



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

**“LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL
ACUSATORIO, ADVERSARIAL Y ORAL DEL
ESTADO DE MÉXICO, ANÁLISIS, OMISIONES
Y CONFLICTIVIDAD NORMATIVA”**

T E S I S

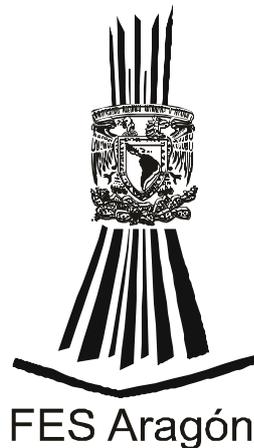
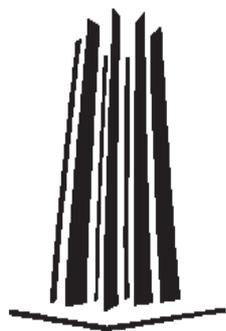
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

ALAN CARLIN SÁNCHEZ

ASESOR:

LIC. OSCAR SOTOMAYOR LÓPEZ



FES Aragón

MÉXICO

Mayo 2013



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



ÍNDICE

Introducción	XI
---------------------	-----------

Capítulo Primero

La investigación ministerial, acción penal y la formulación de acusación

1	Generalidades y principios que rigen la materia probatoria	1
1.1	Generalidades sobre el tema probatorio	1
1.2	Principios que rigen la materia probatoria	6
1.2.1	Principio de inmediación	6
1.2.2	Principio de publicidad	6
1.2.3	Principio de contradicción	8
1.2.4	Principio de concentración	10
1.2.5	Principio de continuidad	11
2	La prueba en la fase de investigación inicial	
2.1	Atribuciones del Ministerio Público durante la investigación inicial	12
2.2	Formas de iniciar la investigación	14
2.2.1	La denuncia	14
2.2.2	Querrela	17
2.2.3	Noticia criminal	23
2.3	La carga de la prueba en el proceso penal acusatorio	25
2.4	Prohibición al Ministerio Público para asumir funciones	28



jurisdiccionales

2.5	Técnicas de investigación inicial	34
2.5.1	Técnicas de investigación que no requieren autorización judicial	35
2.5.1.1	La inspección a personas	35
2.5.1.2	Inspección corporal	39
2.5.1.3	La inspección de vehículos	40
2.5.1.4	Inspección de lugares	43
2.5.1.5	Aseguramientos	45
2.5.1.6	Práctica de peritajes	47
2.5.1.7	Levantamiento e identificación de cadáveres	51
2.5.1.8	Reconocimientos	53
2.5.1.9	Asistencia médica a detenidos lesionados	56
2.5.2	Técnicas de investigación inicial que requieren autorización judicial	60
2.5.2.1	Inspecciones	60
2.5.2.2	Actos invasivos en la integridad de las personas ante su oposición	62
2.5.2.3	Exhumación	67
2.5.2.4	Cateos	68
2.5.2.5	Intervención de comunicaciones privadas	71



2.5.2.6	Otras técnicas de investigación	72
2.5.2.7	Entrega vigilada	73
2.5.2.8	Infiltración a organizaciones criminales bajo identidad supuesta	75
2.5.2.9	Vigilancia y aseguramiento de personas	76
3	La metamorfosis de la prueba en el sistema penal acusatorio	76
3.1	El comportamiento y función de la prueba en la etapa preparatoria a juicio	76
3.2	El comportamiento y función de la prueba en la etapa de juicio oral	78
3.3	La reducción de los parámetros probatorios, datos de prueba y hecho delictuoso	81
4	Excepciones a la inmediación probatoria	87
4.1	Valor de las técnicas de investigación en materia de delincuencia organizada	87
4.2	Incorporación de registros en que obran actuaciones anteriores	88
4.3	La prueba anticipada	89
4.3.1	Declaración de personas impedidas para asistir a la audiencia de juicio	90
4.3.2	El desahogo anticipado de elementos probatorios cuando la naturaleza del delito así lo exija	93
5	El rol de la prueba en el ejercicio de la acción penal y en la	94



imposición de las medidas cautelares

5.1	La detención en flagrancia y la audiencia de control de detención	94
5.2	Prohibición de incomunicación	98
5.3	Audiencia de calificación de detención	102
5.4	Citación para la formulación de imputación	110
5.5	Libramiento de la orden de aprehensión	111
5.6	La reclasificación del delito con motivo del libramiento de la orden de aprehensión	113
5.7	La presentación voluntaria del indiciado	114
5.8	La formulación de imputación	115
5.8.1	Audiencia de formulación de imputación	115
5.8.1.1	La declaración del imputado y el papel fundamental de la defensa	116
5.8.2	La teoría del caso como herramienta metodológica de la estrategia de defensa	123
5.8.2.1	Análisis del elemento Fáctico	124
5.8.2.2	Análisis del elemento Jurídico	125
5.8.2.3	Análisis del elemento Probatorio	127
5.9	Función de la prueba en la imposición de medidas cautelares	128
5.9.1	La imposición de medidas cautelares previas a la formulación de imputación	129



5.9.2	La imposición judicial de las medidas cautelares	133
5.9.3	Los datos de prueba como estándar probatorio para imponer las medidas cautelares	135
5.9.4	Ofrecimiento de elementos demostrativos relacionados con la imposición de medidas cautelares	136
6	El rol de la prueba en el auto de término constitucional	140
6.1	El auto de vinculación a proceso	140
6.1.1	Consideraciones preliminares	141
6.1.2	La reclasificación judicial del delito	143
6.1.3	La prórroga del término constitucional y el derecho a anunciar datos de prueba	144
6.1.4	El recurso de apelación y el amparo indirecto en contra del auto de término constitucional	149
6.2	Plazo para el cierre de investigación	161
6.2.1	El plazo para el cierre de la investigación como un medio que controla la reducción de los estándares probatorios	161
6.2.2	Inicio de la investigación bajo control judicial	162

Capítulo Segundo

La prueba en la etapa intermedia

1	Desarrollo de la etapa intermedia	164
---	-----------------------------------	-----



1.1	La acusación como requisito previo a la apertura de la etapa intermedia	164
1.1.1	Contenido de la acusación	165
1.1.2	El ofrecimiento de los medios de prueba	167
1.1.2.1	Ofrecimiento de testimonios	167
1.1.2.2	Ofrecimiento de peritaciones	170
1.1.2.3	Ofrecimiento de documentos	172
1.1.2.4	Ofrecimiento de medios de prueba tangibles	174
1.1.2.5	Ofrecimiento de medios informáticos	175
1.1.2.6	Ofrecimiento de comunicaciones privadas	176
1.1.2.7	La reclasificación ministerial del delito	177
1.2	La fase escrita en la etapa intermedia	178
1.2.1	La acusación coadyuvante	179
1.2.1.1	Ofrecimiento de medios de pruebas para desahogar en juicio	180
1.2.2	Pruebas para complementar la acusación	180
1.2.3	Pruebas para acreditar y cuantificar daños	181
1.2.4	Contestación por escrito de la acusación	182
1.2.4.1	Pruebas para deducir excepciones	182
1.2.4.2	Ofrecimiento de los medios de prueba	183



para su desahogo en juicio oral

1.2.5	Justificación de la fase escrita	184
1.3	La fase oral en la etapa intermedia	184
1.3.1	La audiencia intermedia y la prohibición de presentar escritos	185
1.3.2	Contestación oral a la acusación	186
1.3.3	Debate sobre la admisión de elementos probatorios	187
1.3.4	Los acuerdos probatorios	188
1.3.5	La exclusión de pruebas	189
1.3.5.1	La prueba impertinente	189
1.3.5.2	La prueba dilatoria	190
1.3.5.3	La prueba que acredita hechos públicos y notorios	191
1.3.5.4	La exclusión de la prueba inconstitucional o ilícita	192
1.3.5.5	El papel fundamental de los cuerpos policíacos	194
1.3.5.6	La cadena de custodia de la evidencia física	195
1.3.6	Regla general sobre la exclusión de pruebas ilícitas y de las que se originan con motivo de éstas	200
1.3.7	Excepciones a la regla general de exclusión de pruebas (propuesta legislativa)	207



1.3.7.1	La excepción In dubio pro reo	208
1.3.7.2	La fuente independiente	209
1.3.7.3	Descubrimiento inevitable	210
1.3.7.4	El vínculo atenuado	211
1.3.7.5	La excepción de la buena fe	213
1.3.8	La reapertura de la investigación	214
1.3.8.1	La solicitud de diligencias	215
1.3.8.2	Reapertura de la investigación y ampliación del plazo para su cierre	215
1.3.8.3	Cierre de la Investigación	216
1.3.9	Auto de apertura a juicio oral	217

Capítulo Tercero

La prueba en el juicio oral

1	Desarrollo de la etapa de juicio	219
1.1	Consideraciones preliminares	219
1.1.1	La radicación del proceso	219
1.1.2	Principios rectores	220
1.1.2.1	El principio de inmediación	220
1.1.2.2	El principio de publicidad	221
1.1.2.3	El principio de continuidad y	222



	concentración	
	1.1.2.4 El principio de oralidad	223
1.2	Apertura de la audiencia de juicio oral	223
	1.2.1 Incidencias	224
1.3	Alegatos de apertura	224
	1.3.1 Regulación normativa	225
	1.3.2 La oferta probatoria	226
1.4	La reclasificación ministerial del delito	227
	1.4.1 Las nuevas pruebas derivadas de la reclasificación ministerial del delito	228
	1.4.2 La suspensión de la audiencia de debate	229
	1.4.3 Práctica y desahogo de las nuevas pruebas	229
1.5	Los medios de prueba y su sistema de desahogo en la audiencia de juicio oral	230
	1.5.1 El desahogo de testimonios y peritajes	231
	1.5.1.1 Consideraciones previas a su recepción	232
	1.5.1.2 Interrogatorio directo del oferente de la prueba	234
	1.5.1.3 El contra interrogatorio de las partes no oferentes	236
	1.5.1.4 Nuevo interrogatorio directo o re examen directo	238



1.5.1.5	Contra interrogatorio al segundo examen	239
1.5.1.6	Problemática cuando las partes ofrecen al mismo testigo o perito	240
1.5.1.7	Las objeciones y su trascendencia procesal	241
1.5.2	La prueba documental en la audiencia de juicio	243
1.5.2.1	Incorporación y desahogo de la prueba documental	244
1.5.2.2	Uso de documentos, escritos y declaraciones previas	246
1.5.2.3	Incorporación de registros anteriores	248
1.5.3	La prueba material y su exhibición en la audiencia de juicio oral	251
1.5.3.1	Objetos	252
1.5.3.2	Grabaciones e instrumentos electrónicos y computacionales	253
1.5.4	Otros medios de prueba	254
1.5.4.1	La inspección judicial	255
1.5.4.2	La reconstrucción de hechos	257
1.5.5	La prueba superveniente	259
1.5.5.1	Nuevas pruebas derivadas de las supervenientes	260



1.5.6	Alegatos de clausura	260
-------	----------------------	-----

Capítulo Cuarto

La libre valoración de la prueba

1	Aspectos generales sobre la valoración probatoria	263
1.1	El sistema de valoración tasada	264
1.2	El sistema de valoración mixto	264
1.3	El sistema de íntima convicción	265
1.4	El sistema de valoración libre y lógica	265
2	Las reglas de la lógica	266
2.1	Principio lógico jurídico de identidad	268
2.2	Principio lógico jurídico de la no contradicción	269
2.3	Principio de la lógica jurídica del tercero excluido	270
2.4	Principio de razón suficiente	270
2.5	Aplicación de los principios de la lógica jurídica al valorar los medios de prueba	271
3	Los conocimientos científicos	272
4	Las máximas de la experiencia	273
4.1	Clases de máximas de la experiencia	274
4.2	Función de las máximas de experiencia en la valoración probatoria	274



4.3	Dificultad de aplicación	275
5	El problema del sistema de libre convicción lógica	276
6	La motivación como el medio de control más elemental y superficial de la libre valoración lógica	278
6.1	Propuesta legislativa	279
	Conclusiones	281
	Fuentes consultadas	295



INTRODUCCIÓN

Con motivo de la instauración del proceso penal de corte acusatorio adversarial y oral en el Estado de México, es indudable que ha cambiado la sustanciación procedimental, desde sus principios generales hasta sus formas y solemnidades. El tema probatorio no es la excepción, pues el nuevo procedimiento penal estatal contiene grandes variaciones sustanciales y estructurales en sus bases, de modo tal que la transformación que sufrió es una auténtica revolución, ya que no sólo cambiaron las etapas procesales sino también la forma en que intervienen los operadores jurídicos, por lo que dicho cambio no es como se opinaba en un principio en el sentido de que únicamente se habían introducido cambios semánticos para denominar investigación a la averiguación previa, auto de vinculación a proceso al auto de formal prisión, o incluso considerar que el nuevo proceso también es escritural en virtud de que la carpeta de investigación, acusación y sentencia deben obrar por escrito.

Bajo este tenor debe entenderse este cambio, precisamente como una evolución del Derecho Penal mexicano al introducir el mejor sistema jurídico de enjuiciamiento criminal, mismo que ha sido adoptado por los Estados de Derecho más modernos así como por la Corte Internacional de Justicia.

En esa directriz la finalidad de esta investigación es adentrarse en el nuevo sistema de justicia penal a través del comportamiento que tiene la prueba en la sustanciación de éste, ya que la prueba se encuentra inmersa en todo el proceso, lo que sin lugar a dudas nos dará una perspectiva (por mínima que esta resulte) del proceso penal acusatorio, pero por encima de ello nos implantara el deseo de inquirir a fondo en cada una de las etapas procesales que se analizan, ya que considero que el conocimiento y la correcta interpretación de las normas adjetivas nos llevaran a combatir las irregularidades que la sociedad aqueja.

Así, nos encontramos que a través de la historia y por naturaleza la mayoría de los mexicanos somos renuentes al cambio y a adoptar un sistema distinto al



que nos ha formado, el ámbito jurídico no escapa de ello pues tanto estudiantes, catedráticos y operadores judiciales, ante el desconocimiento del nuevo sistema penal ha implicado que se hagan conjeturas y opiniones de lo que pudiera llegar a ser, lo que sin duda trasciende en la formación de los nuevos juristas y sobre todo en la aplicación y eficacia del nuevo proceso.

En concreto se analiza el nuevo sistema de enjuiciamiento penal del Estado de México, a través del estudio de la prueba, ya que a mi consideración ésta es la parte medular de la jurisdicción, pretendiendo crear precedentes en la interpretación de las figuras jurídicas novedosas, así como generar propuestas a los problemas que se presentan en materia probatoria, ya que sin temor a equivocarme la renuencia y la ignorancia, trae como consecuencia la repetición de los vicios e irregularidades, porque ha de conocerse que cuando no se tiene el conocimiento y la disponibilidad, por más que se implementen o se tengan al alcance nuevos sistemas y mecanismos legales de impartición de justicia o la mayor modernidad y mejor tecnología, si se desconocen, se es renuente y escéptico, será en vano el esfuerzo hecho por el Estado por dotar de una legislación que pretende regresar la credibilidad a la sociedad en las instituciones de procuración y administración de justicia.

Como ya se ha dicho se analiza una parte específica del nuevo sistema procesal, que es el comportamiento de la prueba en las diferentes etapas del proceso penal acusatorio adversarial y oral de la entidad. Al analizar el tema probatorio en todas las etapas del enjuiciamiento criminal, resulta evidente apreciar un conglomerado de beneficios, bondades y figuras innovadoras que sin lugar a dudas vienen a combatir las irregularidades que presentaba el anterior sistema con tendencias inquisitivas, mismas que desgastaron la credibilidad en la impartición de justicia penal.

Es inconcuso que no hablamos de un cuerpo normativo ideal o mucho menos perfecto, lo cierto es que en la práctica se pueden presentar algunas dificultades por lo que, a través del método dialéctico administrado con la



utilización de la mayéutica, en este trabajo se revelan las antítesis y evidencian los aparentes conflictos, confrontando las premisas que prevén los diversos ordenamientos jurídicos aplicables al nuevo proceso penal.

Mediante el uso del métodos intuitivo se pretende dar respuestas y soluciones espontaneas y primigenias lo cual se logra utilizando la intuición; empero se prevé también emplear el método discursivo, sin que ello represente una contradicción con la metodología anterior, pues bajo mi aprecio dentro del desarrollo de la investigación difícilmente encontraremos una respuesta directa o espontanea surgida de la intuición, por lo que será necesario considerar diversos puntos de vista y más aún analizar diversas figuras jurídicas por completo, para poder llegar a una conclusión que responda y proponga soluciones a los cuestionamientos y problemáticas normativas que se presentan en materia probatoria; con el objeto de verificar ¿En qué medida las omisiones y conflictividad normativa que presenta el tema probatorio, en el nuevo proceso penal acusatorio adversarial y oral del Estado de México, afectan la impartición y administración de justicia?

Ahora bien, el presente trabajo se compone de cuatro capítulos y en el primero de éstos analizamos los principios que rigen la materia probatoria dentro del proceso de corte acusatorio, destacando su importancia y aplicabilidad dentro de éste; se estudian las formas de iniciar la investigación y su importancia puesto que es ahí donde surge la prueba en sus fases primigenias; evidenciamos a su vez la contradicción entre la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México y el Código de Procedimientos Penales para la misma entidad en cuanto a la prohibición al Ministerio Público de asumir funciones jurisdiccionales.

