

SEGUNDA PARTE

CUESTIONES PROCESALES Y DE PERSECUCIÓN CRIMINAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

I. ASPECTOS PROCESALES

Los actos de investigación criminal tienen como finalidad identificar, observar, recaudar, analizar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán vertidos en el juicio oral para confirmar las proposiciones fácticas de las partes en conflicto, así como para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento penal.⁸⁶ Es decir, ésta puede ser entendida como un proceso metodológico que se integra por una serie de pasos cuya esencia es el procesamiento de información que, finalmente, será utilizada para resolver el conflicto penal.⁸⁷

1. *Etapas de investigación*

La etapa de investigación es la etapa del proceso penal acusatorio que tiene como principal finalidad el consignar y asegurar —dentro del marco de la legalidad y seguridad jurídica— todo aquello que pueda ser útil para la comprobación de un hecho

⁸⁶ Bedoya Cierra, Luis Fernando, *La prueba en el proceso penal colombiano*, Colombia, Fiscalía General de la Nación, 2008, p. 39.

⁸⁷ Secretaría de Seguridad Pública, *Manual de Actuación Policial, Fortalecimiento de la seguridad de los mexicanos*, México, s. e., 2007, p. 74.

presuntamente ilícito — y/o con posible relevancia penal—, así como para la identificación de quienes hayan participado en tal acontecimiento, para que el órgano público de persecución penal pueda decidir si sostienen acusación en contra de una determinada persona o, en su caso, para que la defensa solicite su absolución dentro de un enjuiciamiento criminal oral, público, contradictorio, con todas las garantías y en los márgenes del debido proceso.⁸⁸

Por otra parte, se puede concebir a la etapa de investigación como aquella en la que el Ministerio Público practica diversas diligencias con el propósito de concentrar los elementos necesarios de convicción que permitan la comprobación del hecho delictivo e identificar plenamente a las personas a quienes se les imputa los mismos.⁸⁹ Es decir, tiene como principal finalidad el esclarecimiento de los hechos y conocer si existe fundamento para iniciar un juicio en contra de una o varias personas.⁹⁰

Desde una dimensión adversarial la primera etapa de este modelo de enjuiciamiento criminal puede definirse como el espacio en el que dos actores (Ministerio Público y defensa) despliegan fórmulas y planteamientos para revelar, apoyados en su propia teoría del caso, sus puntos de vista y el cúmulo de medios probatorios que respaldan sus posiciones, previo a llegar a la etapa de juicio oral, momento procesal cúspide en el sistema penal acusatorio en que encontrarán a un tercero (juez) en condiciones de imparcialidad y que resolverá el conflicto penal.⁹¹

⁸⁸ Carocca Pérez, Alex, *El nuevo sistema procesal penal*, 3a. ed., Chile, LexisNexis, 2005, p. 113.

⁸⁹ Oronoz Santana, Carlos Mateo, *op. cit.*, p. 159.

⁹⁰ Poder Judicial de la Federación, *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio*, *op. cit.*, p. 301.

⁹¹ Blanco Suárez, Rafael *et al.*, *op. cit.*, p. 15.

2. *Formas de iniciar la investigación en el sistema penal acusatorio*

A. *Denuncia*

Es la noticia —o aviso— que —sin la intención de figurar como parte en el proceso consiguiente— da cualquier persona a las autoridades competentes, de la probable comisión de un hecho ilícito con trascendencia penal, para que inicien la investigación que corresponda.⁹² Es decir, es el acto mediante el cual un ciudadano, que ha tenido noticia acerca del hecho conflictivo ilegal, lo pone en conocimiento de algunos de los órganos estatales encargados de la persecución penal.⁹³

Básicamente —y atendiendo a su naturaleza—, la denuncia como narración —y relación— de actos que se suponen delictuosos hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que esta tenga conocimiento de ello, es un acto provocatorio desprovisto de instancia que resulta indispensable para dar impulso inicial a la investigación criminal.⁹⁴

EL ACFPP en su artículo 174, señala:

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.

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

⁹² Carocca Pérez, Alex, *op. cit.*, p. 115.

⁹³ Binder, Alberto M., *op. cit.*, p. 33.

⁹⁴ Rivera Silva, Manuel, *El Procedimiento Penal*, México, Porrúa, 1949, p. 108; Alcalá-Zamora y Castillo Nieto, *Aciertos terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico, estudio de teoría general e historia del proceso*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 365.

imputados, si hubieren sido detenidos en flagrancia. Quien tenga el deber jurídico de denunciar y no lo haga, será acreedor a las sanciones correspondientes.

No estarán obligados a denunciar: el tutor, curador, pupilo, cónyuge, concubina o concubinario del imputado, los parientes por consanguinidad o por afinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado y en la colateral por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive.⁹⁵

B. *Querrela*

La querrela constituye una declaración de voluntad —frente a la denuncia, que generalmente es de mero conocimiento— por la que una persona afectada directamente por un delito expresa formalmente, ante el órgano estatal encargado de la persecución criminal, la intención de constituirse en parte acusadora en un proceso penal e iniciar el procesamiento contra unos hechos que se estiman constitutivos de delito o falta.⁹⁶ En otras palabras, es la relación de hechos expuesta por el ofendido —víctimas o afectados directos de un delito— ante el órgano investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor por el ilícito cometido

⁹⁵ El Código de Procedimientos Penales de Morelos en su artículo 228 nos expresa que “Cualquier persona deberá comunicar al Ministerio Público el conocimiento que tenga de la comisión de un hecho que revista caracteres de delito”. Por su parte el Código de Procedimientos Penales del Estado de México en el artículo 223 establece que: “Toda persona que tenga conocimiento de la comisión de hechos posiblemente constitutivos de delito perseguible de oficio, está obligada a denunciarlos de inmediato al ministerio público o a la policía. Si en el lugar donde se realizó el hecho delictuoso no hubiere policía o Ministerio Público, la denuncia podrá formularse ante cualquier autoridad pública, quien la recibirá y la comunicará sin demora al Ministerio Público más próximo, que podrá ordenarle la realización de diligencias que estime convenientes y necesarias, lo que se hará constar en el registro de la investigación”.

⁹⁶ Bujosa Vadell, Lorenzo *et al.*, *Derecho procesal penal*, Salamanca, Ciencias de la Seguridad (CISE), 2003, p. 248.

a fin de que reciba la sanción penal correspondiente y repare el daño causado con su ilícito.⁹⁷

El ACFPP en el artículo 177, prescribe:

La querrela es la expresión de la voluntad de la víctima u ofendido o su representante legal o del legalmente facultado para ello, mediante la cual manifiesta expresa o tácitamente ante el ministerio público, su deseo de que se inicie la investigación de uno o varios hechos que la ley señale como delitos y que requieran un requisito de procedibilidad y, en su caso, se ejerza la acción penal correspondiente.

La querrela deberá contener, en lo conducente, los mismos requisitos de la denuncia, el ministerio público deberá cerciorarse que éstos se encuentren debidamente satisfechos a fin de poder ejercer la acción penal.⁹⁸

⁹⁷ Silva Rivera, Manuel, *El procedimiento penal*, 7a ed., México, Porrúa, 1975, p. 118; *ibidem*, p. 41.

