia.⁴⁰

Los indicios y la evidencia pueden desmentir o afirmar el dicho de un testigo o la declaración del propio imputado. Los indicios y la evidencia facilitan aclarar los hechos que han sido denuncia-

⁴⁰ Los medios de prueba han sido desglosados o catalogados, por lo general, por los propios códigos de procedimiento y, su concepto es propio en la dogmática penal. Entendemos a qué nos referimos cuando hablamos de prueba testimonial, pericial, documental, de reconocimiento o percepción judicial inmediata, etcétera. Los medios de prueba que el juez asume para comprobar el hecho se llaman elementos de prueba. Por ende, el resultado que ofrece cada uno de los medios de prueba no son propiamente pruebas. La doctrina admite, para obtener un elemento de prueba, que el juez fije sus propias afirmaciones sobre las que ha apreciado de otros, a través de máximas de experiencia comunes o presunciones. Las presunciones producen el resultado de dar por conocido un hecho que no lo era a través de otro que sí es conocido. El hecho que proporciona las bases para el razonamiento inductivo se denomina indicio o hecho básico: el desconocido, al cual se llega por la operación lógica, se le llama hecho presumido o presunción. La importancia pues, de la convicción como elemento constitutivo del concepto de prueba es a todas luces evidente, porque, con la convicción se obtiene la certeza. *Cfr.* Peláez del Rosal, Manuel, “Prueba”, *Gran Enciclopedia Rialp*, Madrid, 1972, t. XIX, pp. 333 y 334.

dos. Los indicios y la evidencia fijan el suceso ilícito al convertirse, mediante su procesamiento, en datos de prueba que permitan al juez tenerlos como medios o elementos de prueba.

Por su importancia se entiende la existencia de protocolos de certeza evidencial. Por eso, casi todas las legislaciones —desde la Constitución o las leyes secundarias— han procurado legitimar la prueba, someterla al debido proceso, enfrentarla al derecho de defensa, sujetarla al formalismo procedimental y/o técnico y facilitar la contradicción pericial en su procesamiento. No sin razón, “todo acto de molestia” exige una decisión fundada y motivada, por escrito (*cf.* art. 16).

“El proceso de manejo de los indicios o evidencias en los servicios periciales son las actividades desplegadas por los laboratorios periciales para la recepción y de los indicios con el fin de realizar los estudios o análisis solicitados por la autoridad correspondiente”.⁴¹ Esta etapa inicia con el recibo de los indicios o evidencias en las áreas correspondientes o las que haga sus veces y finaliza con la entrega del informe pericial.

Los Servicios Periciales deberán recibir la petición por escrito del Ministerio Público de los estudios o dictaminación que requiera le sean practicados al indicio o evidencia enviada. El personal del área de recepción de muestras de Servicios Periciales, al recibir un indicio o evidencia, revisará el recipiente que lo contiene y dejará constancia del estado en que se encuentre, en el formato de Registro de Cadena de Custodia, que deberá ser entregado junto a cada indicio o evidencia remitido. Deberán anotarse las entradas y salidas de los indicios o evidencias en el Registro de Recepción y Salida de Evidencias de Servicios Periciales.

El embalaje sólo se podrá abrir por el personal especializado para su estudio o análisis, salvo que en los sitios de recepción del indicio o evidencia por motivos de seguridad personal, se tenga duda del contenido del embalaje, en cuyo caso se procederá a abrir el contenedor con la ayuda de personal conocedor, dejando

⁴¹ Acuerdo A/078/12, DOF, 23 de abril de 2012, trigésimo primero.

adjunto al Registro de Cadena de Custodia un informe suscrito por quienes intervinieron, indicando las razones que motivaron este proceder y a detallar las condiciones en que encontraron y dejaron el indicio o evidencia. La apertura del contenedor se hará por lado diferente a donde se encuentre el sello inicial. Despejada la duda, el indicio o evidencia se introducirá preferiblemente en el embalaje inicial si las condiciones del mismo lo permiten, en caso de utilizarse un nuevo embalaje se conservará el rótulo y cinta de sello inicial. Para sellar el embalaje se procederá a imprimir el nombre, firma y número de documento de identificación del encargado de la recepción del indicio o evidencia en la parte de su cierre y sobre ésta colocará la cinta de sello.⁴²

El encargado de la Recepción de los indicios o evidencias en Servicios Periciales, resguardará los mismos en la Bodega General Temporal destinada para este fin y de ahí sólo saldrá para ser entregada al área(s) o laboratorio(s) correspondiente a la(s) solicitud(es) requerida(s) de dictaminación(es), o para su envío al Ministerio Público con la(s) dictaminación(es) correspondiente(s). Cada movimiento de este tipo deberá quedar en el Registro de Recepción y Salida de Evidencias de Servicios Periciales.

De acuerdo al requerimiento Ministerial, se le dará la solicitud de dictaminación al Perito especialista para la realización de dicho estudio, el cuál acudirá a la Bodega General Temporal a recoger el indicio o evidencia, junto con el Registro de Cadena de Custodia.⁴³

El perito que reciba el embalaje dejará constancia del estado en que se encuentra y procederá a las investigaciones y análisis del indicio o evidencia a la menor brevedad posible, de modo que su dictamen pericial pueda ser oportunamente remitido a la autoridad correspondiente. Durante el tiempo que requiera su estudio deberá resguardar el indicio o evidencia en la bodega temporal

⁴² *Ibidem*, trigésimo segundo.

⁴³ *Idem*.

del área o laboratorio correspondiente, debiendo llevar un control de las entradas y salidas de los indicios o evidencias de dicha bodega, así como las condiciones de almacenamiento (temperatura de refrigeración, humedad, etcétera), especialmente cuando éste requiera un manejo especial para mantener sus características. Concluidos los estudios y realizada la dictaminación, el perito remitirá el indicio o evidencia (o sus remanentes) a la Bodega General Temporal de Servicios Periciales, anexando el Registro de Cadena de Custodia, deberán realizarse las anotaciones correspondientes de salida en el Control de la Bodega Temporal del área o Laboratorio.⁴⁴

“El proceso de manejo de los indicios o evidencias en la bodega de evidencia se realizan las actividades para la recepción, custodia, almacenamiento apropiado y manejo de los indicios o evidencias en la bodega a fin de garantizar su idoneidad, integridad y autenticidad”.⁴⁵ Todos los indicios o evidencias, una vez procesado el lugar sujeto a investigación, serán entregados al Ministerio Público, el cual los remitirá al encargado de custodia para su ingreso a la Bodega. Del mismo modo, de todo indicio o evidencia que durante una investigación sea puesta a disposición del Ministerio Público por alguna de las partes, éste una vez recepcionado, iniciará un Registro de Cadena de Custodia y lo remitirá al encargado de cadena de custodia para su ingreso a la bodega. El encargado de la cadena de custodia cotejará el detalle de los indicios o evidencias recibidas por el Ministerio Público, verificando que concuerde lo señalado en el rótulo y en el Registro de Cadena de Custodia que deberá entregarse en adjunto.⁴⁶

Al recibirse los indicios o evidencias se revisará su estado, debiendo verificar que se encuentre debidamente rotulado y con su Registro de Cadena de Custodia completo y sin enmendaduras. Además, se debe verificar que estén correctamente selladas. Si el indicio o evidencia

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Ibidem*, trigésimo cuarto.