En suma, dentro de este capítulo analizamos las técnicas de investigación que deberá realizar el representante social para allegarse de los datos de prueba, destacando la omisión en el Código de enjuiciamiento penal mexiquense en cuanto al señalamiento de las técnicas que deberán realizarse bajo control judicial, en este rubro se propone la regulación de otros actos de investigación



como lo es: la atención y responsiva médica para lesionados, las infiltraciones en organizaciones criminales bajo identidad supuesta, la entrega vigilada, la vigilancia y aseguramiento, la intervención de comunicaciones privadas, entre otras; dentro del análisis de las técnicas de investigación consideramos de gran importancia destacar el problema que surge cuando la persona es objeto de prueba, y se pretenden recabar muestras (actos invasivos) y esta se niega, el Código adjetivo penal mexiquense señala asentar su negativa pero es omiso en cuanto si se recaba o no la muestra.

El estudio de la prueba anticipada también se integra dentro del capítulo primero de nuestro trabajo en virtud de que, el testimonio o el informe del perito parecen ser los únicos medios susceptibles de dicho anticipo probatorio según la ley procedimental en comento, proponiendo considerar otras hipótesis como prueba pre constituida cuando la naturaleza del delito así lo requiera, además de proponer la regulación del desahogo de los medios de prueba accesorios a las declaraciones que requieren anticipo jurisdiccional, como las exhibiciones de los elementos demostrativos materiales y la autenticación de documentos.

La reducción de los estándares probatorios y el rol de la prueba dentro de la etapa de investigación es un tema obligado dentro del primer capítulo de este trabajo, pues dicho estándar demostrativo para vincular al imputado a proceso, librar orden de aprehensión o bien para solicitar la imposición de una medida cautelar se reduce, resultando a primera vista contradictorio para un sistema que pretende privilegiar la presunción de inocencia, razón por la cual se analiza dicha figura pues resulta de gran utilidad para el desarrollo y la comprensión del tema, inquiriendo los medios que controlan esa reducción convictiva, como la imposición del plazo para el cierre de investigación, así como la función esencial de los jueces de distrito de amparo en materia penal, quienes a diferencia del Juez de control pueden allegarse de la carpeta de investigación al analizar dichos actos de autoridad, destacando el rol fundamental de la defensa para que esta circunstancia tenga lugar.



Evidenciando también la confusión derivada del estándar probatorio exigido al Ministerio Público para solicitar la imposición de una medida cautelar (datos de prueba), respecto del solicitado al imputado, víctima u ofendido (pruebas), aunado a que no se exige al Juez pronunciamiento alguno en su resolución sobre las pruebas ofrecidas para dicho particular, cuestión que limita su apelación.

La construcción de una teoría del caso es una de las herramientas que se deben utilizar en el sistema penal que se estudia, razón por la cual, y sin que ello implique una problemática, estudiamos la forma legal de construir una teoría del caso, a través del análisis de los elementos: factico, jurídico y probatorio.

Se concluye este primer capítulo con el estudio de la función que despliega la prueba dentro del auto de término constitucional, a través de los métodos deductivo, analógico e inductivo, pues se analizarán normas de carácter general para obtener conclusiones específicas y a *contrario sensu*, resultando evidente que al analizar la doctrina y legislaciones de otras entidades mexicanas y otros Países con mayor experiencia en el sistema acusatorio de enjuiciamiento penal, partimos de instituciones y figuras jurídicas conocidas para tratar de conocer o proponer la regulación de las omisiones que presenta la ley adjetiva penal mexicana, tal y como lo señala el método analógico.

Así las cosas, dentro del rol de la prueba en el auto de término constitucional analizamos en gran medida la confusión que surge respecto de lo que ha de acontecer en la audiencia de vinculación a proceso, pues el Código en estudio faculta anunciar datos de prueba, mientras que en otras entidades de la República se permite incluso el desahogo de medios de prueba para resolver sobre la vinculación del imputado a proceso, generando divergencias en el sistema.

El segundo capítulo es referente al comportamiento y rol de la prueba durante la etapa intermedia, por lo que analizamos la formulación de acusación, las reglas



de ofrecimiento de medios de prueba, los acuerdos probatorios y la exclusión probatoria, entre otros tópicos; esto se aborda utilizando los métodos deductivo, inductivo, analítico y dialectico, además del método científico que rige en general toda la investigación; es decir, que mediante un procedimiento sistemático y razonado utilizamos los principios y normas generales que rigen el tema probatorio para poder inferir conclusiones específicas, a su vez se pretende estudiar cada parte específica de la etapa intermedia dentro del sistema acusatorio, para después de analizar en su conjunto la legislación aplicable para el tema que nos atañe (etapa intermedia), estemos en aptitud de concluir que es lo que hace falta regular dentro de este apartado, lo anterior con apoyo en la dialéctica pues confrontaremos normas procesales de diversos países de Norte América y Latino América con nuestro Código de Procedimientos Penales mexiquense, sobre todo al analizar el tratamiento de la prueba ilícita.

Dentro de este capítulo destacamos lo esencial que resulta el papel de los cuerpos policiacos para que prospere este nuevo sistema de impartición de justicia penal, por lo que requieren la profesionalización y un alto nivel de preparación, ya que son ellos quienes se allegaran en primera instancia de los indicios y evidencias que se transformaran posteriormente en pruebas, lo que nos genera una interrogante al recordar la fama que se han hecho estos servidores públicos, supliendo sus deficiencias investigativas mediante la violación de derechos fundamentales, obteniendo pruebas ilícitas que sin duda no se tomaran en cuenta en virtud de la figura de exclusión probatoria, provocando un grado de impunidad, por lo que se propone una solución a este problema.

Con respecto a esta etapa del proceso destacamos las antinomias en cuanto a las facultades de dichos servidores públicos (cuerpos policiacos), que existen en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México y las Guías Básicas de la policía ministerial y de cadena de custodia de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México.



Se aborda el problema de que nuestro país no cuente con una corriente del conocimiento sobre el tratamiento de los medios de prueba ilícitos y de las que surgen como efecto reflejo de éstos, estudiando la operatividad en nuestro sistema penal de la teoría de exclusión probatoria de los frutos del árbol envenenado y sus excepciones de la fuente independiente, descubrimiento inevitable, vínculo atenuado, actuación de buena fe e *in dubio pro reo*.

El capítulo tercero es estudiado a través de los métodos deductivo, analítico, analógico, discursivo y mediante el método hermenéutico jurídico literal, toda vez que, analizamos la sistemática de desahogo de los medios de prueba en la audiencia de juicio oral así como sus particularidades y problemáticas, todo en un ámbito de interpretación restrictiva.

Luego entonces, dentro de este capítulo analizamos la metamorfosis de la prueba a lo largo del proceso, donde en las etapas de investigación e intermedia obraban en fuentes escritas y eran examinadas indirectamente y sin intermediación, por lo que no podían servir de base para fundar una sentencia (salvo excepciones), ahora dentro del juicio oral las mismas se transformaran por fuerza de la inmediación y la oralidad para poder fundar una sentencia, y así la entrevista de un testigo que obra en un documento será sustituida en juicio por la declaración de viva voz, así como un informe escrito será sustituido por una exposición oral del perito y la prueba material u objetos dejaran de ser cuerpos inertes para ser reconocidos por los testigos o bien los peritos informaran sobre ellos.

Destacamos el supuesto en el que es admisible la prueba superviniente bajo protesta de decir verdad cuando se ignora la existencia del medio demostrativo, lo que causa efectos dilatorios y contraviene los principios de concentración y continuidad, cuando no se justifica el desconocimiento de su existencia.

Otro punto a evidenciar es el desahogo de los testimonios y peritaciones previsto en el Código instrumental que se comenta, ya que éste presenta omisiones que contravienen el principio de contradicción al no permitir el



contrainterrogatorio a segundos interrogatorios directos, además de la confusión que se genera en las reglas del interrogatorio cuando Ministerio Público y defensa son oferentes del mismo medio de prueba.

También se analizan las circunstancias bajo las cuales se pueden incorporar documentos en la audiencia de juicio oral pese a su prohibición dentro del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, haciendo la distinción entre el uso de declaraciones que obran en fuentes escritas y la incorporación de documentos, toda vez que en este proceso penal acusatorio la reglas para este medio de prueba (documentos) tiene variaciones muy particulares derivadas de la observancia irrestricta del principio de oralidad.

Bajo los métodos de la hermenéutica, deductivo lógico, inductivo, analítico y dialectico, entramos al estudio del capítulo cuarto del presente trabajo, el cual aborda la libre valoración de la prueba, tema de los más interesantes del nuevo proceso, ya que ahora la autoridad judicial es quien otorga un determinado nivel de convicción a las pruebas, suprimiendo la valoración que hacia el legislador, donde imponía la tarifa en que debía ser valorado determinado instrumento probatorio. Empero, la valoración libérrima presenta un enorme problema, pues la parte central de la jurisdicción, el momento en el que se decide el derecho, permanece en vacío legal, pues sale del ordenamiento jurídico procesal para pasar a ser un profundo problema que requiere gran inteligencia, sentido común y criterio racional.

La motivación es la regla en la que se funda la libre valoración probatoria, no obstante que esta aseveración se desprende de nuestra Carta Magna, el Código Procesal Penal mexiquense es omiso en cuanto esta regla fundamental, se analizan cuestiones inherentes a los principios lógicos, conocimientos científicos y máximas de experiencia judicial, como reglas para valorar la prueba.

Para finalizar nuestro trabajo proponemos una mejor regulación que controle dicha libertad para otorgar determinado merito demostrativo a un medio de



prueba, hablamos obviamente de la motivación la cual va más allá de la que exige el principio de legalidad; es decir, dentro de nuestra investigación, en lo particular consideramos que en materia de valoración probatoria debe existir una doble motivación que justifique ésta, o sea, una motivación genérica que se traduce en un requisito de legalidad y otra motivación específica que obligue al Juez o tribunal de juicio oral a señalar la operación o el principio de la lógica, la máxima de la experiencia (y como se forma ésta) o bien el conocimiento científico que sirvió como base o premisa mayor si es que valoro mediante el silogismo jurídico, o bien como factor de validación si se realizó la valoración mediante la argumentación jurídica; el tema en comento se aborda como una propuesta legislativa dentro de nuestra investigación.



Capítulo primero

La investigación ministerial, acción penal y la formulación de acusación

1 Generalidades y principios que rigen la materia probatoria

1.1 Generalidades sobre el tema probatorio

Definición de prueba: La palabra prueba tiene su origen etimológico del latín *probo*, que significa bueno, honesto, considerándose que obra con honradez quién prueba lo que pretende; otra acepción es la del término *probandum*: *recomendar, aprobar, dar fe*.

Procesalmente el término prueba es polisémico, en virtud de que, sirve para designar diversos aspectos, dando a cada uno un significado especial; así, utilizando los conceptos desde la Constitución Federal, Código Procesal Penal mexiquense y la doctrina, es posible diferenciar para efectos de una adecuada comprensión del tema, cada una de las cuestiones asociadas con esté término, a saber:

Fuente de prueba: Son los documentos, personas (acusado, víctima, peritos, testigos, entre otros), lugares y objetos, que contienen alguna huella, rastro o vestigio de lo que ocurrió, misma que ha trascendido al presente en forma material o mnémica. Para algunos doctrinarios ésta es considerada como la prueba en sí misma¹ criterio que sin duda se comparte.

La fuente de prueba corresponde a la realidad, es el origen de la información que permite comprobar que en efecto tuvo lugar un hecho, trasladando al presente lo que ocurrió en el pasado; luego entonces, la fuente de prueba puede considerarse extraña al proceso penal, ya que ésta surge con anterioridad e independientemente de que exista o no un proceso de enjuiciamiento criminal, por lo que, al tratarse de un concepto extrajurídico es necesario que esa huella material o mnémica que pretende demostrar un hecho

¹ NATARÉN MANDAYAPA, Carlos F. et al, Litigación Oral y Práctica Forense Penal, Oxford, México, 2009, pp. 119-120.



sometido a juzgamiento, sea incorporada al procedimiento por cualquier medio que no afecte derechos fundamentales².

Medio de prueba: En cuanto a éste puede decirse que no es otra cosa que la vía o el instrumento por virtud del cual, la fuente de prueba (huella material o mnémica), se incorpora a proceso con la finalidad de crear convicción, probable o plena sobre una proposición fáctica³. Así las cosas, de la fuente del testigo donde quedo gravada la huella mnémica del delito (apreciación de los hechos a través de los sentidos), tenemos que será introducido a proceso a través de su medio que es el testimonio, en caso de lugares u objetos se tiene su medio que es la inspección o el propio ateste que los referencie.

Es importante destacar que los términos de medio de prueba (adoptado por la ley secundaria) y elemento de prueba (según la Ley Fundamental) pueden utilizarse indistintamente para denominar a los instrumentos por virtud de los cuales se incorporan al proceso las huellas o vestigios materiales o mnémicos. Ahora bien, la Constitución Federal y la ley secundaria parecen utilizar como sinónimos los términos de prueba y medios de prueba, lo cual se presta a confusión y que sin lugar a dudas debemos dilucidar para la mejor comprensión del tema.

Así las cosas, los medios de prueba son también llamados por la Carta Magna como elementos probatorios, el artículo 20 apartado A fracción IV de la Constitución General de la República establece “...la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollara de manera...”, es evidente que la presentación a la que alude el texto Constitucional, no es otra que la del ofrecimiento de los medios de prueba que tiene lugar en la fase preparatoria a juicio oral, mediante el escrito de acusación que deberá presentar el Ministerio Público, con la finalidad de que se desahoguen en éste tal y como lo dispone el numeral 307 de fracción VII del Código Procesal Penal

² Vid. Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 341.

³ Vid. Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca, artículo 332.



para la entidad que nos ocupa “... VII El ofrecimiento de los medios de prueba, que el Ministerio Público se propone desahogar en juicio.”

A su vez como derecho del imputado a dar contestación a la acusación se prevé el término de ofrecimiento de medios de prueba⁴ o elementos de prueba según la Carta Magna.

Por lo que hace a la víctima u ofendido que se constituye como acusador coadyuvante el dispositivo 20 apartado C fracción II del Pacto Federal, también prevé el término de elementos de prueba como sinónimo de medio probatorio “... II Coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso...” misma redacción sigue el dispositivo 150 fracción IV del Código adjetivo penal para el Estado de México, adoptando también el término elemento de prueba para hacer alusión a los medios a través de los cuales se incorpora la fuente probatoria, como sinónimo de medio de prueba.

De lo anterior se concluye que los términos de medio de prueba (adoptado por la ley secundaria) y elemento de prueba (según la Constitución Federal) pueden utilizarse indistintamente para denominar a los instrumentos por virtud de los cuales se incorporan al proceso las huellas o vestigios materiales o mnémicos.

Prueba: Como se ha comentado “prueba” es un término polisémico; empero, no es óbice para que los diversos conceptos empleados para denominar a las múltiples fases por las que pasa la prueba antes de ser llamada así, sean utilizadas como sinonimias, tal y como sucedía con el sistema penal anterior, pues ahora esto genera confusión y complica la comprensión del tema probatorio; bajo el contexto sumariamente descrito, es menester adoptar la terminología correcta en el nuevo proceso, en virtud de que la prueba es dinámica durante éste, cambiando el término según su función.

En lo particular considero que el término prueba debe definirse desde dos aspectos, uno de carácter objetivo y uno subjetivo que depende de aquel; es

⁴ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 314 fracción III.



decir, el primero de éstos debe considerarse como el conjunto de huellas, vestigios o rastros que dejó la conducta desplegada, mismos que al trascender al presente permiten verificar la existencia de un hecho que puede ser o no delictuoso, este aspecto puede considerarse por la doctrina como fuente de prueba. Bajo esta premisa es viable hablar de fuente de prueba y prueba objetiva, tal y como se desprende la Constitución Federal que prevé en el artículo 20 apartado B fracción IV “... *Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca...*”

De ello se desprende que el texto Constitucional utiliza el término prueba para referirse a aquellas que no son testigos haciendo el distinguo, pero es indudable que al establecer “demás pruebas” alude a las huellas o vestigios (fuentes de prueba) que dejó el delito; luego entonces, podemos concluir que es el concepto de prueba en su aspecto objetivo al que se refiere el numeral anterior.

Ahora bien, el artículo 20 apartado B fracción IV de la norma suprema, prevé la recepción de pruebas que ofrezca el imputado, también diversos numerales del Código Instrumental Penal Mexiquense lo convalidan⁵.

Considero incorrecto la utilización del término prueba cuando se alude a su oferta, recepción, desechamiento, preparación y desahogo, en virtud de que, hemos sostenido que puede emplearse cuando nos referimos a la prueba en sí, o sea, a la fuente de prueba o prueba objetiva descrita con anterioridad, por la razón que la prueba es ajena al proceso y requiere un medio para incorporarla, por ello lo que se oferta, recibe y desahoga es un medio de prueba y no la prueba; así por ejemplo si en el lugar donde se investiga un determinado delito se encontraran un arma de fuego y unas gotas de sangre por sí mismas son la prueba en un aspecto objetivo, pero procesalmente no pueden ser presentadas así al juzgador, pues no demuestran nada *per se*, es entonces que forzosamente necesitaran un vehículo que las traslade al proceso, como en el caso del arma de fuego lo sería mediante la declaración, ateste o informe de

⁵ *Ibidem* artículos 311 fracción III, 312 párrafo tercero y 4° inciso c.



perito, mientras que de la sangre encontrada sería por medio de la pericia más allá de que se trate de un medio de prueba indirecto claro es.