⁹⁸ El código de Procedimientos Penales para Morelos en el artículo 231, nos define querrela como: “La expresión de voluntad de la víctima u ofendido del delito, o de sus representantes, mediante la cual se manifiesta, expresa o tácitamente, su deseo de que se ejerza la acción penal”. Por su parte el Código de Procedimientos Penales del Estado de México en su artículo 229 presume que: “El ejercicio de la acción penal dependerá de querrela, sólo en aquellos casos previstos expresamente en este código. La querrela es la expresión de voluntad de la víctima, ofendido o sus representantes, mediante la que se manifiesta expresa o tácitamente su interés de que se inicie una investigación y se ejerza la acción penal correspondiente en los casos en que la Ley lo exija como una condición de procedibilidad”. El Código Procesal Penal para el estado de Oaxaca en el artículo 209 dice que: “El delito perseguible por querrela es la manifestación de voluntad de la víctima del delito mediante la cual expresa su deseo de que se ejerza la acción penal, en los casos en que la Ley la exija como requisito de procedibilidad”. El Código modelo de la CONATRIP en el artículo 232 manifiesta que: “Se entiende por querrela la expresión de voluntad de la víctima del delito, o de sus representantes, mediante la cual se manifiesta, expresa o tácitamente, su deseo de que se ejerza la acción penal, cuando el delito que se denuncia depende de instancia de parte”.

C. *Flagrancia*

Se considera flagrancia, como constitucionalmente se precisa, la detención de una persona en el momento mismo en el que se está cometiendo un hecho presuntamente delictivo. En este caso, quien lo ha realizado puede ser detenido por cualquier persona, incluido un particular.⁹⁹ El acto con el que una persona es sorprendida mientras está cometiendo un delito o en un estado declarado equivalente por la ley, la priva provisionalmente de su libertad personal un sujeto autorizado, para ponerle a disposición de esa misma autoridad.¹⁰⁰ Cuando se estuviese cometiendo un delito o se acabaren de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto.¹⁰¹

El CFPP en el artículo 214, indica:

Cualquiera podrá detener a una persona: I. En el momento de estar cometiendo el delito; II. Cuando sea perseguido material e inmediatamente después de cometer el delito, o III. Inmediatamente después de cometer el delito, cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito, o cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

En estos casos, el imputado deberá ser puesto sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud a la del Ministerio Público. La flagrancia puede ser percibida

⁹⁹ Ramírez García Sergio, *El nuevo proceso penal mexicano*, 2a ed., Argentina, Porrúa, 2011, p. 75.

¹⁰⁰ Silva Silva, José Alberto, *Derecho procesal penal*, 2a. ed., México, Oxford, 1997, pp. 502 y 503.

¹⁰¹ Bujosa Vadell, Lorenzo *et al.*, *op. cit.*, p. 122.

de manera directa por los sentidos o con auxilio de medios tecnológicos.¹⁰²

¹⁰² El Código de Procedimientos Penales del estado de Morelos nos dice en su artículo 171 que: “Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al detenido a la autoridad más próxima y ésta con la misma prontitud a la del Ministerio Público”. Por su parte el Código Procesal penal para el estado de Oaxaca en el artículo 167 nos remite a los siguientes supuestos: “Se entiende que hay delito flagrante cuando: I. La persona es sorprendida en el momento de estarlo cometiendo; II. Inmediatamente después de cometerlo, es perseguido materialmente. III. Inmediatamente después de cometerlo, la persona es señalada por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito, y se le encuentren objetos o indicios que hagan presumir fundadamente que acaba de intervenir en un delito”. El código Modelo de la CONATRIIP refiere en su artículo 184: “Habrá flagrancia únicamente cuando el presunto autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después. Por otra parte, el Código de Procedimientos Penales del Estado de México nos habla en el artículo 187 de delito flagrante cuando; la persona es detenida en el momento de estar cometiendo el hecho delictuoso, o bien, cuando el indiciado es perseguido material, ininterrumpida e inmediatamente después de ejecutarlo”. El Código Procesal Penal Para el estado de Zacatecas en su artículo 204 supone que: “Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay delito flagrante cuando: I. La persona es sorprendida en el momento de estarlo cometiendo; II. Inmediatamente después de cometerlo, es perseguido materialmente. III. Inmediatamente después de cometerlo la persona es señalada por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y se le encuentren objetos o indicios que hagan presumir fundadamente que acaba de intervenir en un delito”. Por último, el Código de Procedimientos Penales Para el estado de Baja California en el artículo 163 maneja los siguientes supuestos en caso de flagrancia: “Se entiende que hay delito flagrante cuando: I. La persona es sorprendida en el momento de estarlo cometiendo. II. Inmediatamente después de cometerlo, es perseguido materialmente. III. Inmediatamente después de cometerlo, la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito, o se le encuentren objetos o indicios que hagan presumir fundadamente que acaba de intervenir en el delito. IV. Tratándose de delitos graves y dentro de las 72 horas posteriores a la comisión del hecho delictuoso, la persona es señalada como responsable por la víctima, por algún testigo o quien hubiese participado con ellos en el delito, o se

D. *Caso urgente*

Es una forma de detención creada por el legislador con la finalidad de abatir la impunidad en la comisión de delitos considerados como graves por la ley, mediante la cual se faculta al Ministerio Público para ordenar la detención de una persona, bajo su más estricta responsabilidad, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder, en aquellos casos en que no se acredite una detención en flagrancia o flagrancia equiparada; siempre y cuando la representación social acredite tres requisitos ineludibles que son: tratarse de un delito grave; que exista una circunstancia de riesgo de que el inculpado se evada a la acción de la justicia, y que no se pueda acudir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión correspondiente.¹⁰³ La violación de esta disposición será sancionada conforme a las disposiciones penales aplicables y la persona detenida será puesta en inmediata libertad.¹⁰⁴

encuentre en su poder el instrumento o producto del delito, o aparezcan huellas o indicios que indiquen su participación en el mismo delito”.

¹⁰³ Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, *Manual básico de formación para el agente del ministerio público*, Colombia, Ubijus, 2010, t. I, p. 748.

¹⁰⁴ El Código de Procedimientos Penales para el estado de Morelos en el artículo 173 expone que existe caso urgente en los supuestos de que: “I. Exista sospecha fundada de que el imputado ha participado en alguno de los delitos calificados como graves en este Artículo II. Exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia. III. Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda el Ministerio Público ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión”. A su vez, el Código Modelo de la CONATRIIP en su artículo 185 marca que existe cuando: “a) Exista sospecha fundada de que el imputado ha participado en alguno de los delitos calificados como graves en este artículo. b) Exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia. c) Por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda el Ministerio Público ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión. II. Para los efectos de este artículo, se califican como graves los delitos señalados en el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. III. De actualizarse los supuestos previstos en el primer párrafo, el Ministerio Público podrá ordenar por escrito la detención del im-

El ACFPP en su artículo 215 estipula:

Sólo en casos urgentes el ministerio público podrá, bajo su responsabilidad y fundando y expresando los datos de prueba que motiven su proceder, ordenar la detención de una persona, siempre y cuando concurren los siguientes supuestos: I. El imputado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en el artículo 216 de este Código; II. Exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia, y III. Por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante la autoridad judicial.

putado, debiendo expresar en dicha orden los antecedentes de la investigación y los indicios que motivan su proceder. 4. Los agentes de policía que ejecuten una orden de detención por caso urgente, deberán presentar inmediatamente al imputado ante el ministerio público que haya emitido dicha orden. El Ministerio Público, dentro de las 48 horas siguientes deberá presentarlo ante el juez y solicitar la vinculación a proceso”. Por otra parte, el Código de Procedimientos Penales para el estado de México en el artículo 189 nos remite que habrá caso urgente cuando concurren las siguientes circunstancias: “Que se trate de delito grave así calificado por la Ley; que exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y que por razón de la hora, lugar o circunstancia, no pueda el Ministerio Público acudir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión”. Por su parte, el Código Procesal Penal para el estado de Zacatecas, en su artículo 205 refiere que existe caso urgente cuando: “I. Exista sospecha fundada de que el imputado ha participado en alguno de los delitos previstos en el artículo 195 de este Código; II. Exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia. III. Por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda el Ministerio Público acudir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión”. También, el Código de Procedimientos Penales del estado de Baja California en el art. 164 maneja el supuesto de caso urgente cuando; “I. Exista sospecha fundada de que el imputado ha participado en alguno de los delitos señalados en el artículo 155 de este Código. II. Exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia. III. Por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda el Ministerio Público ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión”.