⁴⁶ *Ibidem*, trigésimo quinto.

presenta alguna anomalía en su embalaje o en el Registro de la Cadena de Custodia o demuestra alguna discrepancia con la descripción efectuada, será recibida por el Encargado de Custodia, quien deberá solicitar al funcionario la corrección del defecto que contiene.

En caso de encontrarse el indicio o evidencia en orden, el encargado de custodia la recibirá y agregará su nombre en el eslabón correspondiente del Registro de Cadena de Custodia. Luego tomará una fotografía digital al indicio o evidencia que se ingresa, la que se almacenará en el sistema electrónico y en un archivo de respaldo compartido, que estará disponible para las consultas del Ministerio Público y personal que ellos designen. Luego se imprimirá para incorporarla a la carpeta del caso. El encargado de custodia ingresará el indicio o evidencia al módulo de custodia de la bitácora electrónica obteniendo un Registro Único de Evidencia (RUE) y registrando el número en su caso que trae asociado. Antes de cumplir con lo anterior, es necesario que se haya creado el número de averiguación previa o carpeta de investigación del caso al que esté asociado.⁴⁷

Una vez obtenido el RUE, rotulará el indicio o evidencia, lo que significa que deberá imprimir la etiqueta que arroja la bitácora electrónica y adherirla a éste y completar en el Registro de Cadena de Custodia los campos de registro. Guardará el indicio o evidencia en bodega, junto con el Registro de Cadena de Custodia debidamente protegida con una funda plástica que asegure su conservación, a menos que se cuente con el formulario autoadhesivo, de acuerdo al criterio preestablecido en consideración a las disponibilidades de espacio. Luego, el encargado de custodia procederá a confeccionar la carpeta adjuntando el parte o denuncia junto con el comprobante de ingreso del indicio o evidencia que arroja la bitácora electrónica y la fotografía impresa.

El encargado de custodia podrá permitir que determinadas personas indicadas por el Ministerio Público asignado al caso

⁴⁷ *Ibidem*, trigésimo quinto.

tengan acceso a los indicios o evidencias, previa orden escrita de éste. Con esa finalidad recibirá la instrucción respectiva y a la persona a quien se ha autorizado el acceso, a la cual le solicitará su identificación. Revisará en la bitácora electrónica la ubicación del indicio o evidencia en la bodega y luego irá a buscarla. Registrará esta inspección visual del indicio o evidencia, indicando la identidad del solicitante y consignando el resultado de ella como observación.

El acto de legitimación del medio probatorio se conoce como acto procesal probatorio, porque arriba, por lo general, a un acto probatorio. De hecho, su importancia ha exigido crear el instituto de la prueba anticipada, es decir, la capacidad de control jurisdiccional de los peritos técnicos o científicos, de los propios agentes del Ministerio Público, o de la policía y, desde el proceso, los distintos incidentes de nulidad del medio probatorio.

Si hemos sostenido que no toda evidencia es prueba es porque las cosas que se transfieren y, al parecer, demuestran la causa entre hecho, víctima e imputado, no siempre justifican o demuestran la relación o que, por el contrario, relacionando al imputado con la víctima, no siempre demuestran la causa. De mayor importancia, si no toda evidencia es prueba, entonces, es imposible sin prueba cerrar el círculo demostrativo de la relación y la causalidad.

Esto se entiende porque no siempre la evidencia identifica. Del mismo como el arma homicida no resulta necesaria para determinar la manera de muerte, conclusión a la que se arriba con la simple autopsia, el arma en la escena no necesariamente es, en todos los casos, el arma homicida. Bajo los mismos supuestos, no siempre las huellas, la sangre, el semen, los cabellos o vellos, etcétera, tienen relación con el hecho ilícito. Tómese en cuenta, por ejemplo, un homicidio en un burdel que ofrece una “colección” de evidencias que procesadas pueden identificar a muchos “transcúrtes” en una habitación, sin que por ello exista o pruebe relación entre víctima o imputado.

El principio de transferencia puede servir para probar un hecho, y al mismo tiempo, para descartarlo. De hecho, la policía no

puede ignorar que su presencia en la escena igualmente transfiere y, consecuentemente, lo coloca en relación con la víctima o con el imputado. Esta realidad ha servido para causar duda en la acción policial negligente en el tratamiento de la escena del crimen cuando, por ejemplo, después de trabajar la escena entrevista a algún sospechoso al cual, posteriormente se le localiza evidencia que lo relaciona con la víctima o con el lugar. Un recurso que suele utilizar, con buen tino, la defensa letrada.

Una huella dactilar en la escena no nos dice nada. Tampoco es prueba una nota que haya dejado el propio imputado con su grafía. Ni siquiera la presencia del imputado en el lugar permite concluir que es el autor del hecho ilícito. De hecho, ni el semen en la vagina de la occisa identifica al autor del homicidio.

El procesamiento de la evidencia en las distintas escenas apuntadas debe procurar la relación causa-efecto entre acción delictiva y hecho ilícito. Con ese objetivo la criminalística persigue, a través del procesamiento de la evidencia, dos objetivos puntuales:

- a) Primero: identificar la evidencia con el autor del hecho y la víctima por el hecho.
- b) Segundo: relacionar la evidencia con el hecho ilícito.

Bajo estos dos supuestos se entiende que la huella en el lugar no es prueba si no sirve para identificar a una persona y, a la vez, aunque lo identifique debe determinarlo como autor del hecho ilícito. Si un sujeto dejó una nota en la escena del crimen, no por ello es autor del crimen, aun cuando la nota demuestre su autoría. Si la víctima —de homicidio o de violación, por ejemplo— ofrece semen o sangre de un sujeto, no por ello ese sujeto identificado por el semen o la sangre es el autor de la violación o del homicidio.

Se entiende como el acopio y procesamiento de la evidencia, que son acciones científicas o técnicas de la policía y que ofrecen un probable responsable de un hecho ilícito, pero exigen, luego, su valoración. El juez —con los elementos de prueba que se le

ofrecen— debe tener por probado, en la inmediación y contradictorio del juicio, que el semen del imputado en el cuerpo de la víctima comprueba que es igualmente el violador o el asesino. Es decir, debe tener por probado que violó o mató y, consecuentemente, que lo transferido que relaciona, encuentra en el proceso una razón de causalidad.