Una vez precisado el que a mi criterio es el aspecto positivo del término prueba, estamos en aptitud de sostener lo que debe entenderse por prueba en su aspecto subjetivo; ello es así toda vez que, hemos mencionado que este aspecto se encuentra supeditado a la previa incorporación objetiva, lo anterior se proscribe en comunión con el diverso 20 apartado A fracción III de la Constitución General de la República donde se establece que “... *Para los efectos de la sentencia sólo se consideraran como pruebas aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio...*”

Si bien este precepto legal hace referencia al principio de inmediación probatoria, también lo es que nos deja claro lo que se debe entender como prueba para efectos de la decisión judicial, ahora, administrado este artículo con el ordinal 20 apartado A fracción VIII que dispone “... *El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;*” nos lleva a establecer que el aspecto subjetivo del término prueba consiste en la convicción generada en la mente del juzgador ya sea en un grado de probabilidad o de certeza dependiendo la etapa procesal, convicción que sin duda surge como resultado del desahogo de los medios probatorios y de la valoración de los elementos de convicción producidos con motivo de éste; en congruencia con lo anterior el diverso 20 apartado A fracción VII parte segunda de la Constitución Federal, dispone en esencia que cuando el inculcado reconoce ante la autoridad judicial su participación en el delito y existen elementos de convicción el Juez citara a audiencia para sentencia, el concepto elementos de convicción empleado por la Constitución General, para el procedimiento abreviado nos amplía el aspecto subjetivo de la prueba, por lo que hace a un grado de convencimiento probable (según ésta numeral), además del pleno o propiamente dicho el que va más allá de toda duda razonable que se produce en juicio oral.



1.2 Principios que rigen la materia probatoria

1.2.1 Principio de inmediación

Este principio es uno de los más importantes para el nuevo proceso acusatorio mexicano, pues su importancia radica en la necesidad que existe de que el juzgador que va a proferir una sentencia se allegue del conocimiento inmediato, concomitante y directo de los elementos de prueba producidos en la audiencia de juicio oral⁶ para que una vez valorados el Juez esté en aptitud de tomar la decisión más acertada, lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 20 apartado A fracción II Constitucional que dispone: “... *Toda audiencia se desarrollara en presencia del juez, sin que pueda delegar a ninguna persona el desahogo y valoración de las pruebas...*”

La inmediación no sólo tutela que los medios de prueba se desahoguen en presencia del Juez de juicio oral o de quien presida el tribunal, sino que también asegura como ya se pudo advertir, que sea hasta esa etapa donde ello ocurra y no en etapas procesales anteriores, salvo las excepciones de la prueba anticipada⁷ y para los casos de delincuencia organizada⁸; este principio se retomara más adelante abundando en su estudio.

1.2.2 Principio de publicidad

Este principio ha sido confundido por algunos doctrinarios con el principio de contradicción, al respecto el jurista Benavente Chorres sostiene que el principio de publicidad “... *debe permitir a las partes conocer las pruebas, intervenir en su práctica, objetarlas si es el caso, desvirtuarlas, discutir las y luego analizarlas para poner de presente ante el Juez el valor que tienen en alegaciones oportunas; pero también significa que el examen y las conclusiones del Juez sobre la prueba deban ser conocidas por las partes...*”⁹ de lo establecido por el

⁶ *Ibidem.* artículos 4° inciso e) primer párrafo y 333.

⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20 apartado A fracción III parte primera.

⁸ *Ibidem.*, artículo 20 apartado B fracción V segundo párrafo.

⁹ BENAVENTE CHORRES, Hesbert, Estrategias para el Desahogo de la Prueba en el Juicio Oral, flores editor y distribuidor S.A de C. V., México, 2010, p. 125.



autor (según mi apreciación), se desprende que confunde el principio en estudio con el de contradicción al señalar actividades como objetar, discutir, examinar y hacer alegaciones sobre los medios demostrativos, actividades propias del choque adversarial en relación con el principio de intermediación.

Por su parte el autor Jiménez Martínez señala que: “... *La esencia de la publicidad está en que, al momento de practicarse la prueba puedan conocerla las partes que intervienen en el proceso...*”¹⁰

Los criterios antes citados en lo particular no se comparten, toda vez que ambos autores confunden el principio en estudio con el de contradicción, ya que el principio de publicidad debe entenderse como aquel que garantiza que los particulares presencien la producción de la prueba, como un medio de control popular¹¹ además de tutelar que los acusados sean juzgados en audiencia pública, tal y como se desprende del numeral 20 apartado B fracción V parte primera de la Carta Magna que establece “...*Sera juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal.*”

Así las cosas, podemos concluir que este principio se refiere a la publicidad de la sociedad y no a la de los sujetos procesales que intervienen en el juicio. Por lo tanto éste propicia la transparencia de la actividad probatoria, al permitir a los particulares conocer los hechos, los elementos probatorios, apreciar su desahogo y conocer su valoración, constituyéndose como una forma de control popular. En otro contexto, la publicidad presenta excepciones como la seguridad nacional, seguridad pública, la protección de víctimas testigos o menores¹².

¹⁰ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, Aspectos Básicos sobre la Prueba en el Juicio Oral, Raúl Juárez Carro editorial S. A. de C. V., México, 2011, p. 81.

¹¹ *Vid.* Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 4° inciso a).

¹² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20 apartado B fracción V parte segunda.



1.2.3 Principio de contradicción

Este principio abarca gran parte de la actividad probatoria, otorgando un cúmulo de derechos a las partes en materia de prueba, además de estar inexorablemente ligado con el tipo de proceso que no es sólo acusatorio y oral, ya que también es considerado adversarial, entendiendo esto último como una contienda entre las partes en situación de igualdad procesal sometidos a jurisdicción¹³.

Al respecto, la igualdad procesal en ese choque adversarial se ve garantizada por el principio de contradicción, que en esencia prevé el numeral 4° inciso b) del Código Procesal Penal mexiquense al establecer *“Las partes podrán debatir, los hechos y argumentos jurídicos, normativos y jurisprudenciales de la contraparte y controvertir cualquier medio de prueba, para lo cual las partes podrán hacer comparecer, interrogar o en su caso conainterrogar, a los testigos y peritos...”*

Tiene particular importancia que para poder estar en aptitud de controvertir las pretensiones de la contra parte, resulte inconcuso que éstas se deban conocer; luego entonces, el principio de contradicción también genera a favor de las partes, el derecho de estar informado y de imponerse de todos los datos y medios de prueba que obran en el proceso¹⁴.

Como sabemos toda regla general admite excepción, en este caso, aunque si bien se presenta en forma parcial, no debemos perder de vista que actualiza una restricción a esta garantía lo inherente a la confidencialidad de las actuaciones de investigación, en las que el representante social puede solicitar al juzgador de control que por un plazo no mayor a veinte días o de cuarenta en caso de solicitar la ampliación del término, se mantengan en confidencialidad respecto del imputado y demás intervinientes algunas piezas, actuaciones,

¹³ Vid. Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 2° inciso b).

¹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20 apartado B párrafo segundo.



registros o documentos, siempre que resulte indispensable para el éxito de la investigación¹⁵.

El imputado o los demás intervinientes pueden solicitar al Juez de control, ponga fin a la secrecía o bien limitarla en cuanto a piezas o actuaciones. La confidencialidad no podrá decretarse respecto de la declaración del imputado, actuaciones a las que tenga derecho a intervenir, aquellas en las que intervenga el Juez de la causa y en la práctica de pericias respecto del imputado y su defensa¹⁶.

Cabe desatacar que una vez finalizada la secrecía, deberá dársele el derecho al imputado de controvertir las actuaciones (derecho de defensa); toda vez que, en caso contrario la información recabada no podrá incorporarse a juicio oral como medio demostrativo¹⁷.

En congruencia con lo anterior puede concluirse que el principio en estudio genera a favor de los sujetos procesales un cúmulo de derechos a saber:

- El derecho a conocer e imponerse de los datos de prueba que obren en la carpeta de investigación; así, como de los medios de prueba que se han incorporado al proceso.
- Derecho a controvertir los argumentos jurídicos, normativos así como jurisprudenciales de la contraparte.
- Genera la facultad de controvertir los medios de prueba ofertados por la contraparte (esto en la audiencia intermedia) así como solicitar su exclusión por haber sido obtenidas ilícitamente, o bien porque no se hayan observado las reglas de la cadena de custodia u otros requerimientos procesales.

¹⁵ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 244 segundo párrafo partes primera y segunda.

¹⁶ *Ibidem*. artículo 244 segundo párrafo partes tercera y cuarta.

¹⁷ *Ídem*.



- El derecho a interrogar y contrainterrogar a peritos y testigos, así como realizar objeciones sobre medios probatorios que pretendan ser desahogados.

1.2.4 Principio de concentración

El principio de concentración de la prueba alude a que la presentación, recepción y desahogo de los medios de prueba¹⁸ debe desarrollarse por regla general en audiencias programadas de forma continua y sucesiva, salvo excepciones¹⁹; ello es así puesto que, este principio persigue que los medios de prueba sean desahogados con la mayor inmediatez, propiciando que la fuente de prueba (huella material o mnémica que deja el delito) sea transportada a la mente del juzgador como se presentó originalmente, evitando que el tiempo las opaque o destruya.

Verbigracia, era común por las circunstancias propias del sistema penal escritural que los medios de prueba se hibernaran; es decir, que si se ofrecía como medio de prueba la testimonial, podrían transcurrir meses incluso años para su desahogo, y como resultando del paso del tiempo se tenía una huella mnémica suprimida parcial o completamente, pues el testigo ya no recordaba los detalles, se contradecía, o de plano manifestaba no recordar algo en absoluto, como efecto de temporalidades amplias también nos encontrábamos sentencias en las que el jugador no otorgaba mérito convictivo o simplemente no eran tomados en cuenta, argumentado que no se actualizaban los principios de inmediatez que rigen en la prueba testimonial, hablamos de la percepción, evocación y recuerdo, los cuales se ven afectados con el transcurso del tiempo, a criterio de los tribunales colegiados de circuito²⁰. Esta circunstancia es la que pretende evitar el multicitado principio en el nuevo proceso de enjuiciamiento criminal.

¹⁸ *Ibidem*. artículo 4° inciso c).

¹⁹ *Ibidem*. artículo 339.

²⁰ Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, página: 1211. PRUEBA TESTIMONIAL, PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INMEDIATEZ PROCESAL, PARA LA VALORACIÓN DE LA.



1.2.5 Principio de continuidad

Dicho principio para algunos autores debe integrarse dentro de la concentración probatoria, para algunos otros es considerando como sinónimo de éste²¹ criterios que se comparten, pues según mi apreciación no es posible concebir la división de estos principios en virtud de que, uno se encuentra supeditado al otro y viceversa; es decir, no podemos hablar de concentración si no existiere un desarrollo inmediato y secuencial de las audiencias y por supuesto no habrá tal obligación de programar las audiencias de forma ininterrumpida y secuencial si el sistema acusatorio no lo exigiera.

Se concluye, que el principio en comento es la exigencia de que las audiencias no se interrumpan²², o sea, que sean continuas valga la expresión, salvo excepciones como la práctica de alguna diligencia fuera de la sala de audiencias; cuando sea imposible continuar la audiencia por la inasistencia de algún perito, interprete o testigo; o que a solicitud del acusado o de su defensor con motivo de la reclasificación del delito en la acusación o alegatos de apertura; o bien por causas de fuerza mayor²³.

²¹ BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.* P. 127.

²² Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 4° inciso d).

²³ *Ibidem*, artículo 339.



2 La prueba en la fase de investigación inicial

2.1 Atribuciones del Ministerio Público durante la investigación inicial

Las atribuciones que tiene el Ministerio Público durante la investigación y el proceso son diversas, pero por lo que hace a nuestro tema central que es la prueba, éstas se integran y se resumen en una actividad fundamental como es lo inherente a la investigación de los delitos²⁴, que por regla general es la representación social la encargada de hacerlo, salvo excepciones en que los particulares pueden ejercitar la acción penal privada²⁵.

Cuando existe una denuncia, querrela o se tiene la noticia de la comisión de un delito, el Ministerio Público debe practicar u ordenar la realización de actos de investigación, para determinar la existencia del hecho delictuoso, lo anterior debe actualizarse respetando los derechos fundamentales de las personas y bajo la responsabilidad de dicho representante social.²⁶

En este orden de ideas la investigación que realiza el Ministerio Público en donde pretende demostrar o no la existencia de un delito, es una indagatoria que por regla general, no requiere autorización judicial, puesto que en esta etapa de investigación inicial la representación social reviste el carácter de autoridad realizando actividades policiales y criminológicas. Ahora, esta etapa de investigación inicial puede dividirse en dos fases paralelas; en virtud de la función que despliega la prueba en sus etapas más primigenias, siendo la primera de éstas la inherente a la captura de datos²⁷, fijación y recolección de vestigios materiales, búsqueda de información o encuestas policiales para hallar al autor o participe del hecho punible; por lo que hace a la segunda fase o actividad, esta subyace en la formación de una carpeta de investigación cuya función es contener datos de prueba (no sólo datos) y las actuaciones

²⁴ Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, artículo 10 apartado A fracción III

²⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 21 párrafos primero y segundo.

²⁶ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 135 primer párrafo.

²⁷ Vid. SOTOMAYOR LÓPEZ, Oscar, Práctica Forense de Derecho Penal y la Reforma Judicial, Ubijus, México, 2010, p. 274.



destinadas a comprobar la existencia del hecho delictuoso, así como la identificación de la persona a la que se imputa, (acopio de evidencia física, practica de pericias, inspecciones, entre otras actividades).

En consecuencia las primeras dos fases por la que atraviesa la prueba (genéricamente hablando, pues ya hemos señalado con precisión el término adecuado para cada etapa procesal); es decir, la recolección de datos (primera fase) y la comprobación de esos datos, incorporándolos a la carpeta de investigación como datos de prueba (segunda Fase), se ven agotadas cuando con este material demostrativo²⁸ se formula imputación a una persona en concreto²⁹.

Es de concluir que la investigación de los delitos puede dividirse en dos etapas, la comentada con anterioridad (investigación inicial que a su vez se subdivide en dos actividades acopio de datos y obtención de datos de prueba), que por regla general no requiere autorización judicial, pues en estricto sentido sólo realiza las actividades de investigación encaminadas a la obtención de datos e información sobre el evento y el posible imputado, información que una vez verificada su existencia, idoneidad e incorporación a la carpeta de investigación se constituirá el dato de prueba³⁰, necesario para formular imputación.

La segunda etapa de la investigación puede dotársele la denominación de Investigación formal o judicializada, la cual tiene lugar después del dictado del auto de vinculación a proceso y que propiamente se encuentra sujeta a un plazo para su cierre, abordare lo inherente a la investigación judicializada en líneas posteriores, ocupándonos en la inmediatez de la etapa de investigación inicial.

²⁸ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 185 párrafo tercero.

²⁹ Cabe aclarar que el Ministerio Público, formulara la imputación con datos de prueba; es decir, con la referencia de las diligencias no practicadas ante el Juez, por ejemplo bastara referir lo que informo un testigo cuando el representante social le practicó una entrevista.

³⁰ Vid. Práctica Forense de Derecho Penal y la Reforma Judicial, pp. 274-275.



En otro orden de ideas, las actuaciones que practique el Ministerio Público deben realizarse de forma legal y objetiva, comprendiendo la primera el derecho del imputado a ser informado verazmente de la investigación que existe en su contra, así como la obligación que pesa sobre el representante social de no ocultar datos de prueba o elementos de prueba que favorezcan a alguna de las partes (como advertimos esto tiene relación con el principio de contradicción de la prueba), sobre todo si ha decidido no incorporarlas a proceso; por lo que hace a la objetividad ésta debemos entenderla como el deber que tiene el Ministerio Público de que en la investigación haga referencia a los datos de prueba de cargo como de descargo³¹.

2.2 Formas de iniciar la investigación

La investigación de un delito puede iniciarse por las diversas formas de comunicación, que de éste se haga al órgano de investigación, o bien porque el Ministerio Público o la Policía ministerial tengan conocimiento directo, también los particulares al ejercer la acción penal privada estarán dando inicio a la apertura de una investigación, según las particularidades de cada caso, los cuales analizaremos a continuación.

2.2.1 La denuncia

La denuncia es la comunicación que se hace al Ministerio Público sobre hechos que puedan revestir características de un delito. En otro contexto la denuncia es la forma más común de propiciar la intervención del órgano de investigación, así como de sus auxiliares para que en primera instancia se evite la comisión, que se siga cometiendo o bien se investigue uno ya consumado.

La denuncia es una forma de dar inicio a una investigación, en materia probatoria que es lo que nos atañe, la denuncia puede revestir dos modalidades según el contenido demostrativo que soporte; así, encontramos la primera modalidad la cual es de carácter imparcial en donde el denunciante sólo

³¹ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 137 párrafos segundo y tercero.



comunica a la autoridad los hechos que pudieran ser constitutivos de un delito, pero aporta muy poco a casi nada en materia demostrativa, limitándose a señalar lugares o simplemente el hecho porque se lo hayan referenciado, o sea, que su denuncia no contiene ninguna posible fuente de prueba lo cual es muy común y lógico, pues en contadas ocasiones el denunciante conoce con exactitud la identidad del autor del delito.

En cambio la segunda modalidad de la denuncia reviste la característica de la parcialidad, pues la denuncia no versa sólo sobre los hechos sino que el denunciante proporciona otros datos como lugares, tiempos, distancias, la identidad y número de personas que pudieron haberlo presenciado, señala alguna evidencia física o elementos materiales probatorios, e incluso la identidad del autor o su media filiación, sin duda que esto es poco frecuente y aunque así sucediera se debe corroborar la información, pero en caso de llegar a actualizarse estaríamos ante una denuncia cargada de fuentes probatorias que pueden agilizar la investigación o al menos dirigirla en un sentido. Las hipótesis planteadas con anterioridad, se sostienen en concordancia con lo que estatuye la legislación procesal penal mexiquense³².