La violación de esta disposición será sancionada conforme a las disposiciones penales aplicables y la persona detenida será puesta en inmediata libertad.

3. *Formas de terminación anticipada de la investigación y archivo provisional*

A. *No iniciar la investigación*

Significa que el Ministerio Público podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia o querrela no fueren constitutivos de delito, o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado; para que pueda darse esta facultad es necesario que, al momento de decidirlo no se haya producido la intervención del juez de control en el proceso.¹⁰⁵

El ACFPP en el artículo 243, expone:

El ministerio público podrá abstenerse de investigar, cuando los hechos relatados en la denuncia, querrela o acto equivalente, no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la acción penal o la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y motivada.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Bardales Lazcano, Erika, *op. cit.*, p. 96.

¹⁰⁶ El Código de Procedimientos Penales para el estado de Morelos, en el artículo 224 subscribe una facultad para abstenerse de investigar: “En tanto no se haya formulado la imputación en contra de alguna persona, el Ministerio Público podrá abstenerse de toda investigación, cuando fuere evidente que los hechos relatados en la denuncia o querrela no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer de forma indubitable que se encuentra extinguida la acción penal o la pretensión punitiva del imputado”. También el Código Procesal Penal para el estado de Oaxa-

B. *Criterios de oportunidad*

La facultad del Ministerio Público de interrumpir, suspender o hacer cesar la investigación de un hecho con caracteres que la ley considera como delito,¹⁰⁷ significa que dentro de los diversos medios posibles que se le ofrece al especialista en política criminal, éste debe elegir el instrumento que resulta más indicado al caso

ca, en su artículo 218 establece facultades para abstenerse de la investigación: “En tanto no se produzca la intervención del juez en el proceso, el Ministerio Público podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia o querrela no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado”. Por otra parte, el Código Modelo de la CONATRIP, en su artículo 237 estipula facultades para abstenerse de la investigación: “1. En tanto no se produzca la intervención del juez en el proceso, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. 2. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez sólomente en los casos en que lo solicite la víctima”. A la vez el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en su artículo 236 maneja la facultad para abstenerse de investigar: “El Ministerio Público podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado: en tanto no se formule la imputación”. Refiriendo a lo mismo el Código Procesal Penal para el estado de Zacatecas, trata en su artículo 248 la facultad para abstenerse de investigar: “En tanto no se produzca la intervención del juez competente en el procedimiento, el Ministerio Público podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado”. El Código de procedimientos Penales para el estado de Baja California en su artículo 225 explica: “Antes de que se produzca la intervención del juez en el procedimiento, el Ministerio Público podrá archivar en forma definitiva las actuaciones cuando los antecedentes le permitan concluir que en el caso concreto se actualiza alguna de las causales de sobreseimiento previstas en esta Ley”.

¹⁰⁷ Mafud Mafud, Héctor Anuar, *El nuevo proceso penal en el Estado de Oaxaca, juicio oral en materia penal*, Oaxaca, s. e., 2006, p. 129.

concreto. De esto se deduce que el uso de la sanción debe ser el último recurso, sólo utilizable cuando las policías sociales no han surtido sus efectos.¹⁰⁸

Las autoridades ministeriales y judiciales pueden ejercer la acción y determinar la sujeción a proceso de acuerdo con criterios de eficacia y eficiencia en el combate al delito y la administración de la justicia penal.¹⁰⁹ Significa la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en la presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales.¹¹⁰

Es la facultad concedida al Ministerio Público para dejar de ejercer, parcial o totalmente acción penal.¹¹¹ Los criterios de oportunidad buscan satisfacer el interés público que existe en torno a la efectividad y rapidez en la resolución de los conflictos sociales generados por el delito y, al mismo tiempo, satisfacer los intereses reparatorios de la víctima, el principio de oportunidad puede ser entregado por el Ministerio Público en dos momentos: 1) antes de realizar la imputación, y 2) una vez realizada la imputación. Hasta antes de la persecución del escrito de acusación.¹¹²

El ACFPP en artículo 245, trata:

El ministerio público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante, podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecu-

¹⁰⁸ Zúñiga Rodríguez, Laura, *Política criminal*, Salamanca, Ciencias de la Seguridad (C.I.S.E.), 2004, p. 70.

¹⁰⁹ Poder Judicial de la Federación, *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional*, cit., p. 200.

¹¹⁰ Chowell Arenas, Daniel Federico, *op. cit.*, p. 75.

¹¹¹ Santos Hernández, Jesús Ricardo, *Preguntas y respuestas sobre el sistema penal acusatorio en México, Juicios Orales*, México, 2010, p. 19.

¹¹² Bardales Lazcano, Erika, *op. cit.*, p. 97.

ción penal, limitarla a alguno o varios hechos delictivos o a alguna de las personas que participaron en los mismos cuando: I. Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad o tenga pena alternativa o cuya penalidad máxima no exceda de tres años de prisión y se hayan reparado los daños causados a la víctima u ofendido; II. El imputado haya realizado la reparación integral, a entera satisfacción de la víctima u ofendido del daño causado, en delitos de contenido patrimonial sin violencia sobre las personas o en delitos culposos.

Para los efectos del párrafo del anterior no procede el criterio de oportunidad cuando el imputado hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares, salvo que únicamente hubiere causado daño en propiedad ajena;

III. El imputado tenga una enfermedad terminal que sea consecuencia directa de la comisión del delito, de modo que fuere notoriamente innecesario o irracional la aplicación de una pena.

No procederán los criterios de oportunidad en los delitos fiscales y financieros.

El ministerio público debe aplicar los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y conforme a los casos previstos en este Código.

La aplicación de un criterio de oportunidad podrá ordenarse en cualquier momento y hasta antes de que se ejercite acción penal.¹¹³

¹¹³ El Código de Procedimientos Penales para el estado de Morelos, en su artículo 88 en su primer párrafo, apunta que “El agente del Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la Ley. No obstante, el Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguno o a varios hechos o a alguna de las personas que participaron en su realización, cuando: I. Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad...”. Por otra parte el Código Procesal Penal del Estado de Oaxaca, menciona en el artículo 219 sobre el principio de oportunidad que: “Los agentes del Ministerio Público podrán abstenerse de iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, cuando se trate de un hecho comprendido en los supuestos del artículo 196 (Principios de legalidad procesal y oportunidad). Para estos efectos, el

II. PRINCIPALES ACTOS Y DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

Es notorio que el cambio de modelo procesal acarrea consigo el perfeccionamiento de procedimientos, técnicas y protocolos de actuación por parte de los funcionarios del sistema de justicia criminal, según el rol que éstos desempeñen. Tal transformación implica —para cada operador que converge en esta área del de-

Ministerio Público deberá emitir una decisión fundada y motivada, la que comunicará a los intervinientes si los hubiere, y, en caso de que se haya sujetado al imputado a proceso, también al juez competente. La víctima contará con un plazo de 10 días para inconformarse de esta decisión ante el Procurador General del estado, quien de acuerdo a la Ley Orgánica respectiva, deberá verificar en un trámite expedito si la decisión del Ministerio Público se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas dictadas al respecto”. También, el Código Modelo de la CONATRIP, en su artículo 98, presume: “El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal pública en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante, podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, limitarla a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, cuando: a) Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad...”. Mientras que el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en el artículo 239, suscribe que: “El ministerio público podrá abstenerse de iniciar la investigación, abandonar la ya iniciada o no ejercitar la acción penal, cuando se trate de un hecho en que este código permita la aplicación de un criterio de oportunidad”. Por su parte, el Código Procesal Penal para el estado de Zacatecas, en el artículo 249 indica que; “Los representantes del Ministerio Público podrán abstenerse de iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se trate de un hecho comprendido en los supuestos del artículo 90 de este Código”. Al mismo tiempo el Código de Procedimientos Penales para el estado de Baja California, en el artículo 79 trata que: “El agente del Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante lo anterior, el Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguno o a varios hechos o a alguna de las personas que participaron en su realización, cuando: I. Se trate de un hecho socialmente insignificante...”.

recho— una profunda especialidad y pericia en las actuaciones que desempeña. En el caso específico de la policía, está presente la gran responsabilidad y/o obligación de formar y entrenar a nuestros agentes policiales en las nuevas funciones de investigación.