Sin embargo, el fiscal ha ofrecido al proceso y el juez ha incorporado al mismo, una evidencia que ya no es “virgen” sino que ha sido procesada. Es decir, no recibe un semen, sangre, saliva, vello, cabello, sin previo dictamen pericial. Es posible que ni siquiera reciba la muestra sino el informe del perito. Es igualmente probable que la sustancia haya sido destruida para su procesamiento. De hecho, la huella ha sido levantada del lugar del hecho.

Entonces, el juez recibe un arma y la huella que alguna vez estuvo en el arma y un dictamen que identifica esa huella con el imputado. Recibe igualmente un dictamen de grafoscopía, de la comparación de la letra del imputado con la nota levantada en la escena. Recibe un dictamen que demuestra que el semen o sangre en el cuerpo de la víctima identifica al imputado.

Si esto es cierto, hemos de concluir que antes del juicio hubo una acción pericial sobre las muestras o evidencias que exigieron y permitieron la inmediatez y el contradictorio. Una acción que profesional y técnicamente no compete al juez, aun cuando no es causa de la inmediación. Son acciones periciales en las que los peritos, expertos en la ciencia, arte o técnica, actuaron en presencia del fiscal del Ministerio Público o a su solicitud, sin evitar la participación y representación del imputado —defensa material y letrada—. La inmediatez y el contradictorio más importante, porque convierte la evidencia recogida en prueba que identifica al autor del hecho y lo relaciona con la víctima, es la que se produce en el procesamiento de la evidencia.

Hay, por tanto, una evidencia que transferida de la víctima al imputado o del imputado a la víctima, o de ambos al objeto o el lugar del hecho los relacionan y colocan, bajo un juicio de naturaleza policial, como autor y como víctima. En la valoración de

la prueba por parte del juez en el juicio, el juez vuelve a enjuiciar el juicio pericial o policial probatorio.

Queda claro por qué la prueba es de naturaleza policial. Con esta misma claridad, igualmente se entiende que la oralidad y los principios de contradicción e inmediación no son propios del juicio, sino del acto probatorio que exige un acto procesal probatorio. De aquí la importancia que asume la relación y, por ende, el cuidado de la escena del crimen —en todas las diversas modalidades analizadas—, y, lógicamente, el aseguramiento y la cadena de custodia.

IV. INCORPORACIÓN DEL DATO DE PRUEBA

En todos los capítulos anteriores hemos analizado la prueba, como acto policial o la prueba “desahogada” por la policía, desde la escena del crimen hasta su procesamiento. ¿Cómo se incorpora ese dato de prueba?, ¿puede incorporarse esa prueba?, ¿qué diferencia hay, entonces, entre incorporación y desahogo del medio de prueba?

La lectura de los acuerdos del Poder Ejecutivo (Secretaría y/o Procuraduría) produce una gran pena porque demuestran —otra vez más— que las reglas son tantas que producen “voluntad” de su violación, más cuando la “cantidad” expresa ausencia de calidad. Me refiero en concreto al defecto —que igualmente ofrece el Código Federal de Procedimientos Penales—, de repetir la misma disposición para cada sujeto procesal. Una constante y absurda repetición —que ya se denota en muchas leyes y decretos federales, con lo que exige conocer quién está detrás de esa pésima técnica legislativa—, a la vez que causa antinomia, resulta innecesaria, porque las disposiciones técnicas son iguales para todos y, por ende, no hace falta repetir las para cada uno.⁴⁸

⁴⁸ Por ejemplo, en el Acuerdo A/078/12, DOF, 23 de abril de 2012, se

Es posible sostener que el dato de prueba se incorpora, cuando se desahoga. Es igualmente posible admitir que el dato de prueba se incorpora, cuando se introduce, sin previo desahogo, en la carpeta de investigación. También se puede aceptar que la única incorporación del dato de prueba es, cuando como medio de prueba se ofrece con la acusación para abrir la etapa intermedia. Sin embargo, estas tres supuestas “aceptaciones” crean un procedimiento totalmente distinto. Lo importante es entender que prueba es todo lo que comprueba un hecho. Pero, ¿qué ocurre, además, si algunos de los testigos, el mismo oficial de policía o las tomas televisivas que producen los medios de comunicación ofrecen la versión del testigo, la declaración del oficial y/o un video de lo que está ocurriendo?, ¿son éstas formas de incorporación —porque se conocen de modo público y notorio— de pruebas al proceso?

En cierto sentido —sin descuidar la importancia que tiene conocer los datos y medios de prueba y, por tanto, que su existencia conste en la carpeta de investigación y que de su existencia tenga conocimiento el imputado y su abogado defensor—, no es importante, desde el proceso, su incorporación. Por el contrario, es importante desde el proceso la admisión del dato de prueba —lo cual se realiza en la audiencia respectiva en que se admita—, la aceptación —que se realiza en la audiencia intermedia— y su desahogo —que finalmente se realiza en la audiencia de juicio—, aunque no impide —salvo lo analizado del proyecto federal— que cada juez desahogue datos o medios de prueba en las audien-

repite las mismas ideas cada vez que se procura explicar el “modo” de la cadena de custodia. Puede repetirse si se dan criterios distintos para uno u otro sujeto, uno u otro policía, uno u otro perito. Pero si es el mismo procedimiento, para qué se repite. Lo mismo ocurre con el Código Federal de Procedimientos Penales, por ejemplo, con el “aseguramiento”. Una vez que el artículo 186, intitulado “Aseguramiento de bienes, instrumentos, objetos o productos del delito” ha descrito las obligaciones, posteriormente, hasta el artículo 209 se van a considerar otros bienes creando, al parecer, otros tipos de aseguramiento que resultan siendo lo mismo.

cias que presidan. La prueba tiene importancia desde el mismo momento en que una autoridad y/o un documento la utilizan y se pronuncia sobre ella, cuando tiene por cierto o demostrado lo que la prueba refiere.

Para entender este apartado —que remacha lo que hemos analizado *supra*— desde la legislación secundaria, conviene puntualizar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presupone, si no el desahogo de los datos de prueba policiales, sí su existencia, su valor probatorio, su incorporación y, lógicamente, que sea del conocimiento del imputado —y de la misma víctima—, y de su abogado defensor. Esto es, en casi la mayoría de los casos, antes de su desahogo, las partes deben procurar incorporar el dato de prueba y para ello deben hacerlo del conocimiento a la parte contraria. La incorporación, al parecer, no admite sorpresas.

En efecto, el primer momento constitucional en que se acepta la existencia de datos probatorios policiales es y motiva la solicitud y orden de aprehensión.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia (dato de prueba) o querrela (dato de prueba) de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos (datos de prueba) que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad (datos de prueba) de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión (*cf.* art. 16, 3o.).

