

CAPÍTULO TERCERO

DATO DE PRUEBA Y DETENCIÓN EN FLAGRANCIA

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

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

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

La Constitución federal ha exigido al juez de control garantizar en los procedimientos “los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos” (*cf.* art. 16, 14) porque, entre otras razones admite que “cualquier persona puede detener al indiciado en el

momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público” (*cf.* art. 16, 5). Es claro que una manifestación clara de la “flagrancia” es la “evidencia” (dato de prueba) en poder de la persona detenida.

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

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

I. DETENCIÓN Y ASEGURAMIENTO POR PARTICULARES

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

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

tamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵¹ *Ibidem*, cuadragésimo quinto.

II. ASEGURAMIENTO POR PARTICULARES Y VIOLACIÓN DE DERECHOS DEL DETENIDO

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

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

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

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

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

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

III. DETENCIÓN POLICIAL Y ASEGURAMIENTO DE EVIDENCIA FÍSICA

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

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

Pues bien:

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

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

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

Conforme al artículo 186 del Código Federal de Procedimientos Penales:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Se dispone igualmente en la misma norma que:

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

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

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

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

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

El artículo 199 del Código Federal dispone que:

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

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

En relación con el artículo 200:

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

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

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

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

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

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

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