1. *Cateo*

El cateo puede entenderse como una técnica de investigación criminal que, empleada por las instituciones de persecución del delito —y sus auxiliares—, justifica legamente el allanamiento y registro de un domicilio particular con el propósito de buscar personas u objetos que estén vinculados —y/o relacionados— con la investigación de actos delictivos.¹¹⁴ El cateo es —definido desde otro enfoque— una medida precautoria que bajo tutela judicial ampara legalmente una serie de acciones policiales —y/o ministeriales— que pretenden poner al descubierto o encontrar información sobre hechos considerados ilegales.¹¹⁵

El cateo —como medio de investigación— opera en forma de diligencia de allanamiento que implica una interrupción forzada y contra la voluntad de los ocupantes en casa habitación, establecimiento comercial, oficina, inmuebles en general (ranchos, haciendas, villas, chalets...), aeronaves y naves marítimas con el propósito de —según sea el caso— hacer efectiva una orden de captura, rescatar las víctimas de un delito, quitar armas o efectos que provengan de su ejecución o con las cuales se hubiese llevado a cabo una infracción criminal.¹¹⁶

¹¹⁴ Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, *Manual básico de formación para el agente del ministerio público*, cit., p. 775.

¹¹⁵ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Narcomenudeo a juicio acusatorio y oral*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2011, p. 48.

¹¹⁶ Córdoba Arturo, Alfredo, *Aportes fundamentales al sistema penal acusatorio*, Colección Jurídica de la Defensa Pública, Colombia, Ibañez, 2008, vol. I, p. 190.

El ACFPP en su artículo 324, remite:

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. El ministerio público deberá dejar constancia de dicha solicitud en la que expresará 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.

Cuando la orden expedida se transmita por medio informático, se estará a lo dispuesto por este Código en lo relativo a dichos medios.¹¹⁷

¹¹⁷ El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en su artículo 88 marca que: “Sólamete la autoridad judicial podrá expedir la orden de cateo a solicitud del Ministerio Público, en la que se exprese el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que deban de aprehenderle y los objetos que se buscan, a lo que únicamente deberá limitarse la diligencia. La solicitud y orden de cateo podrán formularse a través de cualquier medio de comunicación. La determinación sobre el cateo deberá emitirse en forma inmediata, debiendo quedar registro fehaciente de estos actos. El oficio de respaldo de la autorización se podrá enviar al mismo tiempo o en forma diferida para constancia”. Referente a lo mismo el Código Procesal Penal para el estado de Oaxaca, en el artículo 231 refiere: “El cateo en recintos particulares, como domicilios, despachos, o establecimientos comerciales, previa autorización judicial, se realizará personalmente por el Ministerio Público con el auxilio de la policía cuando se considere necesario. Podrá procederse a cualquier hora cuando el morador o su representante consienta o en los casos sumamente graves y urgentes. Deberá dejarse constancia de la situación de urgencia en la resolución judicial que acuerda el cateo”. Por su parte el Código Procesal Penal para el estado de Zacatecas, en su artículo 264 nos señala: “Cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado, establecimiento mercantil u oficina, el ministerio público acudiría a la autoridad judicial competente a solicitar por escrito la diligencia, expresando su objeto y necesidad, así como la ubicación del lugar a inspeccionar y persona o personas que han de localizarse o aprehenderse, y los objetos que se buscan o deban asegurarse, a esto exclusivamente, se limitará la diligencia. Las diligencias de cateo las realizará el juez auxiliado por la policía ministerial y, en su caso, por otros cuerpos de seguridad pública. Faltando alguno de estos requisitos, la diligencia carecerá de todo valor probatorio. Podrá

2. *Inspección y preservación del lugar de los hechos y/o hallazgo*

La inspección es —en una primera aproximación— el examen u observación junto con la descripción de personas, cosas o lugares.¹¹⁸ En este sentido, cuando se hace en el marco de una investigación criminal tiene por objetivo verificar hechos, acciones, ubicar, evaluar y coleccionar indicios o evidencias, recaudar datos y testimonios vinculantes, que permitan hacer una apreciación reconstructiva —y preliminar— del caso materia de persecución penal.¹¹⁹

Tanto la inspección como la preservación son fundamentales —para la operación efectiva del sistema procesal acusatorio— que los agentes de policía —o cualquier miembro de las instituciones de seguridad pública (federales, estatales y municipales)— que tengan conocimiento del lugar de los hechos y/o del hallazgo de delitos informen —a la brevedad posible— sobre la existencia de éste al agente del Ministerio Público, para fines de la conducción y mando de la investigación del delito y de las instrucciones que, en su caso, les dicte para la preservación del lugar.¹²⁰

proceder en cualquier hora cuando el morador o su representante lo consienta o en casos sumamente urgentes. Deberá dejarse constancia de la situación de urgencia en la resolución judicial que acuerda el caso”.

¹¹⁸ Rivera Silva, Manuel, *op. cit.*, p. 263.

¹¹⁹ Guzmán, Carlos A., *El examen en el escenario del crimen. Método para la reconstrucción del pasado*, Buenos Aires, LBdeF, 2010, p. 3.

¹²⁰ En todo momento, es necesario tener presente que en los sistemas acusatorios el Ministerio Público tiene a su cargo la dirección funcional de la investigación de los delitos, cuya ejecución material corresponderá regularmente a la policía. En efecto, las policías son auxiliares del ministerio público y se encuentran subordinadas funcionalmente al mismo en todas aquellas tareas de investigación debiendo, por mandato constitucional, cumplir las órdenes directas que aquél les señale sin poder calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa cuando se trate de actuaciones que vulneren derechos previstos por la Constitución. *Cfr.* Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, *op. cit.*, p. 146.

Tal y como lo establece el Acuerdo número A/002/10¹²¹ en el lugar de los hechos y/o del hallazgo, los agentes de policía deberán:

- 1) Delimitar la zona e impedir que personal ajeno al ministerial y pericial, o en su caso, a las Unidades de Policía facultadas, puedan acceder a ella;
- 2) En caso de atentados con bombas u otros hechos delictivos cometidos con artefactos o sustancias peligrosas, se cerciorarán de que no existan estos elementos o cualquier otro objeto que pongan en riesgo a las víctimas o el lugar de los hechos y/o del hallazgo, procurando preservar las cosas en el estado en que se encontraban al momento de su arribo;
- 3) Fijar mediante cualquier medio que tengan a su alcance, ya sea a través de fotografías, videograbación, planos, y por escrito el lugar de los hechos y/o del hallazgo, detallando la ubicación exacta del lugar;
- 4) Asignar tareas de custodia de las distintas zonas delimitadas alejadas del lugar de los hechos y/o del hallazgo, a los agentes de Policía que vayan llegando;
- 5) Localizar y entrevistar a posibles testigos de los hechos, bajo las instrucciones del AMPF;
- 6) Detallar las condiciones en las que se encontraba el lugar de los hechos y/ o del hallazgo al momento de su arribo y revisión, al informar al AMPF y al redactar su informe; lo que hará el agente

¹²¹ Acuerdo número A/002/10 mediante el cual se establecen los lineamientos que deberán observar todos 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. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 3 de febrero de 2010. En opinión de especialistas este acuerdo representa, claramente, un paso hacia una mejora permanente de procuración de justicia federal, con miras a la implementación del nuevo modelo de enjuiciamiento criminal. Cfr. Romero Guerra, Ana Paola (coord.), *50 preguntas sobre la cadena de custodia federal*, México, INACIPE, Instituto Nacional de Ciencias penales, 2010, p.13.

de Policía encargado de dirigir la preservación; sin perjuicio de la elaboración del informe policial homologado,

7) Las demás necesarias para la PRESERVACIÓN DEL LUGAR DE LOS HECHOS Y/O DEL HALLAZGO.