La denuncia debe recibirse por el Ministerio Público³³ y ante la falta de éste y de la Policía, la recepción la hará cualquier autoridad pública³⁴, misma que serán, los síndicos de los ayuntamientos a quienes el numeral 24 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, les otorga dicha facultad, incluso para dictar medidas urgentes y practicar diligencias, lo cual es de difícil actualización claro es, pero que en caso de ser así nos cuestionamos si dichos funcionarios están capacitados para realizar las actuaciones más elementales, observando las reglas de la cadena de custodia o practicarlas con observancia irrestricta de los derechos fundamentales, es claro que es difícil que esto suceda pero en tal caso no se debería dar valor a las actuaciones

³² *Ibidem.* artículo 224.

³³ Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, artículo 10 apartado A fracción I.

³⁴ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 223 párrafo segundo.



practicadas por el funcionario de mérito hasta que hayan sido calificadas por el representante social y siempre que se le haya dado vista al imputado y su defensa.

La denuncia puede presentarse por cualquier medio idóneo, debiendo contener los datos de identificación del denunciante, su domicilio, la narración circunstanciada de los hechos y de ser posible la indicación de quién lo cometió o participó y de quién lo pudo haber presenciado; así las cosas, tenemos que la denuncia puede presentarse por escrito o verbalmente donde se deberá formular un acta en presencia del denunciante, quien deberá firmarla junto al servidor público que la reciba.

El artículo citado anteriormente señala en su cuarto párrafo que la denuncia puede realizarse por otro medio distinto a los ya referidos, con la única condición de que el Ministerio Público constate la identidad del denunciante.

Al respecto la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México en el ordinal 10 apartado A fracción I párrafo segundo señala que puede realizarse por medios electrónicos y sistemas de información, por otro lado el Acuerdo General número 01/ 2010 del Procurador General de Justicia del Estado de México por el que se establecen diversas disposiciones en materia de organización, orden sustantivo y administrativo, y de actuación ministerial, pericial y policial de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, en su capítulo segundo, sección tercera subsección I, artículo 2.28 establece el sistema de medios alternativos de denuncias y querellas identificado por su acrónimo SIMADEQ mientras que el numeral 2.29 proscribiera esos medios alternos a saber: “ ...I. *El centro de atención telefónica. (CAT); II. Sistema de denuncia vía internet (SIDEVIT) y III. Sistemas de módulos de recepción de denuncia exprés.*”

En estos últimos supuestos el Ministerio Público estará obligado a constatar la identidad del denunciante, circunstancia que de no hacerse o de no ser posible acceder a esa información, estaría de *ipso facto* quitándole a la denuncia



cualquier merito demostrativo para ser valorada en conjunto con otros medios de prueba desahogados, toda vez que el acusado quedaría en estado de indefensión al no saber quién le atribuye la conducta ilícita³⁵, siendo su alcance únicamente dotar de legalidad las técnicas de investigación.

2.2.2 Querella

Es la expresión de voluntad de la víctima, ofendido o de sus representantes, manifestando expresa o tácitamente su interés de que se inicie una investigación y se ejercite la acción penal³⁶, constituyendo un requisito esencial para la procedencia de la investigación, pues en caso de que ésta no se presente constituiría un obstáculo procesal.

Como ya ha quedado plasmado al estudiar las modalidades de la denuncia, en virtud de las fuentes de prueba que puedan contener, mismo criterio se debe aplicar a la querella; por otro lado, la querella tiene un gran rubro que la distingue de la denuncia pues ésta sólo procede en delitos perseguidos oficiosamente a diferencia de la querella, donde prevalece el interés particular sobre el público.

En el nuevo sistema procesal penal acusatorio mexiquense, la querella destinada al ejercicio de la acción penal privada es más relevante en el tema probatorio que se estudia, toda vez que en el escrito de querella se plasman en gran proporción los actos de la investigación inicial.

En ese contexto el precepto 434 del Código instrumental Penal para el Estado de México, señala: “... *El escrito por el que se ejercita la acción penal privada deberá contener: I. Nombre y domicilio del querellante;*” esta circunstancia es obvia, pues tal y como sucede con la denuncia se debe conocer el nombre de la persona que le imputa un hecho delictuoso a otra; máxime si se toma en consideración que esto es una garantía del imputado; continúa el texto del artículo en cita “... *II Nombre y domicilio del imputado; III Narración del hecho*

³⁵ Vid. Práctica Forense de Derecho Penal y la Reforma Judicial, p. 53.

³⁶ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 229 párrafo segundo.



imputado con expresión del lugar, tiempo y circunstancias de ejecución;” al estudiar la denuncia sostuvimos que ésta se podía presentar en dos modalidades una con muy poca o casi nula referencia a las fuentes de prueba y otra que contraría a la anterior que describe lugares, tiempos, distancias, incluso la identidad del autor o partícipes.

Así las cosas podemos ver, que en tratándose de la acción penal privada se exige al querellante proporcionar esos datos o satisfaga un tipo de denuncia parcial (colmada de fuentes probatorias).

En otro contexto, la fracción III del artículo antes citado exige al acusador particular la primera de las dos actividades que deben realizarse dentro de la investigación inicial, como lo es la consistente en que el representante social y propiamente la Policía realice una actividad criminalística donde a través de encuestas policiales se alleguen de datos e información inherente a los hechos y a los probables partícipes (no existe un imputado en concreto aún pero se tiene la presunción).

Continúa el texto del numeral en comento, “...IV *Señalamiento de los datos de prueba que sustenten su solicitud;*” esta fracción en conjunto con la segunda del artículo en estudio, nos remite inevitablemente a pensar en la segunda actividad que realiza el Ministerio Público durante la etapa de investigación primigenia, en virtud de que ya hemos analizado que esta actividad consiste en que el órgano de investigación corrobore la existencia y la idoneidad de los datos o fuentes de prueba obtenidas, constituyéndolas en datos de prueba, a su vez la fracción II en cita, requiere al acusador particular la individualización del autor o partícipes del delito, completándose así prácticamente los requisitos para la formulación de imputación (datos de prueba y la identificación del autor o partícipes), cumpliendo así la segunda actividad de la investigación no sujeta a control judicial.

Continua la redacción del diverso en cita “...V *Expresión de diligencias cuya práctica se solicitan, y en su caso, petición de prueba anticipada;*...” lo anterior



hace ineludible una crítica sobre la figura de la acción penal privada, concibo que sea una figura que tiende a garantizar el acceso a la justicia por parte de la víctima u ofendido, así como una participación más activa dentro del proceso penal, de lo que surge una interrogante en el sentido de si el particular que ejerce dicha acción penal ¿Puede acopiar datos, información, recoger evidencia física sin romper los eslabones de la cadena de custodia evitando su exclusión por ilicitud, ofrecer datos de prueba y no medios demostrativos?.

Me parece que es muy complicado que un particular que carezca de conocimientos sobre el derecho procesal penal, pueda por sí sólo señalar datos de prueba y no medios o fuentes de prueba; sin lugar a dudas el ejercicio de la acción penal como la plantea el Código adjetivo penal para la entidad que nos ocupa, se dificulta en la práctica, ahora, podría pensarse que esta circunstancia no impide que la acción en comento tenga efectividad dado que es obvio que el particular tendría que contratar los servicios de un profesional en derecho penal ¿Pero acaso todos los particulares podrían solventar la erogación de gastos que ello implica?.

La respuesta a estas interrogantes y la solución a la problemática planteada la encontramos en la Ley de la Defensoría Especializada para Víctimas y Ofendidos del Delito del Estado de México en particular en el diverso 21 fracción XVI la cual establece: “ *Son obligaciones del defensor las siguientes: ... XVI Ejercer la acción penal privada que le sea solicitada por la víctima...*” por lo que deja de ser un problema pues con la implementación de la defensa víctimal se garantiza la efectividad de la acción penal por los particulares.

Abandonando la problemática anterior por no ser parte central de nuestra investigación, regresamos al mismo, señalando que en los casos de la denuncia y querrela o incluso antes de presentación pueden realizarse actos urgentes que impidan continuar el hecho, además de los actos imprescindibles para conservar los elementos de prueba sin que se afecten los derechos de la



víctima u ofendido³⁷. Estas actividades son realizadas en estricto sentido por la Policía, el artículo 143 del Código de enjuiciamiento criminal para el Estado de México al respecto señala en su primer párrafo: “... *La Policía procederá a investigar los delitos de acción pública bajo la conducción y mando del Ministerio Público, impedirá que los hechos lleguen a consecuencias ulteriores...*”, es evidente que la autoridad facultada para impedir que el hecho delictuoso continúe es la Policía, pues ésta es la que por regla general tiene el contacto más próximo con el evento delictuoso.

La segunda actividad inherente a la realización de actos imprescindibles para conservar los elementos de prueba deberá ser realizada por los cuerpos policiacos, de preferencia aquellos con facultades de investigación; el término elementos de prueba es adoptado en forma incorrecta por el Código antes invocado³⁸, pues como ya hemos establecido los elementos de prueba son señalados por nuestra Carta Magna como sinónimo de medio de prueba, entendiendo que son éstos los que transportan las fuentes de prueba o prueba objetiva (huellas rastros o vestigios materiales o mnémicos), bajo esta premisa es correcto decir que son esas huellas, evidencias y vestigios materiales o mnémicas las que propiamente la Policía debe procurar conservar; el Código Procedimental Penal en comento señala en primera instancia que el cuerpo policiaco facultado para realizar dichas actividades debe ser el que tenga facultades de investigación³⁹.

Sin embargo la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México no señala claramente a ningún cuerpo policial con dichas facultades ni con tal denominación, al menos hasta las reformas del veintiséis de octubre del dos mil once, ni en su reglamento se prevé disposición alguna al respecto, sólo se limita a otorgar algunas actividades investigativas a la Policía ministerial⁴⁰, donde incluso el primero de los ordenamientos precitados va más

³⁷ *Ibidem.* artículo 232.

³⁸ *Ídem.*

³⁹ *Ibidem.* artículo 143 fracción III.

⁴⁰ Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, artículo 21 fracción III.



allá de únicamente otorgarle facultades para preservar las fuentes de prueba (Huellas materiales o mnémicas), dotándolo incluso de facultades para la recolección y traslado de éstas, al respecto el dispositivo 21 fracción I de la Ley Orgánica antes comentada señala: “... *I Localizar, recoger, preservar y poner a disposición del ministerio público los instrumentos, evidencias, objetos y productos del delito...*”.

Lo establecido en este precepto citado nos lleva a descubrir una inminente problemática, que sin duda incide en el resultado de la investigación e incluso determinara el sentido de la sentencia, se comparte que dicho cuerpo policial (Policía ministerial) e incluso como lo prevé el ordinal 143 párrafo *in fine* del Código instrumental penal mexiquense los demás cuerpos policiacos⁴¹ puedan preservar el lugar de los hechos evitando se pierdan, destruyan o alteren las fuentes de prueba.

Lo que sin duda no se comparte y me genera desconcierto es que sea la Policía ministerial la que tenga la atribución de recolectar e incluso trasladar, las evidencias, instrumentos, objetos o productos del delito; luego entonces, es de cuestionarse si dichos servidores públicos a quienes escasamente se les exige un grado de instrucción media superior⁴² (lo anterior sin el ánimo de ofender y de forma respetuosa claro es), están capacitados para observar las reglas de la conservación de la cadena de custodia de los elementos materiales probatorios y la evidencia física; como lo es genéricamente hablando, conservación de la identidad o fijación de los hechos; guardar el estado original; se observen las condiciones de recolección, preservación, embalaje, traslado, almacenaje, manejo, entre otras.

Según mi criterio esta problemática está muy lejos de solucionarse, pues basta apreciar que el Manual Básico de la Policía Ministerial de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, el cual es parte integrante (anexo 1)

⁴¹ *Ibidem.* artículo 23 párrafos primero y segundo.

⁴² *Vid.* Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, artículo 43 párrafo *in fine*.



del Acuerdo General Número 01/ 2010 del Procurador General de Justicia del Estado de México por el que se establecen diversas disposiciones en materia de organización, orden sustantivo y administrativo, y de actuación ministerial, pericial y policial de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México⁴³, establece en su numeral 3.3 la integración de los servicios periciales a la nomenclatura de la Policía ministerial; es decir dichos servicios forman parte de dicho cuerpo policial; ahora bien, el numeral marcado con el 5.3 faculta la realización de actuaciones por iniciativa propia, o sea, actuara sin que medie mandato del Ministerio Público, para recolectar elementos materiales probatorios (armas de fuego, armas punzantes, cortantes, contundentes, objetos, ropas, entre otras) o evidencia física (sangre, huesos, tejidos, fibras o fluidos corporales por mencionar sólo algunas), así como realizar entrevistas, registros fotográficos, técnicos, inspección de cadáver, inspección del lugar de los hechos y más aún.

Es evidente que si estas actuaciones son practicadas por la Policía ministerial cuando ésta se integre por los servicios periciales no debería haber ningún inconveniente; pero, es inconcuso que si las actividades en comento se practican por los Policías ministeriales originarios; es decir, los servidores públicos adscritos a la Policía ministerial distintos de los integrantes de los servicios periciales, se corre el riesgo de que dichos actos de investigación se contaminen y por ende se puedan excluir los medios de prueba derivados de éstas.

La ordenanza citada con antelación convalida lo señalado por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, lo cual considero incorrecto ya que existe duda sobre si dichos servidores públicos podrán proceder respetando estas condiciones, tornándose preocupante pues ya hemos dicho que la defensa puede solicitar la exclusión de algún medio de prueba en la audiencia intermedia, por haberse conculcado derechos fundamentales constituyéndose en prueba ilícita, debilitando la investigación e

⁴³ [En línea], Disponible: <http://www.edomex.gob.mx/legistelfon/doc/pdf/gct/2010/abr273.PDF> 27 de septiembre de 2012 05:16 PM.



incluso incidiendo en el resultado de la sentencia, provocando un grado de impunidad por una falla policial, lo anterior se establece tomando en cuenta las referencias que ha dejado el actuar de dichos servidores públicos, en el que suplen sus deficiencias para la investigación, con la construcción y fabricación de medios probatorios y violentando garantías individuales, es por tal fama, que ha dejado eco en la ciudadanía, que me permito criticar estas facultades conferidas, proponiendo que esta facultad le sea suprimida a dichos servidores, modificando los ordenamientos manejados en éste tema, facultando únicamente a los servicios periciales, o bien se prepare a los cuerpos policiales, instituyendo una Policía de investigación con cualidades profesionales.

2.2.3 Noticia criminal

La noticia criminal es considerada por algunos autores como una modalidad de la denuncia que hace un particular, no comparto ese criterio, en virtud de que, si bien es cierto que tanto la denuncia como la noticia criminal, consiste en hacer saber la existencia de un probable delito, no menos cierto resulta el hecho de que ambas muestran una gran diferencia, pues la primera de éstas (denuncia) es realizada por un sujeto o particular ajeno al órgano de investigación, mientras que la noticia criminal o propiamente dicho su comprobación oficiosa (ya que las autoridades de investigación penal tienen la obligación de iniciar una indagación oficiosa de los hechos percibidos por sí mismos, y que pudieran revestir el carácter de delito).

La diferencia esencial radica en el sujeto que percibe el evento delictuoso, si el hecho posiblemente delictuoso es apreciado por un particular o sujeto ajeno a la autoridad de investigación criminal y lo hace del conocimiento de ésta a través de los medios formales ya estudiados, estaremos en presencia de la denuncia (obvio en tratándose de delitos de persecución oficiosa), ahora, si el representante social o sus auxiliares son los que directamente se percatan del hecho delictivo o por su notoriedad, estarán obligados a iniciar la investigación oficiosamente, sin necesidad de que un tercero ajeno provea la información, aunque suele suceder que en la práctica las autoridades no inician la



investigación so pretexto de que la gente no acude a denunciar; al respecto el jurista Sotomayor López señala: “...en los delitos de oficio, basta con que tenga conocimiento (por sí mismo) del hecho o circunstancia, o en su defecto llegue la noticia de por un tercero, y no debe haber pretexto alguno de que la gente no acude a denunciar...”⁴⁴.

De acuerdo con el autor entendemos claramente que en tratándose de delitos perseguidos oficiosamente basta que el Ministerio Público o sus auxiliares perciban el hecho por sí mismos para iniciar una investigación; el artículo 235 del Código adjetivo penal para la entidad que nos ocupa señala: “Cuando el ministerio público tome conocimiento de la existencia de un hecho que pudiera considerarse delictuoso, promoverá la investigación...” de lo anterior se desprende que el legislador impone la obligación al representante social de promover la investigación cuando él tome conocimiento del hecho, no señala que este conocimiento deba ser transmitido forzosamente por un tercero ajeno.

Al respecto concordamos con el maestro Sotomayor López cuando indica que: “... (Conocimiento) se adquiere a través de los sentidos... (Lo que a diario se ve en las calles, lo saben o conocen)...”⁴⁵.

Este criterio se comparte por el que suscribe, toda vez que se encuentra convalidado por el Manual Básico de la Policía ministerial de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, en su numeral 4.4 que administrado con el artículo 21 fracción III de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, impone la obligación de iniciar una investigación en los delitos perseguidos de oficio, cuando se trate de hechos notorios (lo que es conocido por la generalidad), informando de inmediato al Ministerio Público.

Se concluye que la noticia criminal es la percepción o el conocimiento que toma el Ministerio Público y sus auxiliares de un hecho posiblemente delictuoso, a diferencia de la denuncia donde es un tercero ajeno al órgano investigador quien hace saber el hecho delictivo, a su vez podemos advertir que la noticia

⁴⁴ Vid. Práctica Forense de Derecho Penal y la Reforma Judicial, p. 52.

⁴⁵ *Idem*.



criminal trae aparejada su comprobación oficiosa; es decir, tanto la representación social como la Policía ministerial tiene la obligación de iniciar la investigación en los delitos perseguidos oficiosamente.