El segundo momento es, conforme al artículo 16, párrafo sexto, la orden de detención ministerial por caso urgente, cuando la Constitución Política le permite al Ministerio Público contar, para ese caso, “ordenar su detención, fundando y expresando los indicios (datos de prueba) que motiven su proceder” (*cf.* art. 16, 6o.), mismos que no refieren datos desahogados por autoridad jurisdiccional sino, por el contrario, por la policía y/o el Ministerio Público.

De especial importancia procesal es la razón constitucional de creación del juez de control, que tiene como objetivo resolver “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” (*cf.* art. 16, 14). Esas técnicas de investigación van desde seguimientos, toma de fotografías, intervención de comunicaciones telefónicas y entre presentes, agentes encubiertos, entregas vigiladas, escuchas, levantamiento de evidencias, etcétera.

Admite el constituyente que esa producción de “datos de prueba” permita al Ministerio Público demostrar —contra el imputado—, y pueda permitir al juez de control —contra el mismo imputado—, solicitar y dictar —respectivamente— el auto de vinculación a proceso que se demuestra en cuanto al “delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución” a través de esos datos, siempre y cuando esos datos permitan establecer “que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión” (*cf.* art. 19).

Datos de prueba que, igualmente, pueden incorporarse en la audiencia preliminar y/o intermedia, desde la carpeta de investigación, para facilitar la “terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley” a través de la suspensión condicional del proceso (*cf.* art. 20, A, VII); el procedimiento simplificado y/o abreviado (*cf.* art. 20, A, VII); el procedimiento monitorio y los mismos mecanismos alternativos de solución de controversias (*cf.* art. 17), siempre y cuando “el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito” porque, para esos efectos se exige la existencia de “medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”. Esa convicción se adquiere, por el juzgador, no en razón de una audiencia de desahogo de pruebas sino, por el contrario —anticipadamente— por el desahogo de los mismos datos de prueba que ha realizado la policía.

Así se entiende, finalmente, porque el imputado tiene derecho “a que se le informe, tanto en el momento de su detención como

en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten”, derechos que suscitan desde el dato de prueba que comprueba ese hecho y que legitima esa detención (*cf.* art. 20, B, III).

De hecho, porque existen y tienen valor los datos de prueba “en delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas” (*cf.* art. 20, B, V).

La propia Constitución federal exige, como derecho del imputado, que “le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso” (*cf.* art. 20, B, VI). Por eso “el imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante el juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa” (*cf.* art. 20, B, VI).

CAPÍTULO TERCERO

DATO DE PRUEBA Y DETENCIÓN EN FLAGRANCIA

Es común escuchar que la policía “siembra” al imputado la evidencia. Esto referido a casos concretos y, lógicamente, no todos. Ha sido una problemática la corrupción de los órganos represivos y, por ende, la desconfianza en los mismos.

Por su parte, mientras por un lado es casi imposible una detención en flagrancia sin dato de prueba, porque “en el momento” y/o “inmediatamente después” predetermina un “indicio” del hecho ilícito y/o delictivo (*cf.* art. 16 constitucional); es también cierto que el “autor del hecho” se desprende del indicio, evidencia o bien objeto del delito durante la persecución y por el hecho mismo de la persecución, tirándolo u ocultándolo. Es común, entonces, que el bien objeto del delito no esté en posesión del imputado cuando sea detenido sino, en algún lugar, a lo largo de su huida.

Es parte de las funciones del juez de control en las audiencias preliminares filtrar la prueba cuando es dudosa o ilícita. Es un derecho del imputado —y lógicamente, de su abogado defensor—, exigir la pureza de los medios de prueba porque “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula” (*cf.* art. 20, A, IX). Una realidad que igualmente puede atribuirse a algunas “víctimas” y a algunos “ofendidos”. No son pocos los casos en que las “víctimas” convierten las deudas en “fraudes”, es decir, el dolo civil en penal, para exigir y mantener en la cárcel a una persona penalmente inocente.

La Constitución federal ha exigido al juez de control garantizar en los procedimientos “los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos” (*cf.* art. 16, 14) porque, entre otras razones admite que “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” (*cf.* art. 16, 5). Es claro que una manifestación clara de la “flagrancia” es la “evidencia” (dato de prueba) en poder de la persona detenida.

Pues bien, el “señalamiento” del verdadero autor por el supuesto ofendido, la “evidencia” en poder del detenido, el “testigo falso” y la “falsa información policial”, son “datos de prueba” que pueden ser erróneamente admitidos y desahogados por los jueces de control para decidir sobre un hecho, sobre un autor de ese hecho y determinar si ese hecho es o no delito que ha producido una víctima. Aunque es posible desmentir, a veces, la evidencia, es muy difícil superar el falso testimonio en las audiencias preliminares y en algunas ocasiones en la audiencia de juicio oral. No se ignora que hay secuestrados que nunca lo fueron y que hay víctimas que son claros delincuentes. La corrupción no es sólo de la policía porque es un mal humano que contamina igualmente a los que, como víctimas, viven del delito.

Mi interés, por tanto, en este apartado es analizar la evidencia que como dato de prueba se integra en la carpeta de investigación. No es fácil defenderse de una causa que ha sido “sembrada” y, por ende, hay inocentes presos y hasta condenados, que tenían toda la prueba en contra. Este es también un problema de pruebas.

I. DETENCIÓN Y ASEGURAMIENTO POR PARTICULARES

Lo admite la Constitución Política: la detención en flagrancia puede ser realizada por la víctima, el ofendido y/o por particulares.

En efecto, conforme al artículo 16, párrafo quinto, de la Constitución federal: “Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmedia-

tamente 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”.

Al respecto, deben considerarse varios supuestos. El primero, que la persona detenida sea autora de por lo menos, un hecho delictivo. ¿A quién corresponde determinar que el hecho es delito? El segundo, es la evidencia que, en razón de flagrancia, involucra al presunto autor con la presunta víctima. El tercero, es el valor de la declaración de la víctima afectada por el hecho. El cuarto, es la “capacidad” de la víctima de vengar el hecho cuando tiene detenido al imputado y, por ende, el valor probatorio de su declaración y de la propia evidencia aportada al proceso. Finalmente, en quinto lugar, el plazo en que una víctima o unos ofendidos pueden tener detenido a la persona en flagrancia y, por ende, el valor de esa detención y el valor de la evidencia obtenida durante esa detención.

De principio, cuando la evidencia ha sido “asegurada” por la víctima o los ofendidos y el imputado ha sido detenido por la misma víctima y/o por los mismos ofendidos, toda la prueba depende de la declaración bajo protesta y, por ende, la valoración que de esa declaración y esa evidencia de la víctima y los ofendidos, haga el juez de control y/o los tribunales. La defensa debe ser “astuta” en el contrainterrogatorio para “filtrar” lo objetivo de lo subjetivo, lo que depende de una “entrevista” sincera con el imputado, que le encamine a la verdad.