El buen investigador ha de tener presente que objetos, documentos o personas que se encontraban en el lugar y en el momento en que ocurrieron los hechos que se desea verificar contienen alguna huella o rastro de lo ocurrido, de la realidad que desean verificar.¹²²

EL ACFPP en su México, 297, establece:

Inmediatamente que se tenga conocimiento de la comisión de un hecho que pueda constituir un delito, y en los casos en que ello sea procedente, la policía se trasladará al lugar de los hechos o del hallazgo y lo examinará con el fin de preservar y procesar todos los indicios que tiendan a demostrar el hecho y a señalar al autor y partícipes del mismo.¹²³

¹²² Natarén, Carlos F. y Ramírez, Beatriz E., *Introducción a la prueba en el nuevo proceso penal acusatorio*, México, Instituto de Formación Profesional-UBIJUS, 2008, p. 25.

¹²³ El Código de Procedimientos Penales del Estado de México, en su artículo 252 presume que: “Cuando sea necesario examinar personas, lugares u objetos por existir motivos suficientes para sospechar que se hallará evidencia relacionada con los hechos, se procederá a su inspección. Mediante la inspección se describirá el estado de las personas, los lugares, las cosas, las evidencias y otros efectos materiales existentes, que resulten de utilidad para averiguar el hecho o individualizar a los intervinientes. Cuando fuere posible, se recogerán o conservarán los elementos probatorios útiles. Se invitará a presenciar la inspección a quien habite el lugar o esté en él cuando se efectúa o, en su ausencia, a su encargado o a cualquier persona mayor de edad. Se preferirá a familiares del primero. De todo lo actuado se elaborará acta pormenorizada”. También, el Código Procesal Penal para el estado de Oaxaca, en el artículo 236 prescribe: “Cuando sea necesario inspeccionar lugares o cosas, fuera de los supuestos previstos en los artículos anteriores, por existir motivos suficientes para sospechar que se encontrarán rastros del delito o por presumirse que, en determinado lugar, se oculta el imputado o alguna persona evadida, se procederá a su inspec-

3. *Cadena de custodia*

En términos generales, en la cadena de custodia se concentran una serie reglas, normas, procesos y procedimientos que permiten acceder a niveles de gran efectividad para asegurar las propiedades originales de los elementos materia de prueba —o evidencias físicas— desde el momento de la recolección en el lugar de los hechos o del hallazgo hasta su disposición final al almacén de evidencias, en el contexto dentro de una progresiva posición de mejoramiento y modernización, con el propósito único de satisfacer —en la medida de lo posible, humana y científicamente— las necesidades y expectativas propias del sistema criminal de enjuiciamiento para lograr una pronta y cumplida justicia.¹²⁴ En este sentido, con la implementación de un correcto mecanismo de funcionamiento de cadena de custodia el órgano encargado de la investigación criminal podrá optimizar los recursos con los que cada operador cuenta para la realización de sus funciones y

ción. Las inspecciones, con o sin cateo, en lugares cerrados o cercados, aunque sean de acceso público, sólo podrán ser practicadas entre seis y las dieciocho horas salvo los casos urgentes respecto de los cuales podrán practicarse a cualquier hora. Mediante la inspección se comprobará el estado de las personas, los lugares, las cosas, los rastros y otros efectos materiales existentes, que resulten de utilidad para averiguar el hecho o individualizar a sus autores o partícipes. Cuando fuere posible, se recogerán o conservarán los elementos de convicción útiles. Si el hecho no dejó rastros, no produjo efectos materiales, si desaparecieron o existe evidencia de que fueron alterados, se describirá el estado actual, el modo, tiempo y causa posible de su desaparición o alteración, y los indicios a partir de los cuales se obtuvo ese conocimiento; análogamente se procederá cuando la persona que se busca no se halle en el lugar. Se invitará a presenciar la inspección a quien habite el lugar o esté en él cuando se efectúa o, en su ausencia, a su encargado, o a cualquier persona mayor de edad. Se preferirá a familiares del primero. De todo lo actuado se elaborará acta pormenorizada”.

¹²⁴ ACUERDO número A/002/10 mediante el cual se establecen los lineamientos que deberán observar todos 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.

la responsabilidad que le compete en el Sistema de Cadena de Custodia.¹²⁵

El correcto manejo de la Cadena de Custodia —sobre los elementos materiales probatorios y evidencia física— es fundamental para la acertada validación —o descarte— de las líneas de investigación que debe plantear el órgano investigador en torno a la indagación criminal que realiza. En gran medida, la preservación de las evidencias físicas —y los elementos materiales probatorios— son fundamentales tanto para la investigación como para la propia acusación en el proceso penal acusatorio. Por tal motivo, hay que otorgar enorme cuidado a tal proceso de la investigación criminal.

4. *Informe policial*

El policía, comúnmente —durante su ejercicio cotidiano—, tiene que practicar una serie de informes para respaldar su actividad. Éstos constituyen el medio oficial donde el funcionario policial redacta —y describe— los resultados de su investigación con la finalidad de aportar y suministrar información que auxilie al Ministerio Público en su indagación criminal. En la actualidad se pueden presentar dos tipos de informes: 1) informe total es el documento, en el que se plasman todos y cada uno de los requerimientos de la autoridad competente, y, por lo tanto, se da cumplimiento al mandamiento 2) informe parcial, es el documento donde se plasman uno o varios requerimientos de la autoridad competente, sin llegar a cumplir todos, y, por lo tanto, el mandamiento aún queda vigente.¹²⁶

¹²⁵ *Manual de procedimientos para cadena de custodia*, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2004, pp. 9 y ss.

¹²⁶ Hay que tener presente que el policía que elabora el informe debe realizar una serie de actividades requeridas de validación e inspección, así como cumplir con los criterios para la aceptación del mismo. Véase *Manual de Actuación Policial*, cit., p. 57.

Para fines procesales, y cuando en un juicio penal alguna de las partes lo considere necesario, el funcionario policial tendrá que presentar cabalmente dichos informes para apoyar y/o desacreditar la teoría del caso que se esté presentando en la etapa final del juicio. Lo anteriormente señalado, implica que el funcionario policial que labore dentro de los contornos de un sistema acusatorio deberá estar preparado para enfrentar los retos de su intervención en el nuevo sistema de justicia penal, sobre todo en audiencia oral. Es decir, tan trascendente es practicar una correcta investigación como saberla exponer y explicarla en el juicio.¹²⁷

5. *Entrevista a testigos*

En términos generales, entrevistar es hacer preguntas o conversar con alguien con la finalidad de obtener determinada información. En este sentido, el que entrevista podría estar indagando sobre personas, cualidades personales, hechos, acontecimientos naturales, lugares, objetos. En el contexto del enjuiciamiento criminal la entrevista es una técnica policial de investigación muy útil para la obtención de información sobre todo aquello que esté vinculado con un acontecimiento criminal (personas, indicios, evidencias, lugares, objetos, instrumentos, circunstancias de tiempo, modo y lugar...) con el propósito de conocer la verdad sobre el delito que se está investigando.¹²⁸

¹²⁷ La experiencia en aquellos lugares en los que se encuentra implementado el proceso acusatorio es que un policía que no cuenta con la formación y entrenamiento necesarios para desempeñar correctamente su función, difícilmente puede proyectar certeza y, mucho menos, logra tener la asertividad necesaria que se requiere para exponer el resultado de su investigación. Tampoco cuenta con la posibilidad de desarrollar una intervención en la audiencia que genere plena convicción al juez o tribunal. En estos supuestos, la frecuencia es el nerviosismo, no la certeza.

