

## 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.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> 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 repitamos 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”.<sup>9</sup> Aunque espero utilizar este Acuerdo

<sup>9</sup> 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”.<sup>10</sup>

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.<sup>11</sup>

“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”.<sup>12</sup> 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”.<sup>13</sup>

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

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

<sup>11</sup> *Ibidem*, 6o.

<sup>12</sup> *Ibidem*, 7o.

<sup>13</sup> *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.<sup>14</sup>

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.<sup>15</sup>

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

<sup>14</sup> *Ibidem*, 9o.

<sup>15</sup> *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.<sup>16</sup>

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”.<sup>17</sup> De inmediato se “procederá a su fijación por las diversas técnicas criminalísticas, concluyendo este paso con el inicio del embalado”.<sup>18</sup>

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

<sup>16</sup> *Ibidem*, décimo cuarto.

<sup>17</sup> *Ibidem*, décimo quinto.

<sup>18</sup> *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”.<sup>19</sup>

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.<sup>20</sup>

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.<sup>21</sup>

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.<sup>22</sup>

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

<sup>19</sup> *Ibidem*, décimo séptimo.

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> *Idem*.

<sup>22</sup> *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.<sup>23</sup> 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

<sup>23</sup> *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”.<sup>24</sup> 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”.<sup>25</sup>

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.<sup>26</sup>

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

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

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

<sup>26</sup> “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.<sup>27</sup>

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

<sup>27</sup> *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.<sup>28</sup> 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-

<sup>28</sup> 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”.<sup>29</sup>

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

<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> 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).<sup>31</sup> 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

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

<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup>

## 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-

<sup>32</sup> 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”,<sup>33</sup> 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 previa<sup>34</sup> o el proceso penal” (Acuerdo A/002/2010).<sup>35</sup>

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

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup>

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

<sup>36</sup> 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”.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup>

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.<sup>39</sup>

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

<sup>38</sup> *Ibidem*, vigésimo séptimo.

<sup>39</sup> *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.<sup>40</sup>

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-

<sup>40</sup> 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”.<sup>41</sup> 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

<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup>

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.<sup>43</sup>

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

<sup>42</sup> *Ibidem*, trigésimo segundo.

<sup>43</sup> *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.<sup>44</sup>

“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”.<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup>

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

<sup>44</sup> *Idem.*

<sup>45</sup> *Ibidem*, trigésimo cuarto.

<sup>46</sup> *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.<sup>47</sup>

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

<sup>47</sup> *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 “transéúntes” 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.<sup>48</sup>

<sup>48</sup> 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).