Si acudimos al acuerdo para la preservación y procesamiento del lugar que hemos referido entendemos que —*mutatis mutandi* en relación con servicios de salud— “inicia con la atención médica o paramédica inicial, hasta la entrega de los indicios o evidencia material a la autoridad correspondiente”⁴⁹ de modo que:

Quién en hospital, puesto de salud, clínica, consultorio médico u otro establecimiento similar, público o particular que reciba o dé

⁴⁹ Acuerdo A/078/12, DOF, 23 de abril de 2012, cuadragésimo tercero.

entrada a la persona a la cual se le hubiese ocasionado daño en el cuerpo o en la salud con ocasión de un posible delito, dará aviso inmediatamente a las autoridades competentes, que deberán iniciar los procedimientos de cadena de custodia a los indicios o evidencias.⁵⁰

El acuerdo hará distinción de indicios en relación con individualización de balas, que deben embalarse por separado e introducir las en bolsa plástica o frasco plástico con algodón, evitando alteraciones en el microrrayado y rotular y marcar con la identidad del paciente, número de “historia clínica”, fecha y hora, características del indicio o evidencia recuperada, lugar del cuerpo o prenda donde se recuperó, el nombre e identificación de quien lo recupera y quien lo embala; en relación con los indicios cortantes, punzantes, contundentes o cualquier otro objeto con el que se haya agredido o lesionado se debe:

Embalar en cajas de cartón asegurándolos con un cordón o fibra resistente, que permita la fijación del indicio. En relación con armas de fuego “evitar la manipulación de las armas y prevenir su contaminación. Sobre las prendas “cortar las prendas de vestir del herido evitando realizar cortes en las áreas que presenten orificios o desgarros dejados por el paso de proyectiles de armas de fuego, armas cortantes, punzantes, contundentes u otros indicios.”⁵¹

El mismo procedimiento se exige con muestras de sangre, lavado gástrico, orina, frotis anal y frotis vaginal, entre otras, de acuerdo a las características del caso, se debe rotular y marcar las muestras con la identidad del paciente, número de “historia clínica”, fecha, hora, el nombre completo de quien embala. Igualmente, describir y registrar los elementos de valor, en documento escrito que se anexa a la “historia clínica” y en el “libro de peritencias” de cada institución con la información de prendas y objetos de valor.

⁵⁰ Acuerdo A/078/12, DOF, 23 de abril de 2012, cuadragésimo cuarto.

⁵¹ *Ibidem*, cuadragésimo quinto.

II. ASEGURAMIENTO POR PARTICULARES Y VIOLACIÓN DE DERECHOS DEL DETENIDO

Es claro el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al prescribir que “ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”.

Si la misma víctima o los ofendidos detienen en flagrancia, porque se los permite la propia Constitución Política, que a la vez les permite “poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa” (*cf.* art. 10), no es para causar una injusticia sino para que se administre justicia.

“Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes”. Por ende, no es posible admitir que la víctima llame delincuente al autor de un hecho y que, por eso, lo agrede. Sin embargo, ese artículo debe interpretarse siempre a la luz del numeral décimo constitucional: “Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa... La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas”. Se trata, siempre, de dos intereses —y/o valores— en juego que deben ponderarse.

En todo caso la legítima defensa debe analizarse siempre a la luz de los hechos, un posible exceso de defensa, estados de emoción violenta y otras circunstancias que influyen, con lógica, en el comportamiento humano y, considerando las distintas circunstancias dichas, es importante siempre distinguir entre formas normales de comportamiento y, por ende, de defensa y formas de agresión, autodefensa, venganza, peor aún que la víctima pueda “fabricar” circunstancias agravantes y/o calificantes que el imputado no tiene porqué soportar en el proceso.

En mi experiencia, cuando a una “víctima” u “ofendido” no le tiembla la mano para firmar una denuncia o querrela por delito

de la cual pende la libertad de una persona, desmentido su dicho o en duda, debe descartarse casi la totalidad de sus indicios, evidencias y testigos. Es común que se haya “fraguado” una falacia y, por ende, que se esté convirtiendo la Procuraduría o la agencia del Ministerio Público en una oficina de cobros y persecuciones. ¡Cuidado! A pesar de ello, bajo fe de protesta —ojalá fuera bajo fe de juramento—, el juez debe confiar en lo que dice la víctima, el ofendido y sus testigos, hasta tanto no se demuestre lo contrario.

III. DETENCIÓN POLICIAL Y ASEGURAMIENTO DE EVIDENCIA FÍSICA

Para entender la relación entre la detención policial y el aseguramiento de evidencia es necesario comprender que al imputado se le ha atribuido un hecho delictivo.

En efecto, al imputado se le detiene, entonces, en razón de un hecho delictivo que en México exige flagrancia o caso urgente. En la mayoría de las legislaciones basta una “causa probable” y la razón de presentarlo al juez se justifica, únicamente, para solicitar y que se ordene una medida cautelar. En México, la flagrancia o el caso urgente predeterminan, de principio, un bien objeto del delito y, por ende, la necesidad de predeterminar su hallazgo, su aseguramiento, su decomiso, la cadena de custodia, para ofrecerlo como dato o medio de prueba.

Pues bien:

Una vez realizada la detención de una persona por la policía se debe informar a la persona sobre los derechos que en su favor establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Se exige, en estrados policiales informar igualmente a su superior jerárquico por cualquier medio disponible de lo acontecido. De seguido se traslada con los medios disponibles al detenido a una institución del sector salud, para obtener la certificación del estado de salud de éstos. El

certificado debe contener el nombre completo, número de cédula profesional y firma del médico que lo realiza, así como la fecha y hora de la revisión practicada.⁵²

En caso de la peligrosidad del detenido, el oficial de policía tomará las medidas para resguardar su propia integridad y la del detenido y ponerlo a disposición del Ministerio Público, para lo cual se elabora la puesta a disposición con un informe policial homologado describiendo los objetos asegurados en el formato de cadena de custodia. En caso de que el detenido presente lesiones que pongan en riesgo su vida, se debe solicitar apoyo médico de emergencia a efecto de que sea valorado y en su caso internado en la institución de salud que corresponda, lo que se informará tanto al Ministerio Público como a sus superiores jerárquicos.⁵³

Conforme al artículo 186 del Código Federal de Procedimientos Penales:

Los instrumentos, objetos o productos del delito, así como los bienes en que existan huellas o pudieran tener relación con éste, siempre que guarden relación directa con el lugar de los hechos o del hallazgo, serán asegurados por la policía de investigación durante el desarrollo de la cadena de custodia a fin de que no se alteren, destruyan o desaparezcan.