¹²⁸ Tomás Escobar, Raúl, *El interrogatorio en la investigación criminal*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2003, p. 251.

La experiencia empírica documentada —en diversos países— demuestra que el saber hacer preguntas de forma inteligente —y cuidadosa— es la base de la solución en la mayoría de las causas penales. Aún en el presente —y a pesar de que existe un gran desarrollo tecnológico— los entrevistadores competentes —con quienes cuentan las entidades policiales— contribuyen más a la solución de indagatorias criminales que cualquier avance derivado de la tecnología.

El impacto de las entrevistas en la construcción de la teoría del caso dentro de un juicio criminal es —en una frecuencia muy representativa— determinante. La anterior información es comprensible, ya que en la entrevista se puede obtener información sobre: 1) la identidad de la víctima del delito; 2) persona o personas que cometieron el ilícito; 3) cómplices y grado de participación en el hecho; 4) cuestiones generales de los hechos investigados; 5) detalles específicos sobre el caso criminal; 6) precisar e identificar testigos para futuros testimonios en audiencias judiciales; 7) comparar —y corroborar— la información con otra obtenida a través de otros medios; 8) conocer información sobre otros acontecimientos delictivos; 9) encontrar información que permita la localización de nuevos indicios y evidencias, entre otros.

Artículo 352. Entrevista como prueba anticipada:

Se considerará como prueba anticipada, la entrevista de testigos realizada por la policía de investigación previa al juicio oral, destinada a probar algún elemento sustancial del hecho delictuoso y que resulta imposible desahogar en el juicio. La entrevista deberá constar en videograbación, y sólo podrá admitirse cuando se presenten los supuestos siguientes:

- I. Cuando el testigo fallezca con posterioridad a la entrevista;
- II. Cuando el testigo padezca una enfermedad grave que le impida declarar, corroborada pericialmente;
- III. Cuando el testigo con posterioridad a la entrevista, sufra una enfermedad mental que le impida recordarlo, corroborado pericialmente, o

IV. Cuando el testigo sea víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o hecho delictivo de similar naturaleza.

La videograbación se presentará acompañada con el testimonio del policía que realizó la entrevista, para su desahogo en juicio, o bien, cuando por causas ajenas a las partes, no sea posible rendir el testimonio de la policía, se proyectará la videograbación.

III. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

Nuestra situación actual, de crisis en el sistema de justicia penal y altos niveles de inseguridad, ha propiciado que —junto con la asignación de mayores partidas presupuestales dedicadas al mantenimiento de la seguridad ciudadana y el frontal combate del crimen— se aprueben mandatos penales o procesales más duros y represivos a fin de lograr reducir los niveles de impunidad y de seguridad pública. En este sentido, medios extraordinarios de investigación, como el agente provocador, operaciones encubiertas y entregas vigiladas encuentran un espacio propicio para introducirse al derecho positivo.

1. *Agentes provocadores*

El agente provocador dentro de la esfera de la justicia penal es aquel que induce a otro a cometer un delito o, en su caso, a participar en su ejecución con actos de auxilio. Con relación a su conducta resulta necesario precisar que éste no realiza la conducta con la intención de dañar o poner en peligro el bien jurídico protegido por la norma, ni porta consigo el interés egoísta que subyace de la ejecución de todo hecho criminal, si no que su finalidad es conseguir que el individuo provocado se haga merecedor

de una pena.¹²⁹ Es decir, es el inductor que determina a otro a llevar a cabo la ejecución de un ilícito convirtiéndose este último en un mero instrumento por medio del cual el agente provocador logra su objetivo: conseguir una pena para el provocado.¹³⁰

Como ya se precisó en el párrafo anterior, el comportamiento y las acciones llevadas a cabo por el agente provocador acarrean consigo un contenido activo que está especialmente dirigido —y/o vinculado— a lograr que el individuo provocado se haga responsable criminalmente. Con ese propósito —de una u otra manera—, participa en la realización de un ilícito. Por tanto,

¹²⁹ Esta técnica de investigación tiene sus primeros antecedentes en Francia (agent provocateur), en sus inicios fue utilizada durante el periodo del absolutismo como un modelo de acción directa en la lucha política. Era un estrategia más de la mecánica sutil que era empleada por el Estado para conseguir determinados propósitos (fortalecerse y detectar aquellos que fueran sus enemigos o lo amenazarán). Estaba integrada por ciudadanos que descubrían a los enemigos políticos para recibir prebendas del príncipe o determinado tipo de favores. En esa época su actividad se centraba en espiar y enterar a la autoridad de tales acontecimientos, es decir, era un delator, no llevaba a cabo ningún acto de provocación. Sin embargo, al paso del tiempo, las operaciones de vigilancia ya no eran suficientes para acabar con los enemigos del régimen, y se pasa del espionaje a la provocación. En España, en sus inicios, igualmente, fue utilizada con esos fines, sirva señalar las actividades de José Manuel del Regato, famoso en lo inicios del siglo XIX, de quien Pío Baroja, (“Regato, el agente provocador”, en *Obras Completas*, t. V, Madrid, Biblioteca Nueva, 1948, 1169-1172), cuenta que era de los puntos fuertes del café Lorencini, y después de la Fontana de Oro... Así pudo tener noticias de los círculos liberales, masónicos, comuneros, anilleros y carbonarios, conferenciar con sus cabecillas y dar informes auténticos al rey. Regato apareció siempre donde hubiese ruido, arreglando la bulla y el alboroto, haciendo que los grupos liberales apareciesen como insensatos y absurdos. Ruiz Antón, Luis Felipe, *Agente provocador en el derecho penal*, Madrid, Edersa, 1982, pp. 6 y 7; Muñoz Sánchez, Juan, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 21; Alonso Pérez, Francisco, *Medios de investigación en el proceso penal. Legislación, Comentarios, Jurisprudencia y formularios*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2003, p. 576.

¹³⁰ Gómez De Liaño Fonseca-Herrero, Marta, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid, Colex, 2004, p. 142.

se está ante un escenario distinto al del delito provocado¹³¹ o a las hipótesis que concurre adopta el delator —o el denunciante— o el agente encubierto.

Recientemente, a fin de fortalecer la estrategia nacional en el combate a los delitos contra la salud pública —específicamente los relacionados a estupefacientes— se ha integrado a la legislación mexicana dicha figura a través del artículo 180 bis del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) que prescribe que:

Tratándose de los delitos de narcomenudeo previstos en los artículos 475, 476 y 477 de la Ley General de Salud, para fines de investigación el titular del Ministerio Público de la Federación podrá autorizar que agentes de la policía bajo su conducción y mando compren, adquieran o reciban la transmisión material de algún narcótico para lograr la detención del probable responsable del comercio o suministro de narcóticos o de la posesión de los mismos con dichos fines y el aseguramiento correspondiente.