2.3 La carga de la prueba en el proceso penal acusatorio

La carga de la prueba subyace en la existencia de los principios de presunción de inocencia y de no auto incriminación o bien derecho a no declarar, la carga de la prueba, es la obligación que se impone al que sostiene una acusación, ya sea que se trate del Ministerio Público o del acusador que ejerza la acción penal privada⁴⁶ de buscar y presentar los suficientes elementos incriminatorios para destruir la presunción legal de inocencia de la que goza el imputado; asimismo, la característica acusatoria es típica del sistema de enjuiciamiento penal del Estado de México, pues precisamente la carga de la prueba en cabeza del que sostiene la imputación le da la denominación de sistema de corte acusatorio, lo anterior se proscribe en el dispositivo 2 inciso a) del Código de Procedimientos Penales del Estado de México.

La carga probatoria contiene en sí dos premisas garantistas como la presunción de inocencia y la no auto incriminación o derecho a no declarar. Ahora bien, la presunción de inocencia es una garantía que otorga el Estado para asegurar al ciudadano imputado, que la parte que le atribuya la comisión de hecho delictuoso deba acreditarlo, también restringe en gran medida la prisión preventiva; esto último es cuestionable y aparentemente contradictorio ya que, en un Estado donde se privilegia la presunción de inocencia, no es concebible que ésta se vea vulnerada por la privación de la libertad de un individuo que aún no ha sido declarado culpable de nada⁴⁷, en concreto esto se ve reflejado sobre la prisión preventiva oficiosa que señala nuestra Constitución Federal, restringiendo la presunción de inocencia, lo cierto es que en un país como el nuestro es muy lejano el tiempo en que dicha presunción deje de ser relativa,

⁴⁶ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 136.

⁴⁷ Vid. FERRAJOLI, Luigi, Garantismo Penal, serie de estudios jurídicos, número 34, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 6.



pues obviamente hablamos de la restricción de la libertad preventiva, misma que el Estado ha limitado con la reforma judicial de 2008, para aquellos delitos de mayor lesividad para la sociedad o bien cuando exista petición fundada del Ministerio Público⁴⁸.

Otra premisa que se deriva de la carga probatoria y de la presunción de inocencia es la ya referida a la no autoincriminación o derecho a guardar silencio, mismo que prevé el artículo 20 apartado B fracción II de la Constitución Federal.

Esta garantía ha sido utilizada de forma incorrecta en la praxis, pues es común escuchar que los defensores particulares y aun a los públicos, interpretan esta garantía asesorando al justiciable en el sentido de no declarar o sólo negar los hechos por virtud de esta prerrogativa, asumiendo así (según aseguran), una “defensa pasiva” durante el proceso (estrategia de defensa que en lo particular no comparto ni puede considerarse como tal jurídicamente, pues irroga el peor de los perjuicios al justiciable, ya que con tal estrategia seguramente será condenado) al amparo de lo que establece el diverso 20 apartado B fracción I del Pacto Federal, que en esencia proscribe que el estatus de inocencia sólo puede ser modificado por la sentencia judicial, dejando (los defensores) que sea el Ministerio Público el único en aportar y desahogar medios de prueba en el juicio lo cual es incorrecto.

El derecho a guardar silencio, tutela entre otras cosas que los imputados no sean coaccionados para declarar o auto incriminarse y no refiere en sí, que no se requiere hacer ni decir nada o limitarse a negar los hechos simplemente, por fuerza de la garantía aludida, actuar así procesalmente sería prácticamente condenarse, ya que si bien es cierto que en un principio el imputado goza de la presunción de inocencia y *per se* de la carga probatoria para la representación social, también lo es que dicha carga de la prueba es susceptible de sufrir su reversión, en virtud de lo que establece el siguiente criterio de jurisprudencia:

⁴⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 19 párrafo segundo.



“INCULPADO. LE CORRESPONDE LA CARGA DE LA PRUEBA CUANDO LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA QUE EN PRINCIPIO OPERA EN SU FAVOR, APARECE DESVIRTUADA EN LA CAUSA PENAL.

Si del conjunto de circunstancias y pruebas habidas en la causa penal se desprenden firmes imputaciones y elementos de cargo bastantes para desvirtuar la presunción de inocencia que en favor de todo inculpado se deduce de la interpretación armónica de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por otro lado, el encausado rechaza las imputaciones y niega el delito, o su participación culpable en su actualización, éste necesariamente debe probar los hechos positivos en que descansa su postura excluyente, sin que baste su sola negativa, no corroborada con elementos de convicción eficaces, pues admitir como válida y por sí misma suficiente la manifestación unilateral del inculpado, sería destruir todo el mecanismo de la prueba circunstancial y desconocer su eficacia y alcance demostrativo.”

Tesis localizable en el semanario judicial de la federación, tribunales colegiados de circuito, novena época, tesis de jurisprudencia, página: 1105. INCULPADO. LE CORRESPONDE LA CARGA DE LA PRUEBA CUANDO LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA QUE EN PRINCIPIO OPERA EN SU FAVOR, APARECE DESVIRTUADA EN LA CAUSA PENA.

De lo anterior se concluye que la carga de la prueba subyace en el principio de presunción de inocencia; pero que de ninguna forma puede considerarse ésta como una constante, toda vez que, hemos visto tiene excepciones y límites, por lo que creo más bien la presunción de inocencia tiene su mayor beneficio en los casos de la duda razonable; es decir, ante una igualdad de mérito demostrativo tanto de las pruebas de cargo como de descargo, se deberá por fuerza de la presunción de inocencia y ante la carente prueba del Ministerio Público (quien tiene la carga), absolver al inculpado, en virtud de que, el acusador no habrá destruido la presunción de inocencia más allá de toda duda razonable.



2.4 Prohibición al Ministerio Público para asumir funciones jurisdiccionales

Con la reforma Constitucional en materia de seguridad y justicia penal propiamente, se limitaron en gran medida las atribuciones que venía desempeñando la representación social; así, atinadamente la reforma prohíbe que asuma funciones jurisdiccionales⁴⁹, aunque si bien dicha disposición tutela en particular el respeto a la división de funciones de acusación, defensa y jurisdicción (trilogía procesal) y en específico de la primera con ésta última, también lo es que dicha proscripción priva al Ministerio Público de la función que realizaba en el sistema escritural que se abandona, pues como es sabido antes de la reforma, ante la representación social se desarrollaba una instrucción aunque formalmente administrativa, podía considerarse materialmente jurisdiccional.

Lo anterior no puede considerarse de otra manera, porque a nivel ministerial se podían ofrecer medios de prueba; mismos que eran desahogados, en la extinta averiguación previa sin que se respetaran principios como el de contradicción, dejando en desigualdad e indefensión a alguna de las partes, finalmente después de la actividad probatoria el representante social podía determinar un no ejercicio o ejercicio de la acción penal o incluso archivar la averiguación previa, en otras palabras, valoraba los medios de prueba y determinaba.

En el sistema de corte acusatorio, ya no se permite al Ministerio Público realizar esta actividad, ya que como hemos estudiado los medios de prueba deben desahogarse hasta la audiencia de juicio oral, salvo la prueba anticipada y aquellas que por su naturaleza requieran desahogo preliminar⁵⁰, no olvidando que dicho desahogo debe realizarse en presencia del Juez de control y no ante el Ministerio Público⁵¹; no obstante lo anterior, el artículo 10 apartado A fracción V de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de

⁴⁹ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 138.

⁵⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20 fracción III parte segunda.

⁵¹ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 280 párrafo segundo.



México, en apariencia contraviene lo establecido por la Constitución Federal (Artículo 20 apartado A fracción III), debido a que parece seguir otorgando a la representación social, la atribución de desahogar medios de prueba en la investigación, al respecto el numeral citado establece las atribuciones que tiene el Ministerio Público durante la averiguación previa (término que es incorrecto pues es el empleado en el sistema penal escritural), “... *V Recabar testimonios, ordenar peritajes, formular requerimientos, practicar inspecciones, obtener evidencias...*”.

Estas atribuciones son propiamente las actuaciones de investigación que debe realizar para allegarse de los datos de prueba que establezcan la comisión de un hecho delictuoso; pero que de ninguna forma deben confundirse como actos de prueba, como aparentemente es lo que hace el legislador, continuamos con la redacción del artículo en cita “... *desahogar e integrar a la averiguación previa (sic) las pruebas que tiendan a acreditar el delito...*”

Sin lugar a dudas es esta parte del texto legal la que genera desconcierto, ya que es notoriamente contradictorio con el texto Constitucional, además de no encontrarse en armonía con el tipo de proceso acusatorio, adversarial y oral de la propia entidad en estudio; en consecuencia también es contradictoria del texto Constitucional que proscribe en esencia en el ordinal 20 apartado A fracción III que las pruebas deben desahogarse en la etapa de juicio salvo el caso de la prueba anticipada y aquellas que por su naturaleza lo requiera (lo que por supuesto no es el caso, en virtud de que, éstas deben practicarse inexorablemente ante el Juez de control y no ante el representante social, por lo que no hay justificación para tal redacción contradictoria).

La redacción “*desahogar e integrar a la averiguación previa (sic) las pruebas*” parece estar en armonía con la terminología del sistema abandonado o el mixto como suele llamársele, pues aún prevé el término averiguación previa mismo que ya fue sustituido por el de investigación o carpeta de investigación cuando se refiere al instrumento escrito que contiene las técnicas indagatorias, dicho texto también faculta desahogar pruebas, lo que acontecía en el sistema



anterior, entrando en conflicto con el texto Constitucional como ya hemos advertido, incorrectamente se utiliza el término pruebas, que tiendan a acreditar el delito, pues con la reforma procesal penal sabemos que lo que realiza el Ministerio Público no es otra cosa más que la obtención de datos de prueba (no pruebas) que establezcan que se cometió un delito, por lo que el estándar probatorio que refiere la acreditación del delito también es equivoco, este tema se abordara con más precisión y a mayor abundamiento en renglones posteriores, de momento nos limitamos a decir que el dato de prueba debe entenderse como la referencia a un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el Juez.

Así por ejemplo el medio de prueba testimonial se desahoga a través de interrogatorios, contrainterrogatorios, confrontaciones, reconocimientos, entre otras reglas, ahora bien el dato de prueba sería lo referenciado por el testigo en la entrevista que le formulo el Ministerio Público, se advierte que en dicha entrevista no se observan esas reglas de desahogo, por ello es considerado el dato de prueba como una simple referencia del ateste a desahogar.

Por otro lado, el estándar probatorio requerido por el artículo en *comento* “*las pruebas que tiendan a acreditar el delito*” también es incorrecto pues la acreditación de éste no puede ocurrir en la investigación pues el delito se acredita hasta la sentencia definitiva donde se tienen por comprobados los elementos de éste (objetivos, normativos y materiales.), mientras tanto en la investigación se trabaja con el establecimiento de un hecho delictuoso (con reforma), sin reforma cuerpo del delito que tiene el carácter de presunto, pues es en la sentencia definitiva donde se corrobora que en los hechos se cometió un delito y no antes, como incorrectamente lo refiere la redacción en cita; pensar lo contrario sería tanto como creer que el Ministerio Público tiene la facultad de decidir sobre la culpabilidad de una persona; es decir, asumir una función jurisdiccional como sucedía en el sistema anterior, se robustece este criterio con la siguiente tesis de jurisprudencia:



“ELEMENTOS DEL DELITO. LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL DEBE ANALIZARLOS EN LA SENTENCIA DEFINITIVA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).”

De los artículos 122, 124, 286 bis y 297, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se advierte que el Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado como base del ejercicio de la acción penal y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos; asimismo, se prevé que el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso según lo determine la ley penal. Por otra parte, de los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que el análisis del cuerpo del delito es exclusivo de las resoluciones correspondientes a las órdenes de aprehensión y comparecencia, así como en las de plazo Constitucional, ya que el estudio mediante el cual se comprueba el cuerpo del delito debe ser distinto de aquel que el Juez realiza cuando emite la sentencia definitiva; ello, porque esto último únicamente tiene carácter presuntivo, pues no comprende el análisis que supone la acreditación de la comisión de un delito. Por tanto, la demostración de los elementos del tipo penal sólo debe realizarse en la sentencia definitiva, al comprender la aplicación de un estándar probatorio más estricto, en virtud de que la determinación de la existencia de un delito implica corroborar que en los hechos existió una conducta (acción u omisión) típica, antijurídica y culpable. Atento a lo anterior, en el supuesto de que la autoridad responsable haya analizado en la sentencia definitiva el cuerpo del delito o los elementos del tipo penal -o ambos-, de manera alguna da lugar a que el Tribunal Colegiado de Circuito, al conocer del asunto en amparo directo, conceda la protección Constitucional para el efecto de que la autoridad funde y motive el acto, pues si de todas formas estudió el conjunto de elementos normativos, objetivos y subjetivos del tipo penal, ello no causa perjuicio a la parte quejosa al grado de otorgar el amparo para el efecto mencionado.”



Esta tesis es localizable en: semanario judicial de la federación, primera sala, décima época, tesis de jurisprudencia, página: 429. ELEMENTOS DEL DELITO. LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL DEBE ANALIZARLOS EN LA SENTENCIA DEFINITIVA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Contradicción de tesis 367/2011. Suscitada entre los Tribunales Colegiados Segundo y Séptimo, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 23 de noviembre de 2011. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente y Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de cinco votos en cuanto al fondo. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

Para evitar caer en confusión y para la mejor comprensión en el desarrollo de este trabajo, cabe establecer que se entiende por acto o técnica de investigación y que por un dato de prueba.

Ahora bien, las actuaciones de investigación son técnicas que realiza el órgano acusador y sus auxiliares para allegarse o recopilar datos e información en primera instancia (primera actividad dentro de la investigación inicial), información que después de verificar su existencia e idoneidad y previa incorporación a la carpeta de investigación se constituirá en datos de prueba, para sustentar la imputación, solicitar la imposición de medidas cautelares, e incluso para solicitar la vinculación a proceso⁵².

Las actuaciones se extienden durante la fase de investigación inicial para sustentar los extremos antes señalados, mientras que durante la investigación judicializada (a partir de que se dicte el auto de vinculación a proceso y hasta antes del plazo señalado para su cierre) se allegara de medios de prueba con los cuales pretende sustentar su acusación y ofertar para su desahogo en juicio, hasta este momento se termina la posibilidad de que el Ministerio Público pueda practicar actos investigativos, y excepcionalmente se terminara fenecido el plazo para cerrar la reapertura de la investigación por solicitud de diligencias.⁵³

⁵² *Ibidem.* artículo 297.

⁵³ *Ibidem.* artículo 306 segundo párrafo.



Por lo que hace a los actos probatorios (que jamás podrán ser practicados por la representación social), podemos entender aquellos incorporados y producidos en el proceso conforme a las reglas que imperan en el ordinal 341 del Código de enjuiciamiento criminal mexiquense, serán ofertados en la audiencia intermedia y ahí se proveerá su admisión o inadmisión, pero que sobre todo han sido desahogados durante la audiencia de debate de juicio oral⁵⁴; es decir, que la actividad probatoria sólo tendrá lugar durante el juicio (salvo excepciones), ante el Juez de juicio oral o de quien presida en Tribunal, según sea el caso, ello es así, porque los actos probatorios deben someterse a los principios de contradicción e intermediación principalmente, a diferencia de los actos o técnicas de investigación donde no es menester que ocurran al amparo de tales prerrogativas.

Aunque la diferencia más notoria radica en la finalidad que estos actos tienen, pues los actos de investigación tienden a sustentar decisiones previas al juzgamiento, o sea, nunca fundaran una sentencia (como si sucedía en el sistema anterior); mientras los actos de prueba sustentan una decisión sobre la responsabilidad penal; es decir, son los únicos que servirán para resolver el fondo del asunto.

Este criterio se soporta tomando en consideración el criterio de los tribunales colegiados de circuito en la tesis localizable en Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tesis Aislada, Página: 2890.

“ACTUACIONES DE LA INVESTIGACIÓN. PARA QUE UN IMPUTADO PUEDA SER CONDENADO O ABSUELTO SE REQUIERE DE LA PRODUCCIÓN DE ACTOS DE PRUEBA EN SENTIDO ESTRICTO EN EL CURSO DEL JUICIO ORAL, AL CARECER DE VALOR PROBATORIO LOS ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN Y LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN DESAHOGADOS EN LA AUDIENCIA DE VINCULACIÓN A PROCESO (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA).

⁵⁴ *Ibidem.* artículo 342.



La ausencia general del valor probatorio de las actuaciones de la investigación practicadas con el objeto de decretar las medidas cautelares, así como las desahogadas en la audiencia de vinculación a proceso, se obtiene, en principio, de las reglas contenidas en los artículos 236 y 284 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer que los antecedentes de la investigación y los elementos de convicción desahogados en dicha audiencia, "carecen de valor probatorio para el dictado de la sentencia", salvo los realizados de conformidad con las diversas reglas previstas en el propio código para el anticipo de prueba, o bien, aquellos que autoriza a incorporar por lectura o reproducción durante la audiencia de debate de juicio oral. En consecuencia, es importante distinguir entre los datos de investigación y los actos de prueba propiamente dichos; los primeros son medios de averiguación del hecho punible y la participación culpable que, a lo más, alcanzan un cierto estándar que puede originar determinados efectos personales y patrimoniales de carácter aseguratorio o cautelar contra una determinada persona, incluso constituirse en el fundamento de la acusación del Ministerio Público en contra de la misma; en cambio, las pruebas propiamente dichas, de conformidad con los numerales 299 y 332 del mismo ordenamiento legal, son las que se ofrecen en la etapa intermedia y se practican durante la audiencia de debate de juicio oral, salvo, se reitera, las excepciones previstas en la propia ley. Así, para que un imputado pueda ser condenado o absuelto se requiere la producción de prueba en sentido estricto en el curso del juicio oral, al carecer de valor probatorio los antecedentes de la investigación y los elementos de convicción desahogados en la audiencia de vinculación a proceso. La alteración de esta lógica puede conducir a un retorno de las formas de actuación propias del sistema inquisitivo."