La administración de los bienes asegurados se realizará de conformidad con la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público, con las reglas establecidas para la cadena de custodia y demás disposiciones que resulten aplicables. Invariablemente la policía deberá informar al Ministerio Público sobre los aseguramientos que realice, a fin de

⁵² Artículo 4o., Acuerdo 05 de 2012 del secretario de seguridad pública por el que se emiten los lineamientos generales para poner a disposición de las autoridades competentes a personas u objetos. DOF, 23 de abril de 2012.

⁵³ Artículo 4o., Acuerdo 05/2012, DOF, 23 de abril de 2012.

que éste determine si resulta necesario llevar a cabo diligencias adicionales.

Vale aclarar que desde su redacción el artículo en comento confunde los criterios de cadena de custodia, porque el aseguramiento se realiza cuidando la cadena de custodia no como está redactado, “durante el desarrollo de la cadena de custodia”, porque el registro de cadena de custodia se produce cada vez que el bien sufre un movimiento o traslado.

A la luz del artículo 187, para el aseguramiento se exige, como procedimiento, que “la policía de investigación” elabore un inventario de todos y cada uno de los bienes asegurados, el cual deberá estar firmado por el imputado o la persona con quien se atienda la diligencia. Ante su ausencia o negativa, la relación deberá ser firmada por dos testigos presenciales que no sean miembros de la policía de investigación.

En el caso de que los productos, instrumentos u objetos del delito por su naturaleza constituyan indicios o dato de prueba, la policía de investigación deberá observar las reglas aplicables en materia de cadena de custodia, para la debida preservación del lugar de los hechos o del hallazgo y de los indicios, huellas, o vestigios del hecho delictuoso, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito, y realizado el aseguramiento, se pondrán mediante el inventario respectivo, los bienes a disposición de la autoridad competente para su administración, dentro de los diez días siguientes, en la fecha y los lugares que previamente se acuerden con dicha autoridad, de conformidad con las disposiciones aplicables (*cf.* art. 187, II y III).

El estudio del aseguramiento resulta especialmente valioso para distinguir esa diligencia con la cadena de custodia que, como hemos visto, ha sido confundida por las distintas disposiciones leales y reglamentarias. Es común en teoría del proceso el acta, la cual sirve al proceso para, por escrito, asegurar lo escrito y lo no escrito, lo que es material y lo que no lo es, que luego se incorpora a la carpeta de investigación, registro y/o expediente.

Por eso, es común que se indique y conozca como actas de hallazgo, cuando el bien producto o el bien instrumento se “halla” y/o se “encuentra” en algún lugar y por ende produce una “escena del crimen”. Igualmente, acta de localización, de hechos, de decomiso, de embargo, de aseguramiento, de descripción de bienes, de determinación de fluidos, de inspección ocular, de inspección judicial, de inspección de objetos, de destrucción de bienes fungibles, etcétera.

El imputado puede ser detenido en su vehículo o sin ningún objeto. Ambas circunstancias producen criterios de actuación distintos, por razones procesales distintas, entre otras razones porque él no es responsable de su vehículo si ha sido detenido; igualmente, es responsable de ese vehículo si ha sido denunciado como sustraído, lleva algún cargamento de drogas, aparece como instrumento de un delito o tiene sus calidades o marcas alteradas. Se produce, entonces, un solo aseguramiento con objetivos claramente distintos.

El artículo 193 dispone el aseguramiento de narcóticos y productos relacionados con delitos de propiedad intelectual y derechos de autor porque:

Si esta medida es procedente, el ministerio público ordenará su destrucción, previa autorización o intervención de las autoridades correspondientes, debiendo previamente fotografiarlos o videograbarlos, así como levantar un acta en la que se haga constar la naturaleza, peso, cantidad o volumen y demás características de éstos, debiéndose recabar muestras del mismo para que obren en los registros de la investigación que al efecto se inicie.

Nótese, al respecto y en relación con las críticas que hemos venido construyendo, que es parte del aseguramiento el acta, la fotografía y la videograbación y, por ende, desde cualesquiera de las tres formas se puede demostrar la anterior existencia del bien y, por ende, la cadena de custodia, sin que se exija un procedimiento distinto para una u otra. De hecho, si las fotografías

o la videograbación se destruyeran, el aseguramiento se puede demostrar con el acta, misma que si igualmente se perdiera, el acto se puede demostrar con el testimonio de quienes actuaron.

En relación con el aseguramiento de indicios de gran tamaño, el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales inicia el absurdo al que nos hemos venido refiriendo de repetir en una norma específica lo que ya ha sido consignado en una norma genérica. Se dispone así que:

Los indicios de gran tamaño, como naves, aeronaves, vehículos automotores, máquinas, grúas y otros similares, después de ser examinados por peritos, para recoger indicios que se hallen en ellos, podrán grabarse en videocinta o se fotografiarán en su totalidad y, especialmente, se registrarán del mismo modo los sitios en donde se hallaron huellas, rastros, narcóticos, armas, explosivos o similares que puedan ser objeto o producto de delito.

Se dispone igualmente en la misma norma que:

Estas fotografías y vídeos podrán sustituir al indicio y podrán ser utilizados en su lugar, durante el juicio oral o en cualquier otro momento del procedimiento y se embalarán, rotularán y conservarán... Salvo lo previsto en este Código en relación con los bienes asegurados, los indicios mencionados en este artículo, después de que sean examinados, fotografiados, grabados o filmados, podrán ser devueltos, con o sin reservas, al propietario, poseedor o al tenedor legítimo según el caso, previa demostración de la calidad invocada, siempre y cuando no hayan sido medios eficaces para la comisión del delito.

La moneda nacional o moneda extranjera que se asegure, será administrada por el Servicio de Administración y Enajenación de Bienes. La autoridad que ordene el aseguramiento deberá depositarlos a las cuentas del Servicio de Administración y Enajenación de Bienes que se aperture para dichas monedas. Los términos y condiciones de esos depósitos serán determinados por la Tesorería de la Federación. En caso de billetes o piezas metálicas que por tener marcas,

señas u otras características, sea necesario conservar para fines de la investigación o el proceso penal, la autoridad judicial o el ministerio público así lo indicarán al Servicio de Administración y Enajenación de Bienes para que éste los guarde y conserve en el estado en que los reciba (*cf.* art. 195).

Conforme al artículo 196, “las especies de flora y fauna de reserva ecológica que se aseguren, serán provistas de los cuidados necesarios y depositados en zoológicos, viveros o en instituciones análogas, considerando la opinión de la dependencia federal competente o institución de educación superior o de investigación científica”. En sentido parecido, “las obras de arte, arqueológicas o históricas que se aseguren, serán provistas de los cuidados necesarios y depositados en museos, centros o instituciones culturales públicos, considerando la opinión de la dependencia federal competente o institución de educación superior o de investigación científica” (*cf.* art. 197).