Con relación a esta disposición el ordenamiento federal prevé que el Ministerio Público de la Federación o el servidor público que para la ocasión se designe podrá autorizar, caso por caso, a los

¹³¹ La diferencia que existe entre un delito provocado y una intervención policial dirigida al descubrimiento de pruebas del delito —conducta del agente provocador— es que el primeramente citado recae sobre personas que, en un principio, no tenían intención de delinquir; es decir, en los supuestos en que el sujeto no hubiera actuado de la forma en que lo hizo sino hubiere sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador. Asimismo, se podría decir que un aspecto que distingue el delito provocado del agente provocador radica en la existencia —o no— de una actuación inductora de persecución; mientras que en el delito provocado se incita a otro a la comisión de un ilícito que de otra forma no hubiera ocurrido, en el comportamiento orientado al descubrimiento de probanzas sobre un delito el agente provocador opera a raíz de un escenario delictivo que ya existía, es decir, no hay una intención criminógena, aunque sí la de poner al descubierto una actividad sancionada por la ley producto de una decisión criminal espontánea y libre. Guillén López, Germán, “El agente provocador: una fórmula para el combate al tráfico de drogas”, *Revista El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, México, 2008, p. 162.

titulares del Ministerio Público que pertenezcan a las entidades federativas para que por medio de sus policías empleen esta técnica de investigación. Una vez expedida dicha autorización el Ministerio Público de la Federación y, en su caso, el Ministerio Público de las entidades federativas, tendrá que precisar por escrito en la orden respectiva lineamientos, términos, limitaciones, modalidades y condiciones a los que debe sujetarse el agente o agentes de la policía que ejecuten la orden (180 bis, CFPP).¹³²

Desde un enfoque político criminal —que se privilegia la persecución penal— la conducta del agente provocador está justificada y es lícita porque éste realiza dicha acción —aparentemente ilícita— en cumplimiento de los deberes de su cargo. También —atendiendo a ciertos criterios de teoría del delito— se entiende que su actuar es impune porque en estos supuestos el comportamiento del provocador —no posee el dolo que exige el elemento subjetivo del tipo y— no cuenta con la voluntad para que el delito por él provocado llegue a su efectiva consumación —por lo que no posee la voluntad de consumación—, pues lo único que busca el agente provocador es poner en evidencia al individuo provocado a través de esta técnica de investigación.¹³³

Por último, para que no se presenten abusos en su aplicación y ésta sea lo más correcta se recomienda que se cuiden los aspectos siguientes: 1) exista un estricto respeto a los márgenes de propor-

¹³² También el artículo 180 bis CFPP establece que las actividades que desarrollen él o los policías que ejecuten la técnica de investigación se considerará que actúan en cumplimiento de un deber, siempre que su actuación esté apegada a los lineamientos, términos, modalidades, limitaciones y condiciones a que prevé este artículo. El Ministerio Público de la Federación deberá tendrá que dar aviso de la autorización prevista en el —primer párrafo de este artículo— al Ministerio Público de las entidades federativas en las que se ejecute la orden respectiva.

¹³³ Guillén López, Germán, “Medios de investigación en materia de narcomenudeo. Especial referencia al agente provocador”, *El fenómeno del narcomenudeo*, Serie Justicia y Derecho núm. 3. H. México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal-Consejo de la Judicatura del Distrito Federal. México, 2010, p. 73.

cionalidad que el Estado de derecho exige, y se esté acorde a las previsiones legales que habilitan para la injerencia de un derecho fundamental en estos supuestos; 2) sean casos en los que, después de haber realizado una profunda evaluación de los intereses jurídicos en peligro, se considere necesaria y justificable su concesión; 3) se establezca que sólo funcionará en los casos en los cuales se intente poner al descubierto acciones criminales que ya existían con anterioridad; 4) sólo podrá participar como agente provocador un miembro activo de los cuerpos policiales; 5) no vaya dirigida a un sujeto que hasta entonces —o previo a la provocación policial— no resuelto a delinquir; 6) el agente provocador tome todas las medidas necesarias para que no se vea afectado el bien jurídico que pretende proteger.¹³⁴

2. *Intervención de comunicaciones privadas*

Desde hace décadas, los avances tecnológicos y progresos técnicos que ha experimentado nuestra sociedad, han traído consigo nuevas formas de comunicación que en la época en que se creó el derecho penal liberal eran impensables. No obstante, la llamada revolución tecnológica también acarrea consigo la aparición de nuevas vías de ataque o injerencia de los derechos fundamentales, motivo por el que resulta necesario que los mismos se redefinan sin perder su identidad para otorgar la debida protección jurídica a los ciudadanos y adaptarse a la nueva realidad social.

En la actualidad —como se precisa en el párrafo anterior— las posibilidades que —en el presente— disfrutan los ciudadanos para comunicarse entre sí son enormes y, de la misma manera, los delincuentes también pueden elegir entre una gran gama de servicios de telecomunicación, que van desde la telefonía clásica fija, al correo electrónico —mediante redes informáticas—, así como el caso de los teléfonos públicos, telefax, telefonía móvil,

¹³⁴ *Idem.*

sin dejar de lado las comunicaciones que se llevan a cabo por medio de satélites con cobertura mundial, o las comunicaciones que se realizan a través de sistemas de radio que, por ejemplo, son de suma importancia en las operaciones contra el tráfico de estupefacientes cuando éste se produce entre embarcaciones en alta mar.¹³⁵

En el capítulo de interceptación de las comunicaciones, punto y aparte constituyen las que son en materia telefónica fija y celular pues en la actualidad representa el sistema de comunicación más empleado en todo el planeta. El uso de la telefonía celular por parte de la delincuencia desde sus inicios a principios de los años noventa, trajo consigo una larga cadena de problemas técnicos y jurídicos para los investigadores policiales. Inicialmente, cuando esta telefonía celular se realizaba mediante sistemas analógicos, la posibilidad técnica para intervenir las comunicaciones eran mínimas —y además constituían un auténtico calvario para los investigadores—, ya que el único mecanismo técnico para realizar las intervenciones lo constituían unos aparatos portátiles que tenían que ser ubicados muy próximos a la terminal telefónica utilizada por el investigado. Sin embargo, con la aparición de los actuales GSM, la telefonía móvil digital desbancó totalmente a la analógica, hasta llegar a la situación actual en la que difícilmente puede encontrar a alguna persona que no cuente un teléfono móvil de esta naturaleza.¹³⁶

Desde hace tiempo, el legislador nacional ha comprendido la trascendencia —e importancia— que tiene esta técnica de investigación policial para el descubrimiento de comportamientos presuntamente criminales, tal vez por ello en nuestro máximo ordenamiento jurídico el legislador ha precisado todo los elementos necesarios para que su práctica legal y responsable.

¹³⁵ García Lozada, José, *Técnicas policiales aplicadas en la investigación de la delincuencia organizada. casuística policial*, España, Fiscalía General de Estado, 2003, p. 1530.

¹³⁶ *Idem*.

En el artículo 16, párrafos 11, 12, 13 y 14 de la CPEUM, se establece que:

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, 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, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

3. *Operaciones encubiertas*

El agente encubierto es un medio extraordinario de investigación en el que se apoyan Cuerpos de Policía —de diversos países— para conseguir mejores resultados en el combate contra la criminalidad. Con relación a este punto, el ACFPP prevé en su contenido dicha técnica de infiltración policial. Con esta fórmula de investigación se permite la penetración o infiltración del Estado, por medio de un agente de policía, que oculta su verdadera identidad, a un grupo de delincuencia a fin de obtener información sobre sus miembros, estructura, *modus operandi*, campos de operación, así como para adquirir pruebas sobre la ejecución de hechos criminales, para que sus integrantes puedan ser sentenciados en una causa penal por los ilícitos que hubiesen cometido.¹³⁷

Una operación encubierta es aquella acción de investigación que ejecuta la autoridad con el propósito de hacer creer a los delincuentes que se está actuando a la par con ellos, es decir, que también los que actúan en la operación encubierta, que son los agentes de policía infiltrados, lo hacen ilícitamente, sin pensar los miembros de la organización delictiva, que es una farsa, un engaño, con el objeto de hacer creer que igual que ellos se está actuando impunemente.¹³⁸

Por otro lado, es necesario precisar que toda infiltración policial se desarrolla en dos etapas: 1) ubicación y toma de contacto del infiltrado con el medio delictuoso que se intenta indagar, momento en que las operaciones de éste se orientarán principalmente, por medio del engaño, en crear relaciones de confianza con los individuos investigados, las cuales les permitirán el progreso de su

¹³⁷ Guillén López, Germán, “El agente encubierto”, *Derecho penal y política criminal. Libro homenaje al maestro Álvaro Bunster Briseño*, México, UBJUS-Publicaciones del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2010, p. 425.