2.5 Técnicas de investigación inicial

La etapa de investigación inicial es aquella que aún no se encuentra formalizada o sometida a control judicial, por lo que las actuaciones que se practican durante ésta, por regla general no necesitaran la intervención judicial



para que puedan realizarse, a pesar de ello, sabemos que toda regla general admite excepción, esto es así puesto que aún y cuando no se formaliza la investigación y por ende no está sujeta a un plazo para su cierre, habrá diligencias o propiamente técnicas de investigación que por su naturaleza requerirán autorización jurisdiccional para ser practicadas.

El multicitado Código Procesal Penal para la entidad que se estudia, es omiso en cuanto ¿A qué? y ¿Bajo qué? circunstancias se requerirá control judicial, lo cual se desprenderá del estudio de cada una de ellas, permitiéndonos enumerar aquellas técnicas que no requieren control judicial, así como aquellas diligencias y casos en los que indefectiblemente se necesita la aprobación del órgano judicial.

2.5.1 Técnicas de investigación que no requieren autorización judicial

Los siguientes actos de investigación pueden realizarse sin la intervención del Juez de control, por tratarse de actos poco invasivos, donde es nimia la restricción a un derecho fundamental o bien porque la naturaleza de la técnica a realizar no admita demora, así las cosas tenemos las siguientes:

2.5.1.1 La inspección a personas

Esta inspección es una actividad que versa sobre todo aquello que puede ser percibido a través de los sentidos, y se puede traducir en la limitación de un derecho fundamental como lo es la prerrogativa a la integridad física que consagra la norma suprema⁵⁵, esta inspección puede practicarse en dos formas, una poco invasiva, propiamente es una exploración externa sobre la persona y sus pertenencias donde no se ausculten intimidades naturales, y existen otro tipo de inspecciones que versa sobre el cuerpo de la persona, donde se ve alterada su intimidad, a ésta inspección se le da la denominación de inspección corporal la cual analizaremos al referirnos a las actuaciones que requieren control judicial por alguna razón, de forma inmediata nos referiremos a la primera de estas.

⁵⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 16 párrafo primero.



Cuando existan **motivos suficientes** para **presumir** que se hallara evidencia relacionada con los hechos (que se investigan obviamente), el Ministerio Público o la Policía realizaran la inspección de personas, el artículo 254 del Código instrumental de la materia para el Estado de México señala con mayor precisión la procedencia de la inspección al proscribir: *“el ministerio público o la policía podrán realizar la inspección de personas, siempre que haya motivos suficientes para presumir que alguien oculta entre sus ropas o lleva adheridos a su cuerpo, objetos relacionados con el delito que se investiga.”*

De lo anterior podemos desprender las condiciones o requisitos previos para limitar el derecho a la integridad personal. El primer elemento que se desprende de este numeral es el relativo a quien puede realizarla, el representante social o la Policía con las facultades para realizarla, es de preguntarse ¿Qué cuerpo de Policía?, la respuesta es que tanto la Policía ministerial⁵⁶ como los demás cuerpos de la Policía estatal y municipal que presten auxilio al Ministerio Público, pueden realizarla⁵⁷.

El segundo requerimiento inherente a la existencia de **“motivos suficientes para presumir”**, impone un parámetro probatorio a satisfacer antes de proceder a inspeccionar a una persona.

El Código Procesal Penal en comento no señala que debe entenderse por motivos suficientes, por lo que, en particular considero que si tomamos en cuenta que se exigen tales motivos para poder presumir, sin perder de vista que las presunciones se generan a partir de indicios⁵⁸ conocidos y probados, que mediante un enlace lógico y natural más o menos necesario nos permiten conocer otros hechos desconocidos; luego entonces, nos permite concluir que los motivos suficientes no son otra cosa que un cumulo de indicios probados, que mediante un nexo lógico permitirán presumir que una persona oculta entre

⁵⁶ Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, artículo 21 fracción I

⁵⁷ *Ibidem*. artículo 23 párrafo segundo.

⁵⁸ *Vid.* SOTOMAYOR LÓPEZ Oscar, *Práctica Forense de Derecho Penal*, Ubijus, México, 2007, p. 440.



sus ropas o lleva adheridos a su cuerpo objetos relacionados con el delito que se investiga, por lo que esos motivos suficientes deberán acreditarse con los indicios que permitieron generar dicha presunción.

Resulta interesante este parámetro probatorio, pues protege que no se realicen inspecciones indiscriminadamente, resaltando la importancia que reviste el hecho de que la Policía y el Ministerio Público deban acreditar (obvio de forma indubitable), la presunción generada a través de indicios, ya que de no ser así, podría ser excluida como medio de prueba por haber sido practicada ilícitamente⁵⁹, generando un problema mayor, ya que si ésta es excluida por ilicitud en consecuencia deberán excluirse los elementos materiales o evidencias físicas que se hayan obtenido con motivo de la inspección ilegal, o bien podrán ser declarados nulos evitando puedan ser valorados en la audiencia de juicio, dependiendo del momento procesal donde se haga valer la ilicitud.

Lo anterior es así, pues en el sistema procesal penal de nuestro país existe la figura de la exclusión probatoria, que se extiende también a aquellos medios de prueba que se originan o derivan de una ilícita, homologándose a la teoría norteamericana de los frutos del árbol envenenado, aun y cuando no se haga referencia a algunas de sus excepciones⁶⁰.

Las últimas dos condiciones son las relativas a que antes de practicar una inspección debe investigarse previamente un hecho probablemente delictuoso, ya sea porque exista una denuncia o querrela o bien porque los órganos de investigación lo hayan conocido por sí mismos, por lo que bastara cualquiera de estas circunstancias para acreditar dicho extremo, la última condición es la inherente a que antes de proceder a inspeccionar a una persona, debe hacerse saber el motivo de la sospecha y el objeto que se busca invitándolo a exhibirlo, en caso de que ello no ocurra se podrá proceder a la inspección.

⁵⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20 apartado A fracción IX.

⁶⁰ Vid. Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 21 párrafo segundo.



Al parecer el Código Procesal Penal mexiquense trata de distinguir entre dos clases de inspecciones personales, en la ya analizada y en otra con un grado de intrusión mayor, pues se afecta la intimidad y pudor de las personas, en este caso deben asegurarse las mismas reglas ya descritas con antelación, adicionándose sólo algunas condiciones extras como lo es que se realice la inspección en un recinto cerrado, que se resguarde su privacidad, la prohibición de desnudarlas y de dejar un registro de la actuación, a primera vista parece que se trata de la misma inspección ya referida, y lo es, sólo que para efectos de su mayor comprensión en lo particular las divido en aquellas que no afectan el pudor y en las que si lo hacen, tal y como lo prevé el numeral 254 párrafo tercero del Código Procedimental Penal citado.

Por su parte, el Manual Básico de la Policía ministerial de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, parte integrante del Acuerdo General número 01/ 2010 del Procurador General de Justicia del Estado de México por el que se establecen diversas disposiciones en materia de organización, orden sustantivo y administrativo, y de actuación ministerial, pericial y policial de la procuraduría general de justicia del Estado de México, señala en el numeral marcado con el 6.8.2 los requisitos para proceder a la práctica de dicha técnica de investigación, los cuales se homologan casi en su totalidad a los requeridos por el Código y que hemos acotado.

No obstante lo anterior en dicha disposición del Manual no se prevé lo relativo a la preexistencia de una investigación de un hecho delictivo, como requisito para la práctica de la inspección, como si lo establece el Código al proscribir la frase “...objetos relacionados con un delito que se investiga”, esto puede generar un problema pues se está omitiendo un requisito de un ordenamiento con mayor jerarquía (Código Procesal Penal), por lo que a dicho manual se le debe agregar este requisito, pues en caso de que los funcionarios públicos la practiquen sin observar el requisito omitido, la inspección podría llegarse a excluir del cumulo probatorio.



Ahora bien, en la técnica de investigación que acabamos de analizar, encontramos una problemática, pues el Código Procesal Penal multicitado es omiso en cuanto a la regulación de la forma en que se habrá de proceder cuando la persona a inspeccionar se niegue a la inspección o propiamente dicho se oponga a ella, cuestionándonos ¿Cómo es que actuara la Policía en este supuesto?, tomando en consideración que la ley penal es de estricto derecho⁶¹, aunado a que las disposiciones legales que coarten, restrinjan o limiten el ejercicio de un derecho (en este caso el derecho de las personas a no ser molestado), deberán interpretarse restrictivamente⁶²; luego entonces, al no existir disposición expresa cabe preguntarnos ¿Cómo es que actúan y al amparo de que fundamento legal? La propuesta de solución a esta problemática se sostendrá en renglones posteriores.

2.5.1.2 Inspección corporal

Esta técnica de investigación es muy distinta de las inspecciones personales; toda vez que, esta diligencia tiene por objeto constatar circunstancias decisivas para la investigación pudiéndose practicar en la persona del imputado o bien del afectado por el hecho delictuoso, exámenes corporales de carácter biológico, o bien registros grafo técnicos, fluidos corporales, impresiones dentales o dactilares, de pisada, muestras de voz, vellos o cabellos, entre otras, estas revisiones corporales van mayormente destinadas a la comprobación de algunos delitos en particular, verbigracia, en tratándose de delitos como lesiones, violación, actos libidinosos, estupro, homicidio y demás donde sea necesaria esta técnica.

Deben observarse las reglas que proscriben el artículo 255 del Código adjetivo penal mexiquense, el primer párrafo de este precepto establece en esencia las siguientes:

“sospecha grave y fundada”, al igual que la presunción a que se refiere la inspección de personas debe fundarse con indicios que generen tal sospecha o

⁶¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 14 segundo párrafo.

⁶² Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 5° primera parte.



presunción, destacando que este precepto establece expresamente que ésta debe ser fundada.

“Absoluta necesidad”, esta debe fundarse y por supuesto es en tratándose de alguna evidencia física o elemento material que no puede obtenerse de otra forma o ante el riesgo de que pueda destruirse por la demora.

“Ordenar por escrito la inspección”, ya sea que la ordene el Ministerio Público, o el Juez de control, se adiciona esta condición dependiendo el estado que guarda la investigación; es decir, si el representante social no ha formulado imputación, él será el encargado de emitir la orden correspondiente y obvio si la investigación ya se encuentra formalizada y sujeta a un plazo para su cierre, será el Juez que controla la investigación quien deberá emitir dicha orden.

Esta inspección también debe realizarse en un recinto que resguarde la privacidad de la persona, practicándose preferentemente por personas de su mismo sexo, auxiliándose de peritos y con la asistencia de su defensor, en tratándose de menores ésta será indispensable, de lo actuado debe dejarse un registro.

El Manual Básico del Policía ministerial ya referenciado, señala estos mismos requisitos, en el numeral marcado con el 6.9.2, destacando que esta técnica es factible cuando se requiera obtener muestras de las personas. También en esta diligencia se prevé la problemática inherente a la oposición de la persona a la práctica de la inspección, lo cual abordaremos más adelante.

2.5.1.3 La inspección de vehículos

La inspección a vehículos consiste en una exploración sobre éste y de las pertenencias que se encuentren también en su interior, siempre que existan indicios que permitan presumir que se oculta en él instrumentos, objetos o productos, relacionados con un delito que se investiga, el numeral 6.10 del Manual Básico de la Policía ministerial, señala que en la práctica esto se deberá llevar a cabo por el Ministerio Público o por la Policía auxiliándose de peritos



para proceder a recolectar los elementos materiales probatorios y la evidencia física en su caso.

El ordinal 256 parte primera del Código instrumental penal para el Estado de México señala los extremos que se deberán satisfacer antes de proceder a la inspección de un vehículo automotor; como lo es la existencia de motivos suficientes que generen la presunción de que se oculta en éste posibles fuentes de prueba; que sea realizado por el Ministerio Público o por la Policía con auxilio de peritos; y que además se haya iniciado una investigación; es decir, se siguen las mismas reglas para la inspección de personas tal y como lo dispone la segunda parte del artículo antes citado.

Al igual que la inspección a personas la Policía y el representante social deben invitar al propietario o poseedor del vehículo a que exhiba los objetos que se buscan.

En la inspección de vehículos la Policía o el Ministerio Público deberá solicitar al propietario o poseedor de éste, autorice su práctica; ello es así, porque el artículo 16 párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, impera la garantía de inviolabilidad del domicilio, entendiendo el término domicilio como una denominación genérica de recintos particulares donde se realicen actos comprendidos dentro de su esfera privada, donde se incluye cualquier localización o establecimiento de las personas, incluso accidentales o transitorias, siendo necesario para coartar dicha garantía una orden judicial (según mi aprecio).

Lo anterior se robustece con el siguiente criterio de la corte, localizable en el Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, Novena Época, Contradicción de Tesis, Página: 363.

“DOMICILIO. SU CONCEPTO EN MATERIA PENAL.

El concepto de domicilio a que se refiere la garantía de inviolabilidad de éste, contenida en el párrafo primero, en relación con el octavo, del artículo 16 de la



Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comprende tanto el lugar en el que una persona establece su residencia habitual (elemento objetivo), como todo aquel espacio en el que desarrolla actos y formas de vida calificados como privados (elemento subjetivo). Sin embargo, dicho concepto en materia penal es más amplio, pues también incluye cualquier localización o establecimiento de la persona de naturaleza accidental y transitoria en donde lleve a cabo actos comprendidos dentro de su esfera privada. Ello es así, en virtud de que si bien el primer párrafo del citado precepto Constitucional alude al término "domicilio", el octavo sólo señala "lugar", debiendo entenderse por éste, el domicilio en el que el gobernado de algún modo se asienta y realiza actos relativos a su privacidad o intimidad."

Luego entonces, la Policía o el Ministerio Público deberán realizar la diligencia con autorización de las personas mencionadas *so pena* de que la inspección, así como lo obtenido con motivo de ella sea excluida por revestir el carácter de ilicitud, esta circunstancia no la prevé el Código Procesal en estudio, pero es una cuestión lógica que por supuesto se propone sea contemplada por el ordenamiento procesal para evitar imprecisiones en el actuar de esta técnica.

Otra hipótesis que no se contempla por la ley adjetiva penal mexiquense, es la relativa a lo que pasara cuando el poseedor o propietario del vehículo automotor se niegue a autorizar la inspección del vehículo (recordando que en estricto sentido el poseedor o propietario se encuentra en un recinto particular y no puede ser compelido a abandonar el vehículo si no obra un mandamiento escrito), siendo la misma tendencia omisa de las inspecciones personales y corporales, propondremos una solución en líneas posteriores.

La Policía podrá practicar inspecciones colectivas de personas o vehículos bajo la dirección del Ministerio Público y dentro de una investigación ya iniciada; es decir, lo que comúnmente conocemos como retenes u operativos, en el que por ejemplo la representación social tiene la noticia sobre la comisión del delito de robo al interior de vehículo automotor de transporte público de pasajeros, inicia la investigación y dirige un operativo colectivo en el lugar y hora aproximada en



la que ocurren los robos, destinado a detener en flagrancia a los probables partícipes, por lo que la Policía detiene vehículos para realizar la inspección de éste y de sus ocupantes; de lo anterior surge una interrogante que sucedería si por algún motivo un Policía se percatara que un particular lleva dentro de sus ropas o dentro de su vehículo un arma de fuego y este se negare a ser escudado o impidiere se realizara la inspección a su vehículo, es evidente que ya no estaríamos ante el caso de una simple inspección, sino de un delito flagrante, es entonces que podrán proceder al aseguramiento del sujeto y del arma de fuego, aun introduciéndose a un recinto particular sea un automóvil o un inmueble, sin que medie autorización judicial por no ser necesaria en este caso.

2.5.1.4 Inspección de lugares

En la investigación de los delitos esta técnica es una de las más esenciales, pues ya sea que la inspección verse sobre el lugar de los hechos (escena del crimen), o bien sea el del hallazgo o enlace, teniendo gran relevancia para la investigación criminalística policial, en razón del principio de intercambio y causalidad que demuestra que el autor del delito se queda en el lugar en forma de evidencias físicas (cabellos, huellas, vellos, sangre, fluidos corporales, entre otras) o elementos materiales probatorios (armas, objetos, prendas, efectos personales, por mencionar algunas), señalando la mecánica de los hechos, el posible número de partícipes y hasta el posible móvil del delito.

Resulta indudable la importancia y trascendencia que reviste la inspección de lugares como técnica de investigación, pues de esta se desprende el hallazgo de un gran número de fuentes probatorias que con posterioridad se incorporaran a proceso a través de un medio de prueba para sustentar una acusación.

Ahora bien, por lo que hace al actuar policial el Manual Básico de la Policía ministerial multicitado señala en su dispositivo 6.5.3 la forma en que, en la práctica ésta se realizara, proscribiendo disposiciones muy similares al



procedimiento del registro de la cadena de custodia, al respecto nos indica que la primer actividad al llegar al lugar de los hechos es la observación; procediendo a la inspección punto a punto, sector por sector, espiral o según la técnica que resulte más idónea, procediendo a la señalización y numeración de las fuentes de prueba; fijación del lugar de los hechos; fijación fotográfica o filmográfica y fijación topográfica, continuando con las cuestiones relativas al embalaje, acopio, traslado, almacenamiento y manipulación, propios de la cadena de custodia de la evidencia física y elementos materiales probatorios.