“Tratándose de delitos culposos ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, éstos se entregarán en depósito al conductor o a quien se legitime como su propietario o poseedor”, disposición del artículo 198 que se entiende, siempre y cuando se hayan realizado las pericias correspondientes, necesarias para conocer alguna causa objetiva de responsabilidad atribuible al imputado, como puede ser la situación de los frenos, líquido del mismo, calidad de las llantas, condición mecánica, y situación de los cinturones de seguridad, etcétera. No se ignore que la responsabilidad subjetiva en delitos culposos exige demostrar, en muchas ocasiones, responsabilidad objetiva en materia del debido cuidado, y, por ende, los conceptos de negligencia, imprudencia, impericia al modo de conducir o al modo de cuidar o mantener el vehículo.

El artículo 199 del Código Federal dispone que:

Quando se aseguren armas de fuego o explosivos, la policía deberá informarlo de inmediato a su superior, quien lo hará del conocimiento de la Secretaría de la Defensa Nacional, así como de las demás

autoridades que establezcan las disposiciones legales aplicables, para los efectos que procedan.

En relación con el artículo 200:

El Ministerio Público, por sí mismo, o a solicitud de la policía podrá ordenar la suspensión, congelamiento o el aseguramiento de cuentas, títulos de crédito y, en general, cualquier bien o derecho relativos a operaciones que las instituciones financieras establecidas en el país celebren con sus clientes y dará aviso inmediato a la autoridad encargada de la administración de los bienes asegurados y a las autoridades competentes, quienes tomarán las medidas necesarias para evitar que los titulares respectivos realicen cualquier acto contrario al aseguramiento.

No puede ignorarse, en estos casos, la responsabilidad económica de esta decisión y las consecuencias de una decisión desafortunada. En algunas legislaciones esa decisión requiere solicitud del Ministerio Público y orden del juez de control.

A la luz del artículo 201 del Código Federal de Procedimientos Penales:

El Ministerio Público, por sí mismo o a solicitud de la policía, podrá ordenar el aseguramiento de inmuebles los cuales podrán quedar en posesión de su propietario o poseedor, siempre y cuando no se afecte el interés social ni el orden público. Quienes queden en posesión de los inmuebles no podrán ejercer actos de dominio y, en caso de que generen frutos o productos, estarán obligados en los términos de los artículos 12 y 15 de la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público. En todo caso, se respetarán los derechos legítimos de terceros.

Es importante prever, conforme al artículo 202 que: “El aseguramiento no será causa para el cierre o suspensión de actividades

de empresas, negociaciones o establecimientos con actividades lícitas” y que, conforme al artículo 203:

No estarán sujetas al aseguramiento, las comunicaciones escritas entre el imputado y las personas que puedan abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco o secreto profesional, y las notas que hubieran tomado estas personas sobre comunicaciones confiadas por el imputado o sobre cualquier circunstancia, a las cuales se extiende el derecho de abstenerse a declarar o el secreto profesional.

CAPÍTULO CUARTO

EL INDICIO COMO DATO DE PRUEBA EN LA DETENCIÓN POR CASO URGENTE

Para el caso urgente el artículo 16 de la Constitución federal exige, entre otros requisitos que la detención se realice con orden del Ministerio Público para lo cual debe fundar y expresar “los indicios que motiven su proceder”.

Como la detención presupone la existencia de un indicio, que de principio legitima esa privación de libertad, el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito había considerado que:

La fuerza probatoria de un indicio será mayor o menor según sea mayor o menor el nexo lógico entre la circunstancia indiciante y el hecho a probar; en otras palabras, el valor de un indicio está siempre en razón de la mayor o menor afinidad de relación que el hecho de donde deriva tenga con el delito o con el autor de él, o con el uno y el otro a la vez.⁵⁴

Es muy claro el párrafo sexto del artículo 16 de la Constitución Política cuando dispone que:

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

⁵⁴ INDICIO. VALOR PROBATORIO, TA, *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. Época, T.C.C., t. XIV, julio de 1994, p. 621.

Porque exige del indicio no sólo en cuanto denomina al detenido “indiciado” sino porque justifica la detención en el “indicio”. No se olvide que se trata de una detención ministerial, es decir, administrativa, que acata la policía del Ministerio Público.

Se supone que la ausencia de indicios hace ilegítima la detención por caso urgente y, por el contrario, la presencia de algún indicio facilita la acción ministerial y, de hecho justifica la detención. No se ignore, con esto, que el concepto de “indiciado” es el más apreciado por nuestro constituyente y puede concluirse en el valor reconocido del “indicio” como forma justificante de la acción policial, la investigación y la acción penal por delito.

¿Hay alguna diferencia entre indicio y dato de prueba? Hoy no puede admitirse una diferencia aunque es más rico el concepto de dato de prueba porque ha sido especificado. Es claro que el indicio es un dato de prueba, esto es, una referencia a un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez.

Del latín *indicium* (indicación, revelación, anuncio de algo, también delación o denuncia), nombre de resultado del verbo *indicare* (señalar, anunciar, declarar, señalar con el dedo), relacionado también con la palabra *index*, *indicis* (indicador, señalador, índice), vocablos que se componen del prefijo in (dirección a un interior) y la raíz de los verbos *dicere/dicare* (decir, pero en origen, sobre todo señalar, indicar, comparte raíz con *digitus*, dedo).⁵⁵

Concepto especialmente válido para nuestro medio cuando el “indiciado” puede cometer un delito o participar en su comisión (*cf.* art 16, 3), cuando cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito (*cf.* art. 16, 5), lo que amerita hasta la detención ministerial siempre y cuando exprese los indicios (*cf.* art. 16, 6), la retención ministerial (*cf.* art. 16, 10), y permite la puesta a disposición del juez de control (*cf.* art. 19) y ordenar el auto de vinculación a proceso.

⁵⁵ <http://etimologias.dechile.net/?indicio>.

Para el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito:

El “indicio” es una circunstancia cierta de la que se puede sacar, por inducción lógica, una conclusión acerca de la existencia (o inexistencia) de un hecho a probar; por tanto, la convicción indiciaria se basa en un silogismo en el que la premisa mayor (abstracta y problemática), se funda en la experiencia o en el sentido común, la premisa menor (concreta y cierta) se apoya o constituye la comprobación del hecho, y la conclusión, sacada de la referencia de la premisa menor a la premisa mayor, el indicio, por consiguiente, se diferencia de la presunción en que el dato genérico y probable agrega el dato específico y cierto, a lo abstracto une lo concreto; de lo que antecede ya se desprende sin dificultad que requisito primordial de la prueba indiciaria es la certeza de la circunstancia indiciante, o sea, que el indicio presupone necesariamente la demostración de circunstancias indispensables por las que se arguye indirecta pero lógicamente el hecho que hay que probar mediante un proceso deductivo, con la misma certeza que da la prueba directa.⁵⁶

El Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito mantiene en parte el criterio conceptual considerando que:

En el proceso penal no es dable acoger la falacia de la división, que consiste en asumir que las partes de un todo deben tener las propiedades de éste, y que en el caso se refleja al aislar cada elemento de convicción y demeritar su eficacia o contundencia demostrativa por sí mismo, es decir, considerado aisladamente.