¹³⁸ Brucet Anaya, Luis Alonso, *El crimen organizado, origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México*, 2a. ed., México, Porrúa, 2007, p. 392.

averiguación criminal; 2) en la que el agente infiltrado podrá más oportunamente llevar a cabo las tareas de pesquisa de información e indicios de actividad ilícita que se le han encomendado.¹³⁹

El ACFPP en el artículo 312 dice:

La investigación de los delitos podrá abarcar el conocimiento de las formas de organización, de operación y ámbitos de actuación e identidad de los miembros del grupo delictivo. Para tal efecto, el Procurador General de la República o el servidor público en quien éste haya delegado dicha facultad, podrá autorizar, en los términos de este Código y las disposiciones que para tal efecto se emitan, la realización de operaciones encubiertas a través de una unidad de agentes policiales especialmente entrenados y facultados para ello.

La información obtenida con motivo del desarrollo de una operación encubierta que no tenga relación con el delito que se investiga, deberá ser destruida, salvo que dé lugar a un delito diverso, en este caso, deberá ser materia de una investigación por separado.

La infiltración policial, tal y como se desprende del ACFPP, es una técnica prorrogable en el tiempo, pues la autorización de una identidad supuesta a un funcionario policial —en su condición de agente encubierto— puede ser por diferirse según las necesidades de la investigación. Durante todo este tiempo el agente encubierto estará legítimamente habilitado para ejecutar acciones en todo lo relacionado con la investigación concreta, así como a participar en el tráfico jurídico y social bajo su identidad supuesta.

En principio, las conductas ilícitas que en cumplimiento de su misión un funcionario policial que actúa como agente encubierto dentro de una organización con fines ilícitos podrían, según lo dispuesto en el ACFPP, interpretarse especialmente justificadas y, por tal motivo, exentas de responsabilidad criminal al obrar en el

¹³⁹ Delgado García, Ma. Dolores, “El agente encubierto”, *La criminalidad organizada ante la justicia*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996, p. 70.

ejercicio legítimo de un oficio o encargo. Sin embargo, esta justificación opera sólo en aquellos comportamientos que se realicen en el marco de una persecución de delitos y como consecuencia necesaria del desarrollo de la propia investigación criminal.¹⁴⁰

4. *Entregas vigiladas*

Desde hace tiempo, la legislación internacional, el derecho comparado y jurisprudencia han insistido sobre las dificultades a las que se enfrentan los medios tradicionales de persecución penal para investigar con eficacia aquellos actos que desarrollan tráficó ilícitos, sobre todo cuando se trata de delincuencia organizada. Ante este llamado, el legislador introduce en el ACFPP la figura de la entrega vigilada —como fórmula excepcional de investigación— a fin de resolver tan delicada situación.¹⁴¹

Básicamente, esta técnica policial consiste en permitir que las sustancias prohibidas, equipos y materiales que pueden ser objeto de la misma —al igual que los bienes y ganancias procedentes

¹⁴⁰ Sin lugar a dudas, este es uno de los aspectos más controvertidos de esta figura pues otorga la exención de la responsabilidad penal del agente infiltrado en los ilícitos que guarden debida proporcionalidad con la investigación. Esto significa que —por lo menos desde un primer momento— cuanto más grave fuere el ilícito investigado mayor puede ser el delito que se ve beneficiado por la exención. Somos de la opinión, que salvo en supuestos excepcionales, la exención podría ser con respecto a delitos contra la vida, la integridad física, moral o psíquica de las personas que están siendo investigadas. En todo caso, tal proporcionalidad debe ser entendida de forma limitada, sólomente al grado de ser capaz de amparar sin graves inconvenientes algunos delitos de menor trascendencia penal. En todos los supuestos será necesario las condiciones existentes en las que el infiltrado realizó los comportamientos ilícitos para llegar a la adecuada conclusión.

¹⁴¹ Guillén López, Germán, “La circulación y entrega vigilada en el ordenamiento jurídico español”, *Libro homenaje a Néstor Raúl Luna Hernández*, México, Universidad de Guanajuato, 2007, p. 212.

de las actividades delictivas— transiten de un territorio a otro.¹⁴² En este sentido, el contenido de las entregas vigiladas puede ser diverso pues puede versar desde narcóticos o estupefacientes, o abarcar armas, municiones, inclusive inmiscuirse en el tráfico de personas.¹⁴³

A pesar de las ventajas que ofrecen estas medidas concurre por nuestra parte grandes reservas frente a la utilización de la figura, pues este tipo de medio excepcional de investigación puede originar —como también ocurre con el agente provocado y las operaciones encubiertas— graves afectaciones a derechos del investigado. Particularmente, en los supuestos de entregas vigiladas los derechos que pueden afectar al ciudadano que se ve envuelto en una investigación criminal son —por citar los más importantes— los que se enuncian a continuación: 1) el secreto de las comunicaciones; 2) el derecho a la intimidad; 3) el derecho al libre desarrollo de la personalidad; 4) el derecho a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable. Por otra parte, también puede llegar a contrariar el ideal del proceso debido y el principio de proscripción de la prueba ilegítimamente obtenida (hoy por hoy, importante instrumento de moralización del proceso penal).¹⁴⁴

A pesar de lo expresado en el párrafo anterior, se reconoce que la complejidad de nuestra problemática criminal y, en particular, la realidad en la que operan los grupos de criminalidad resulta necesario —para su investigación y persecución— que se prescriban en el ordenamiento jurídico medios extraordinarios de prueba —

¹⁴² Morilla Cueva, Lorenzo, *Estudios Jurídicos-Penales y Político-Criminales sobre tráfico de drogas y Figuras Afines*, Madrid, Dickinson, 2003, p. 175.

¹⁴³ Brucet Anaya, Luis Alonso, *op. cit.*, p. 393.

¹⁴⁴ Sin embargo, se recomienda ser cauteloso en la puesta en marcha de esta técnica de investigación que, en nuestra opinión, únicamente tendría que operar si se toman en consideración los elementos siguientes: 1) sean casos en los que, después de haber realizado una profunda evaluación de los intereses jurídicos en peligro, se considere necesaria y justificable su concesión; 2) se esté acorde a las previsiones legales que habilitan para la injerencia de un derecho fundamental en estos supuestos; 3) exista un control ministerial por medio de una resolución y el oportuno seguimiento de la investigación.

como la entrega vigilada— que coadyuven en la obtención de datos de investigación que permitan tanto el descubrimiento como la captura de sus integrantes.

El ACFPP en su artículo 311 refiere:

La entrega vigilada es la técnica especial de investigación mediante la cual se autoriza, en los términos de este Código y las disposiciones que para tal efecto se emitan, el transporte dentro del territorio nacional, así como la entrada o salida del mismo, de mercancía, bienes o productos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia sea ilícita o prohibida, o bienes o productos por los que se haya sustituido, bajo la vigilancia de la policía específicamente facultada para ello.

El Procurador General de la República, o el servidor público en quien éste haya delegado dicha facultad, podrá autorizar la entrega vigilada con el objeto de investigar el delito e identificar a las personas involucradas en su comisión cuando se tenga motivos fundados para considerar que la persona investigada dirige o interviene en alguna de esas conductas. La autorización deberá contener las circunstancias en que se autoriza y las modalidades de la sustitución así como los responsables de la entrega vigilada.

La información obtenida con motivo del desarrollo de la entrega vigilada que no tenga relación con el delito que se investiga, deberá ser destruida.