Cuando existan motivos suficientes para presumir que se hallara evidencia física o elementos materiales probatorios, relacionados con un delito que se investigue, la representación social o la Policía se trasladaran al lugar de los hechos o a cualquier otro distinto de éste y lo examinará con la finalidad de preservar y procesar todas las fuentes de prueba (huellas materiales o mnémicas, evidencias, objetos, instrumentos o productos del delito), que tiendan a establecer los elementos del hecho delictuoso y a los probables autores o partícipes del mismo, las personas presentes en el lugar que se inspecciona, pueden llegar a constituir fuentes de prueba por lo que, al realizarla, el Ministerio Público o la Policía podrán entrevistarlos a fin de que puedan aportar algún dato útil que los lleve a otras fuentes de prueba, pudiendo ordenar que durante la práctica de esta técnica no se ausenten las personas que se encuentren en el lugar, o que cualquier otro comparezca inmediatamente y ante su negativa puedan ser compelidas por la fuerza pública⁶³.

El multicitado Código Procesal Penal mexiquense, prevé esta diligencia de manera muy escueta, al respecto el diverso 252 párrafo primero del ordenamiento antes señalado dispone de forma genérica las condiciones necesarias para proceder a inspeccionar personas, lugares y objetos, estos requisitos son los ya comentados “motivos suficientes”, la sospecha o “presunción” y la “investigación previa de un delito” además de algunas otras.

⁶³ *Ibidem.* artículo 253 párrafo primero.



El párrafo segundo del ordinal antes citado proscribía la condición de describir, el estado del lugar, las personas, las cosas, las evidencias y otros efectos materiales que ahí se encuentren. Ahora, no se prevé la forma en que debe describirse lo inspeccionado, en lo particular considero que deben emplearse medios audiovisuales, toda vez que, éstos por su naturaleza están dotados con mayor eficacia representativa, o a falta de éstos utilizar cualquier otro medio apto para producir cosas como las fotografías planas, dibujos, etc.; esta condición es distinta y no debe confundirse con el acta pormenorizada que deberá contener todo lo actuado, tal y como lo establece el cuarto párrafo del artículo en cita.

Una última formalidad para esta técnica de investigación es la invitación a las personas que habiten o se encuentren en el lugar, para presenciar la inspección y a falta de estos a los familiares de la persona que habite el lugar o en general a cualquier persona.

2.5.1.5 Aseguramientos

La práctica de aseguramientos conforme al numeral 6.12.1 del Manual Básico de la Policía ministerial, consiste en resguardar bienes, objetos, documentos o cualquier instrumento que tenga relación con el hecho delictual o pueda servir como fuente de prueba, despojándolos de la tenencia del propietario o poseedor, sacando copias o reproducciones para después pasar a ser objeto de procesamiento conforme a la cadena de custodia, éste puede ser realizado por la Policía o el representante social, respecto de aquellos bienes relacionados con el delito, así como de los que puedan servir para garantizar la reparación del daño, éstos pueden ser susceptibles de ser embargados, decomisados, asegurados o bien sujetos a la acción de extinción de dominio⁶⁴.

En lo inherente a nuestro tema central, el Juez, el Ministerio Público y la Policía pueden disponer del resguardo de objetos, instrumentos o productos del delito, que pueden servir como datos de prueba o al sustentar la acusación ya como

⁶⁴ Ley de Extinción de Dominio del Estado de México, artículo 7 fracción I.



medios demostrativos. Cabe destacar que la norma Procesal Penal mexicana prevé el aseguramiento de éstos sólo cuando sea necesario⁶⁵; es decir, que deben resguardarse para practicar la inspección, pericia o conservarlos para ser exhibidos en el juicio, (debiendo respetar las reglas de la cadena de custodia), hecho lo anterior deberán ser devueltos a las personas legitimadas incluso en depósito provisional, imponiendo la obligación de exhibirlos siempre que no se pretenda embargarlos, decomisarlos, asegurarlos o someterlos a la acción de extinción de dominio.

Ahora bien, el aseguramiento de los bienes fuente de prueba debe realizarse únicamente cuando sea necesario, esa necesidad sigue la naturaleza del bien mueble o inmueble, objeto, instrumento o producto del delito, podemos decir entonces que tratándose de bienes inmuebles o muebles que por su naturaleza o dimensiones no pueden ser trasladados para su resguardo⁶⁶ o bien cuando por las circunstancias del caso no puedan ser trasladados sin alterar las fuentes de prueba, deberá procederse a su aseguramiento y una vez realizada la diligencia a que haya lugar con la finalidad de obtener ese dato de prueba deberá ser levantado dicho aseguramiento.

A su vez, si se asegura equipo informático o datos almacenados en cualquier soporte se procederá como si se tratara de documentos, mismos que serán examinados bajo la responsabilidad del Ministerio Público, y en caso de ser inútiles para la investigación o sean comprendidos en la restricción de aseguramiento, deberán ser devueltos inmediatamente y no podrán usarse nuevamente para la investigación.

Por otro lado no serán sujetos a aseguramiento los registros de comunicaciones entre el imputado y su defensor, ni con aquellas que les asista el derecho de abstenerse de declarar, salvo que éstas también sean investigadas como autoras o partícipes del hecho punible⁶⁷.

⁶⁵ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 258 párrafo primero.

⁶⁶ *Ibidem.* artículo 262.

⁶⁷ *Ibidem* artículo 260 párrafo segundo.



2.5.1.6 Práctica de peritajes

Esta técnica de investigación debe versar sobre indicios o evidencia que *per se* no muestra nada (sólo genera presunciones), sino hasta que es sometida a una pericia que revela su significado a través del análisis y valoración que hace el profesional, en una materia determinada con base en la ciencia forense o conocimientos científicos según lo dispone el numeral 6.13.2 del Manual Básico de la Policía ministerial parte del Acuerdo General del Procurador número 01/2010 del Procurador General de Justicia del Estado de México; así, verbigracia, un arma punzante con restos de sangre encontrada en el lugar donde se perpetro un homicidio, nos puede llevar a generar presunciones que por las heridas que muestra el cadáver puede tratarse del arma empleada, para privar de la vida al sujeto, pero no nos permite ir más allá, para desentrañar lo que realmente demuestra la evidencia encontrada es necesario someterla a experticias, que mediante una comparación cromosómica nos indique a que perfil de ADN pertenece la sangre encontrada en el arma.

Durante la investigación el Ministerio Público podrá ordenar la práctica de pericias que él considere; debiendo autorizar en lo posible a la defensa y a sus consultores técnicos para que presencien la práctica del peritaje y, en su caso, solicite las aclaraciones pertinentes, así lo establece la norma Procesal Penal en estudio según lo proscribire el ordinal 268 segundo párrafo.

Ahora, este precepto legal en cita señala autorizar a la defensa y a sus consultores técnicos sólo en los casos que sea posible, ello de inicio nos hace preguntarnos ¿Cuáles serán esos supuestos? Sin encontrar respuesta alguna en el Código, a mi criterio debe autorizarse a la defensa en todos los casos, cuando ya esté individualizado el imputado, o sea, que la investigación ya se encuentra formalizada, pues durante la investigación inicial donde no se conoce aún con precisión al posible autor del evento delictivo y por ende no ha designado defensor (salvo en los casos de flagrancia donde ya se individualiza al indiciado aun y cuando no se haya formalizado la investigación), esto no es óbice para que no se le de vista a la defensa, pues bien el defensor público



puede presenciarse, lo cual no sería necesario si la pericia puede volver a practicarse con posterioridad, pues ya individualizado el imputado y su defensor podrán prever la práctica de una experticia por su cuenta, recordando que el Ministerio Público o Juez deberá autorizar a las partes para el caso de que quieran practicar alguna pericia⁶⁸, ahora, que si es el caso que la pericia no pueda volverse a practicar se deberá inexorablemente autorizar a la defensa designada por el imputado o al defensor público en caso de que no se haya designado o aún no se haya individualizado al imputado.

Previo a la práctica de un peritaje puede determinarse que la evidencia, indicio u objeto que será procesado, tienda a destruirse o a consumirse en su totalidad al ser analizado, por lo que se impone la obligación de que su práctica verse sólo sobre la mitad de la muestra, salvo que la cantidad sea tan escasa que los peritos no puedan emitir su opinión, en esta situación el acto técnico profesional sobre el objeto, evidencia o indicio, se deberá considerar como definitivo e irreproducible, en tal supuesto antes de la práctica de la pericia el representante social deberá notificar al defensor del imputado si ya lo hubieren individualizado o al defensor público en caso contrario, para que si lo desea designe un perito para que junto al de la representación social procesen la evidencia o presencia la práctica de ésta⁶⁹.

Así las cosas, si el defensor no designare perito o éste no comparezca, se llevará a cabo su práctica y podrá admitirse como medio de prueba en el juicio oral, caso contrario si el Ministerio Público realiza la experticia sin haber notificado al defensor, pues en tal supuesto el medio de prueba no será admisible según se desprende de la redacción del artículo 284 párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales del Estado de México.

Para algunos autores las pericias irreproducible deben ser consideradas como prueba anticipada lo cual es incorrecto según mi apreciación, por la simple razón que la prueba que requiere anticipo jurisdiccional es la que por regla

⁶⁸ *Ibidem.* artículo 248 párrafo tercero primera parte.

⁶⁹ *Ibidem.* artículo 284 párrafo segundo.



general es definitiva y no puede producirse en la audiencia de juicio oral, recordando que excepcionalmente ese impedimento que evita el desahogo dentro del debate puede desaparecer y en tal supuesto se deberá desahogar nuevamente en la audiencia de debate⁷⁰.

Para el jurista Hidalgo Murillo, las pericias irreproducibles y por ende definitivas deben ser consideradas como anticipos probatorios, al respecto refiere *“Si bien México ha utilizado el concepto de prueba anticipada la que reserva definir a la ley secundaria, renunciando al concepto de actos definitivos e irreproducibles como anticipos jurisdiccionales de prueba...”*

En lo personal, no comparto la crítica del autor que señala que los actos definitivos e irreproducibles deban ser consideradas como prueba anticipada; en virtud de recordar la diferencia entre actos de investigación y actos de prueba, destacando la naturaleza que ellos guardan; pues, mientras los actos de investigación sólo tienden a allegarse de datos de prueba para sustentar determinadas pretensiones del fiscal como la formulación de imputación, orden de aprehensión, imposición de medidas cautelares o la vinculación a proceso, actos que nunca podrán fundar una sentencia ya que ésta se funda con los medios de prueba desahogados en la audiencia de juicio y con excepciones como la prueba anticipada.

Ahora bien si consideramos que lo que es definitivo es el peritaje, mismo que se practica como un acto de investigación, para obtener sólo un dato de prueba, que si se pretendiera convertir en medio demostrativo para su desahogo en el juicio oral (constituirse en acto probatorio), sería necesario que el perito comparezca a la audiencia para que dicho instrumento se practique a través de interrogatorios, contrainterrogatorios, confrontaciones y sobre todo bajo los principios de inmediación, oralidad, contradicción, entre otros; a esto se suma, que el informe del perito por escrito, no lo exime de la obligación de ocurrir a la audiencia de juicio a declarar⁷¹; es decir, que si el perito no concurre a la

⁷⁰ *Ibidem.* artículo 282 párrafo segundo.

⁷¹ *Ibidem.* artículo 267 párrafo segundo.



audiencia, no podrá desahogarse dicho medio de prueba y por ende no existiría un acto de prueba, en virtud de lo anterior, podemos concluir que por tales motivos no puede considerarse como prueba anticipada a los peritajes definitivos, pues el anticipo jurisdiccional de la prueba es un acto probatorio, porque no se puede desahogar en el juicio, mientras que el acto definitivo e irreproducible sólo versa sobre la pericia, es ésta la que no se puede volver a producir, porque el perito bien puede acudir a la audiencia de juicio a declarar, por lo que no hay lugar a pensar que un peritaje definitivo es una causa o sinónimo de anticipo probatorio.

Al igual que cuando estudiamos las inspecciones corporales que de alguna forma implican un menoscabo, a la intimidad, al pudor y al derecho de decidir sobre el cuerpo, existen peritajes fundamentales para la investigación, ya sea para individualizar al probable responsable o para obtener algunos elementos del hecho delictuoso; práctica pericial, que también pueden ser lesivas para la integridad corporal de las personas pero que, por la naturaleza de cierto tipo de delitos resulta ser la única forma de allegarse de datos de prueba.

Esta práctica de experticias es contemplada en el diverso 243 párrafo primero, del Código adjetivo penal mexiquense, al igual que la técnica de investigación consistente en la inspección, el Código Procesal no señala la forma de proceder ante la negativa de la persona a practicarse o a proporcionar una muestra, sólo establece que debe asentarse su negativa, pero no señala si se realizara o no la pericia, esta problemática será abordada al estudiar las técnicas que requieren autorización judicial a pesar de que la investigación aún no se haya formalizado.

En otro orden de ideas cabe señalar que el dictamen del perito debe encontrarse debidamente sustentado, al respecto el numeral 268 en sus párrafos tercero y cuarto del Código Procesal Penal mexiquense, proscribire los requisitos que deberá contener el dictamen pericial y que en esencia son: la descripción de la persona o cosa objeto de la pericia; el estado o modo en que se hallare; la relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su



resultado; las conclusiones que en vista de datos, formulen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio; las observaciones de las partes o los consultores técnicos y las conclusiones que se formulen respecto del tema estudiado; el dictamen será presentado por escrito, firmado y fechado siendo independiente de las declaraciones que deba rendir el perito en la audiencia de juicio.

2.5.1.7 Levantamiento e identificación de cadáveres

Esta diligencia tiene lugar en caso de muerte violenta o cuando se presuma que una persona falleció a consecuencia de un hecho delictuoso, deberán realizarse las técnicas de investigación procedentes, para ello el Ministerio Público deberá hacer diversos llamados; con relación a este tema el maestro Sotomayor López señala: *“Verbigracia, a la policía judicial o ministerial, a servicios periciales, a efecto de que acudan los especialistas o peritos en fotografía, balística, criminología, tránsito terrestre, dactiloscopia, valuador, etc.,...”*⁷²

A su vez el artículo 265 primer párrafo del Código adjetivo penal mexiquense señala la realización de inspección del lugar de los hechos, (destacando que no siempre el lugar donde se encuentra el cadáver es el lugar donde sucedieron los hechos pues debemos considerar que puede tratarse de un escenario distinto como el del hallazgo o del enlace), considero que el Código debería precisar este término al lugar donde se halle el cadáver.

Bien, como ya hemos visto la inspección tiene por objeto el hallazgo, recolección, acopio, recolección y procesamiento de las evidencias, indicios, objetos, instrumentos, o productos del delito, así como determinar la mecánica de los hechos o el posible móvil; en ésta deben seguirse las mismas reglas que para la inspección de lugares ya abordada; es decir que el lugar no se contamine, no se alteren las posibles fuentes de prueba, se fijen a través de fotografía y video filmación, recolectarse y procesarse conforme a las reglas de la cadena de custodia. Se aúna a estas actividades la señalada en el numeral

⁷² Vid. Práctica Forense de Derecho Penal p. 74.



6.6.2 del Manual Básico de la Policía ministerial de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México la cual en suma prevé la formulación de una solicitud de análisis a los servicios periciales, entregando el cadáver, los fragmentos óseos, partes del cuerpo y los elementos materiales probatorios y la evidencia física, además dispone el levantamiento de una acta de inspección técnica de cadáver.

La hipótesis normativa del Código Procesal Penal antes citado, proscribire que una vez realizada la inspección se deberá disponer el levantamiento del cadáver y el peritaje correspondiente para determinar la causa de la muerte, o sea, una necropsia acompañada de un cronotanato diagnóstico, que expresara con minuciosidad el estado que guarde el cadáver y el origen de su muerte (son los requisitos que deberá contener la solicitud a los servicios periciales a la que alude el numeral 6.6.2 del Manual de la Policía ministerial aludido).

En otro contexto, cabe destacar que si no se advierte muerte violenta ni se desprendan indicios que permitan presumir que la muerte se derivó de un posible hecho delictivo, es lógico que el Ministerio Público deba autorizar la dispensa de la necropsia, aunque esto no se establezca en el Código Procedimental Penal para la entidad en estudio.

No se advierte que el multicitado Código adjetivo penal mexiquense, prevea la comprobación equiparada del cadáver, como sucede en la legislación procesal penal para el Distrito Federal, según mi aprecio atinadamente el Código de Procedimientos Penales del Estado de México no equipara la comprobación del cadáver con la declaración de un testigo que lo haya visto y pueda describir las lesiones o huellas de violencia que presentaba o del arma con que crea hayan sido inferidas, hábitos y costumbres del difunto e incluso las enfermedades que haya padecido.

Este tema no es nada pacífico y es de suponerse, pues puede llegar a pensarse que tal equiparación en la comprobación del cadáver no es tan relevante, en virtud de que, ninguno de los elementos del hecho delictuoso de homicidio



exige la existencia de un cadáver como parte integrante de éste, lo cual es cierto y se comparte, aunque también lo es el hecho de que, para la comprobación objetiva de los elementos del hecho delictivo (esto para la sentencia definitiva recordando que antes de ésta se trabaja con un probable hecho delictuoso), como la existencia previa de la vida y su posterior privación por un agente externo de ejecución dolosa o culposa⁷³, no hay medio de prueba más idóneo que la necropsia para verificar esos extremos.

La realidad es que la comprobación equiparable del cadáver podría resultar contradictorio en un sistema que privilegia la presunción de inocencia y que exige reglas muy estrictas para la constitución de la prueba, por lo que a mi criterio, concluyo que atinadamente la legislación Procesal Penal mexiquense no prevea ésta hipótesis.