Lo anterior es improcedente —continúa sosteniendo el tribunal—, cuenta habida que de cada medio de prueba pueden desprenderse uno o varios indicios, signos o presunciones, con un determinado papel incriminador, partiendo de que el indicio atañe al mundo

⁵⁶ TA, INDICIO. CONCEPTO DE, *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. Época, T.C.C., t. XIV, julio de 1994, p. 621.

de lo fáctico e informa sobre la realidad de un hecho acreditado, que sirve como principio de prueba, no necesariamente para justificar por sí mismo un aserto, o la verdad formal que se pretende establecer, sino para presumir la existencia de otro hecho desconocido, a base de razonar silogísticamente partiendo de datos aislados que se enlazan entre sí en la mente, para llegar a una conclusión, y es precisamente la suma de todos los indicios, lo que constituye la prueba plena circunstancial, que se sustenta en la demostración de los hechos indiciarios y en el enlace natural, más o menos necesario, entre la verdad conocida y la buscada.

Por ello, la eficacia de la prueba indiciaria o circunstancial, como prueba indirecta, no parte de pruebas plenas aisladas, sino de datos unívocos, concurrentes y convergentes, de cuya articulación, concatenación y engarce, se obtiene objetivamente una verdad formal, a través de una conclusión natural, a la cual cada indicio —considerado en forma aislada— no podría conducir por sí solo.⁵⁷

⁵⁷ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXVI, agosto de 2007, p. 1456. PRUEBA INDICIARIA O CIRCUNSTANCIAL EN MATERIA PENAL. Su eficacia no parte de pruebas plenas aisladas, sino de datos unívocos, concurrentes y convergentes, de cuya articulación, concatenación y engarce se obtiene objetivamente una verdad formal, a través de una conclusión natural a la cual cada indicio, considerado en forma aislada, no podrá conducir por sí solo.

CAPÍTULO QUINTO

DATO DE PRUEBA Y ETAPA DE INVESTIGACIÓN

I. LAS AUDIENCIAS DE LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁹ *Idem.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ante la solicitud escrita del Ministerio Público:

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

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

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

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

2. Audiencia de control de la acción

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

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

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

ofendidos tienen derecho de “impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño”.

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

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

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

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

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

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

Porque es necesario el dato de prueba:

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

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

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

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

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

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

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

3. *Audiencia de control de la detención*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Audiencia inicial y/o vinculación a proceso

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Coherente con el derecho al silencio:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El Código Federal dispone en el artículo 408 que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. *Informe policial homologado y datos de prueba*

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

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

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

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

2. *Carpeta de investigación y datos de prueba*

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

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

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

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

III. DATO DE PRUEBA Y AUDIENCIA DE VINCULACIÓN A PROCESO

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

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

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

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

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

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

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

tos que exige el párrafo tercero para la orden de aprehensión, es decir, “que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Datos de prueba y desahogo de pruebas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En relación con la detención “en casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de Ley”. En el mismo sentido se entiende respecto a la vinculación a proceso cuando el artículo 19 dispone que la detención debe justificarse. Todo ello encuentra igual fundamento en el artículo 16, párrafo primero, cuando se dispone que “nadie

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, *Análisis a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*, México, Porrúa, 2004.
- ALVARADO, Arturo (ed.), *La reforma de la justicia en México*, México, El Colegio de México, 2008.
- BANACLOCHE PELAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús, *Aspectos fundamentales del derecho procesal penal*, Madrid, La Ley, 2010.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, México, Flores Editores, 2010.
- , *La etapa intermedia en el proceso penal acusatorio y oral*, México, Flores Editores, 2011.
- CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo, *Práctica de la prueba judicial*, Bogotá, Acoe Ediciones, 2009.
- CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, México, Publicación del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2006.
- CÁSARES RAMÍREZ, José Jesús, *El poder de acusar del Ministerio Público*, México, Porrúa, 2010.
- CERVANTES MARTÍNEZ, Jaime Daniel, *Teoría y praxis de la prueba*, México, INADEJ, 2006.
- DAGDUG KALIFE, Alfredo, *La prueba testimonial ante la delincuencia organizada*, México, Porrúa, 2006.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Sobre la Ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en DELGADILLO AGUIRRE, Alfredo (comp.), *Prueba ilícita en el procedimiento penal*, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho, 2007.
- DEL RÍO LABARTHE, Gonzálo, *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*, Lima, Ara Editores, 2010.
- DELGADILLO AGUIRRE, Alfredo, *La prueba ilícita en el procedimiento penal*, México, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho, 2007.

- DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 5a. ed., Bogotá, Colombia, Temis, 2006.
- EMBRIS VÁSQUEZ, José Luis, *El arraigo domiciliario del sistema acusatorio y oral*, México, Flores Editores, 2012.
- EMBRIS VÁSQUEZ, José Luis, *Medidas cautelares*, México, Editorial Porrúa, 2011.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, España, Marcial Pons, 2005.
- GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *La valoración de la prueba en los juicios orales*, México, Flores Editores, 2010.
- GARCIA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, México, Porrúa, 2008.
- GUZMÁN, Carlos A., *El examen en el escenario del crimen*, Montevideo, IBdeF, 2010.
- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *Programa de derecho procesal penal*, 19. ed., México, Porrúa, 2011.
- HERNÁNDEZ SILVA, Pedro, *Procedimientos penales en el derecho mexicano*, México, Porrúa, 2006.
- HIDALGO MURILLO, José Daniel, *La etapa de investigación en el sistema procesal penal acusatorio mexicano*, México, Porrúa, 2009.
- MAIER, Julio B. J., *Antología. El proceso penal contemporáneo*, Perú, Pa-lestra, 2008.
- MALDONADO SÁNCHEZ, Isabel, *La policía en el sistema penal acusatorio*, 3a. ed., México, Ubijus, 2011.
- MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, *Filosofía jurídica de la prueba*, 2a. ed., Porrúa, 2001.
- MEGINO FERNÁNDEZ, Diego. *El incidente de nulidad de actuaciones*, 2a. ed., Lisboa, Juruá, 2010.
- MICHELLI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, Bogotá, Colombia, Temis, 2004.
- MORENO VARGAS, Mauricio *et al.*, *Nuevo sistema de justicia penal para el Estado de México*, México, Porrúa, 2010.
- NAVA GARCÉS, Alberto Enrique, *La prueba electrónica en materia penal*, México, Porrúa, 2011.

- RIVERA MORALES, Rodrigo, *La prueba: un análisis racional y práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo, *El juez federal penal especializado en medidas cautelares*, México, Porrúa, 2010.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2011.
- , *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid, España, Marcial Pons, 2010.