Regresando al tema central cabe hacer mención que para el caso de que el Ministerio Público desconozca la identidad del cadáver ésta se realizara por los peritajes idóneos y si nos es posible por este medio, el Código objeto de estudio dispone que dicho cadáver deberá permanecer en el área de servicios periciales, por un tiempo prudente a fin de que alguien que posea datos se constituya para hacérselos saber o para reconocerlo, en tal caso se entregara a sus parientes o a quien aduzca tener derecho⁷⁴.

2.5.1.8 Reconocimientos

Reconocimiento de personas, esta diligencia de investigación es ordenada por el Ministerio Público cuando una persona se refiera al imputado y no pueda proporcionar la media filiación exacta de él; es decir, cuando comúnmente nos referimos a una persona diciendo “no lo puedo describir pero si lo tengo a la vista lo reconozco”, tal diligencia no procede únicamente en este caso, sino también cuando el declarante se refiera a una persona dudando que sea la referida, en este caso el representante social atendiendo a la observancia de los deberes de lealtad y objetividad (referirse a los datos de prueba de cargo

⁷³ *Ídem* pp. 75-76.

⁷⁴ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 265 párrafo segundo.



como de descargo), aunado a que como titular de la acción penal debe promover la investigación e identificación correcta de los probables autores o partícipes, dicho órgano de investigación debe proceder a practicar la diligencia en estudio, cuando el que declare o deponga contra alguien, lo haga con duda o reticencia motivando la sospecha de que no conoce a la persona.

Esta técnica de investigación también se encuentra conformada por el procedimiento de confrontación, destacando a manera de comentario que estos reconocimientos y procesos de confrontación al igual que la reconstrucción de hechos, son considerados como medios de prueba o en este caso técnicas de investigación accesorias o de perfeccionamiento, hecho este paréntesis continuamos con el estudio de dicha diligencia.

El Ministerio Público o el Juez que controla la investigación, ordenaran la práctica de dicha técnica cuando concurren las causas señaladas anteriormente referidas, el artículo 270 del Código Procesal Penal para la entidad que se estudia, señala que dicha diligencia procede de forma oficiosa y aunque dicho numeral no prevé que tal técnica pueda ser solicitada a justicia rogada, por supuesto que si procede su solicitud, esto se desprende del artículo 245 del mismo ordenamiento legal en cita, que en esencia proscribe que durante la investigación el imputado, víctima u ofendido y demás intervinientes pueden solicitar al Ministerio Público la práctica de diligencias pertinentes para esclarecer los hechos, a su vez el diverso 137 cuarto párrafo del mismo ordenamiento mencionado robustece lo anterior al señalar que durante la investigación el representante social a requerimiento del imputado o su defensor tomara las medidas necesarias para verificar la inexistencia del hecho punible.

Como podemos ver esta técnica indagatoria es muy importante ya que puede en gran medida ayudar a desvirtuar la probable responsabilidad o participación del indiciado, imputado o acusado (atendiendo a la etapa procesal) en el hecho delictuoso que pesa en su contra y por supuesto se le podría evitar la apertura de una investigación a una persona equivocada, a su vez puede resultar muy



útil como medio de prueba accesorio o de perfeccionamiento ya en la audiencia de juicio, aunque si bien dicha práctica investigativa no pueda ser incorporada al proceso como medio de prueba no menos cierto resulta que el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, permite sea utilizado dicho reconocimiento para evidenciar contradicciones o superarlas, por ello es que resulta muy útil solicitar su práctica pensando en la dinámica del desahogo de atestes o informes periciales, la forma de incorporación de estos registros en que obre la práctica de un reconocimiento o confrontación, así como la forma de solicitar su producción en la audiencia de juicio se abordara al estudiar lo inherente al desahogo de testimonios en líneas posteriores.

Como ya hemos comentado el reconocimiento de una persona se realiza a través de un procedimiento de confrontación⁷⁵, que sigue diversas reglas para su práctica las cuales también se disponen en el numeral 6.15.3 del Manual Básico de la Policía ministerial, reglas como que la persona objeto de confrontación no se disfrace; ni se borre huellas que puedan servir para identificarle (cicatrices, lunares, tatuajes, marcas etc.); la persona a identificarse deberá acompañarse al menos de tres personas, vestidas con ropas semejantes y con las mismas señas de ser posible y de mismo aspecto físico; el confrontado podrá elegir el sitio de la fila en que desee colocarse y podrá solicitar por una sola ocasión que se excluyan de la fila a alguna persona⁷⁶.

Una vez colocada la persona en la fila así como las que la acompañen para la confronta, se interrogara al declarante sobre si persiste en su declaración anterior; si conocía con anterioridad a la persona o si su conocimiento fue concomitante al hecho delictivo; también se le interrogara sobre si después de la realización del evento delictivo le ha visto, en qué lugar, porqué motivo y con qué objeto⁷⁷. Después de interrogarle se llevara al declarante frente a las personas que conformen el grupo para que señale a la persona que se trate; si

⁷⁵ *Ibidem.* artículo 271.

⁷⁶ *Ibidem.* artículo 272.

⁷⁷ *Ibidem.* artículo 273.



fuesen varios los declarantes o las personas confrontadas se deberán realizar tantos actos por separado como personas sean⁷⁸.

Este reconocimiento o confrontación también puede realizarse por medio de fotografías, cuando la persona a confrontar no se encuentre presente y aún no se pueda localizar, la fotografía se colocara con otras semejantes observando en lo posible las reglas precedentes⁷⁹.

Tanto las cosas o cuanto pueda ser objeto de percepción por medio de los sentidos (como voces, sonidos, grabaciones, etc.) son susceptibles de ser reconocidas o confrontadas, para lo cual, en tratándose de objetos estas deberán ser descritos antes de proceder a su confrontación o reconocimiento y en los demás casos deberán seguirse las reglas ya acotadas.

2.5.1.9 Asistencia médica a detenidos lesionados

Esta diligencia de investigación es una de las primeras actuaciones que deberá practicar el representante social al tener conocimiento del hecho delictuoso, ya sea que se trate de víctimas, ofendidos, testigos o del propio probable responsable o participe; sin embargo, el Código adjetivo penal mexiquense no prevé este acto de investigación ni tampoco se advierte que lo disponga el multicitado Manual Básico de la Policía ministerial de la entidad, lo que nos lleva a generar diversas dudas sobre la forma de proceder en tales hipótesis.

El artículo 20 apartado C fracción III de la norma suprema señala en esencia que son derechos de la víctima o del ofendido *“recibir desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia”*; exacta redacción proscribe el diverso 150 fracción IV del Código Procedimental Penal para el Estado de México; ahora bien, cabe destacar que la propia Constitución Federal y el Código en cita no disponen que el probable responsable de un delito, goce del mismo derecho en caso de que haya sufrido lesiones provenientes del delito o de su aseguramiento. Tal omisión Constitucional y legal nos lleva a

⁷⁸ *Ibidem.* artículo 274.

⁷⁹ *Ibidem.* artículo 276.



cuestionarnos si estamos en presencia de una desigualdad contemplada por la ley; lo cierto es que, en caso de actualizarse dicho supuesto y aunque no esté plasmado explícitamente en la ley suprema, el Ministerio Público deberá proveer la prestación de la atención médica al probable responsable, la pregunta persiste en el sentido de que ¿Cómo es que se deberá llevar a cabo tal diligencia, si el Código no la prevé?

Siguiendo la tendencia de lo que establece el Código de Procedimientos Penales Modelo para la Federación y demás entidades federativas, podemos proponer, que cuando el probable responsable, por la urgencia o gravedad de la lesión que presente requiera la atención médica inmediata, ésta deberá realizarse en un hospital público; es decir, aquellos establecimientos de salud pertenecientes a la administración pública del Estado, salvo que el lesionado expresamente solicite ser trasladado a una institución de salud privada, asumiendo él los gastos.

En ese tenor, cuando el lesionado se encuentre en hospital público los médicos de éste deberán tenerse como nombrados como peritos a menos que el Ministerio Público nombre a otros, para que dictaminen y hagan una clasificación provisional o definitiva de las lesiones, ahora si es el caso que el lesionado se encuentre en un nosocomio privado la representación social deberá nombrar a los peritos que deban practicar las diligencias tendientes a determinar su estado de salud, ello es así en virtud de que, se puede poner en duda la imparcialidad en el dictamen de los facultativos de un hospital privado.

En otro orden de ideas cabe hacer mención del problema práctico que se suscita con motivo de este tema, el cual ha sido evidenciado por el maestro Sotomayor López, quién señala al respecto: *“Cabe aclarar, que si el indiciado es detenido en flagrancia de delito, y por su detención es herido de gravedad, el Ministerio Público consignara dicha averiguación previa con detenido, dejándolo a disposición del Juez...”*⁸⁰.

⁸⁰ Práctica Forense de Derecho Penal y la Reforma Judicial, p. 128.



En el nuevo sistema acusatorio mexicano, vigente en la entidad federativa objeto de estudio, se sigue la misma regla, pues si se detiene al indiciado en flagrancia la representación social, si pretende formular imputación, deberá ponerlo a disposición del Juez de control en el plazo Constitucional de las cuarenta y ocho horas a que se refiere el numeral 16 decimo párrafo de la Ley Fundamental, (primer término procesal a queda sujeto el actuar del Ministerio Público).

Ahora bien, si dicho representante social ejercita la acción penal con detenido, es donde se revela el problema según el autor, ya que, inmediatamente de que el imputado quede a disposición del Juez de control deberá recibir su declaración o bien dentro de las primeras veinticuatro horas contadas desde el momento de su detención, plazo que podrá duplicarse cuando sea necesario para que comparezca su defensor⁸¹, para tales efectos el Juez deberá convocar a una audiencia de control de detención⁸², en la cual se calificara de legal la detención y el Ministerio Público deberá formular imputación, solicitar la aplicación de una medida cautelar, así como la vinculación a proceso⁸³, todo esto debe ocurrir en el plazo de setenta y dos horas o ciento cuarenta y cuatro a que hace referencia el diverso 19 párrafos primero y segundo de la Carta Magna, términos que deberán contarse de momento a momento⁸⁴.

Para precisar la problemática citamos nuevamente al autor referenciado con antelación: *“... que pasara cuando el sujeto activo al ser detenido o al cometer el delito es herido gravemente. ¿Qué determinación tomara el Juez? En virtud de que están corriendo los términos Constitucionales, y en materia penal no existen los juicios en rebeldía, por lo que debe estar forzosamente el imputado...”*⁸⁵.

⁸¹ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 159 primer párrafo.

⁸² *Ibidem.* artículo 191 primer párrafo.

⁸³ *Ibidem.* artículo 289 tercer párrafo.

⁸⁴ *Ibidem.* artículo 94 segundo párrafo.

⁸⁵ Práctica Forense de Derecho Penal y la Reforma Judicial, p. 129.



Como podemos esperar el autor nos da la respuesta a la interrogante, refiriendo que el juzgador con el ánimo de no violar las garantías individuales del inculpado, ordenara suspender el proceso, aunque se destaca que no lo hacen con fundamento legal exactamente aplicable.

En particular, destacamos que dicha problemática aún tiene lugar en el nuevo proceso de corte acusatorio mexiquense pues el Código de enjuiciamiento criminal para la entidad en estudio, no establece que en dichas circunstancias deba suspenderse el proceso, pero al menos ya prevé una muy similar, el dispositivo 304 fracción II indica que el juzgador deberá suspender el proceso cuando: *“...II después de cometido el delito, el inculpado sufra trastorno mental transitorio...”*

De lo anterior concluimos que, una vez el Juez de control tenga conocimiento que el inculpado sufre trastorno mental deberá suspender el proceso; así pues, cuando el probable responsable se encuentre hospitalizado, el juzgador deberá actuar de igual manera cuando no sea posible que declare por no estar mentalmente sano en razón de su gravedad o del medicamento, de ahí la importancia de esta técnica de investigación, en el que los peritos oficiales deben informar al Ministerio Público y éste a su vez al juzgador a efecto de que suspenda el proceso y no viole sus garantías individuales, recordando que se encuentra sujeto a términos procesales.

Es importante que esta técnica se encuentre regulada en el Código Procesal Penal para el Estado de México, ya que como hemos analizado, guarda gran relevancia y trascendencia, aunado a que en estricto sentido el Ministerio Público ni siquiera se encuentra obligado a procurar la asistencia médica de un probable responsable, toda vez que, ni la Constitución Federal ni el Código Procesal en cita y mucho menos el Manual Básico de la Policía Ministerial, regulan tal actuación. Ahora, es importante regular, que el representante social, tenga la obligación de presentar un informe sobre el estado de salud del indiciado y el tiempo aproximado de su recuperación, cuando ejercite la acción penal, y el imputado sea herido de gravedad para efectos de que el Juez



suspenda el proceso, aunque más importante resultaría regular dentro del Código Procedimental multicitado la práctica de dicha diligencia.

2.5.2 Técnicas de investigación inicial que requieren autorización judicial

Como hemos adelantado, a pesar de que la investigación inicial aún no se encuentre bajo el control judicial, y por regla general no debería requerir la autorización del Juez para la práctica de alguna diligencia, existen excepciones a esta regla, en que durante la investigación inicial solicitara la intervención del órgano jurisdiccional de control para que autorice la realización de alguna técnica de investigación que por su naturaleza lo requiera, así pues, tenemos las siguientes:

2.5.2.1 Inspecciones

Al analizar esta técnica de investigación ya sea que se trate de persona, de lugares, vehiculares o incluso en el cuerpo de las personas, nos encontramos con que el Código adjetivo penal mexiquense es omiso en cuanto la forma en que deberán proceder los cuerpos policíacos y el Ministerio Público, cuando una persona se niegue a ser inspeccionada o propiamente se oponga a ello; surgiendo la interrogante de cómo es que actuaran los órganos de investigación en caso de que se actualice tal hipótesis, si tomamos en cuenta que la ley penal es de estricto derecho y que las disposiciones que coarten, restrinjan o limiten el ejercicio de un derecho (en este caso el derecho a la integridad corporal y a no ser molestado en su persona), deberán interpretarse restrictivamente⁸⁶, así luego, al no haber disposición legal que regule tal circunstancia cabe cuestionarnos ¿Cómo es que actúan las autoridades de investigación y al amparo de que fundamento legal?.

Esta omisión legislativa debe subsanarse pues como hemos venido advirtiendo a lo largo del presente trabajo, existe ya expresamente la figura de los medios de prueba ilícitos, así las cosas, las inspecciones forzadas serán ilícitas y toda información obtenida por medio de ésta no podrá ser incorporada a proceso por

⁸⁶ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 5°.



derivar de una inspección ilícita, de ahí viene la importancia de que se establezca una reglamentación al respecto dentro del Código Procesal Penal para el Estado de México, que regule con mayor precisión estos supuestos, porque con legislaciones imprecisas y omisas se pone en riesgo la correcta impartición y administración de justicia, en un sistema de enjuiciamiento penal que establece reglas probatorias muy estrictas.

Según mi apreciación, considero una solución muy simple y que claro, por ningún motivo puede considerarse como la panacea, pero que sin duda puede ayudar a que dichas técnicas de investigación no sean excluidas en la audiencia intermedia.

Como se pudo haber advertido desde el planteamiento de esta problemática, la solución es el control judicial, aun y cuando no esté expresamente señalado en el Código antes citado, de ahí el motivo de ubicar en este nuevo apartado algunas técnicas de investigación ya analizadas, de tal suerte que, cuando como consecuencia de una investigación, la Policía requiera alguna información o dato útil para ésta y se presente la oposición de brindar esa información, solicitara la intervención del Ministerio Público para que acuda ante el Juez de control a efecto de que solicite su autorización para la práctica de la diligencia a efecto de obtener la información de prueba.

Así las cosas tenemos que en el caso de las inspecciones personales, corporales y a vehículos (recordando que, bajo mi aprecio, en estas últimas la autorización deberá ser un requisito *sine qua non* para practicar la inspección en caso de existir la oposición del particular, para no equipararla a un allanamiento), ya sea individuales o colectivas, ante la oposición de las personas a someterse a su práctica o a otorgar su autorización en el caso de los vehículos, en este caso la Policía deberá trasladar a las personas o vehículos ante la representación social, para que éste, en su caso, y con base en la investigación ya iniciada y de los indicios (motivos suficientes) que generen la presunción, pondere solicitar o no al Juez de control la autorización para realizar la inspección respectiva, desde luego que la comunicación entre el



Ministerio Público y el Juez debe hacerse por cualquier medio que no admita demora (vía telefónica, fax, correo electrónico, entre otras), sin que dicha solicitud deba revestir mayor solemnidad, con la finalidad de evitar dilación en la investigación, así como formulismos innecesarios, tal y como sucede con la solicitud de las órdenes de cateo en el que los numerales 88 segundo párrafo primera parte del Código instrumental penal para el Estado de México y 6.4.2 del manual Básico de la Policía ministerial (acuerdo del procurador 01/ 2010), señalan en esencia que la solicitud y la orden puede formularse por cualquier medio de comunicación, ágil que permita una respuesta inmediata adicione dicho manual en cita. Con la regulación anterior se evitaría la violación de derechos fundamentales.

2.5.2.2 Actos invasivos en la integridad de las personas ante su oposición

Hemos puntualizado que durante la investigación el representante social podrá disponer peritajes que sean necesarios para acreditar la existencia de un delito así como para la individualización de los probables responsables.

Al estudiar ésta técnica de investigación señalamos la existencia de la problemática que surge, cuando la pericia debe recaer en la integridad de las personas y éstas manifiestan su negativa para someterse a su práctica o bien cuando se tenga que aportar alguna muestra de fluido corporal, cabello, vellos, huellas dactilares, impresiones dentales, extracciones de sangre u otras análogas, estos actos son considerados por el Código adjetivo penal para la entidad que se estudia como actos invasivos⁸⁷, los cuales requieren la autorización de la persona, lo que en automático lleva a preguntarnos ¿Qué sucede si ésta no autoriza o no otorga la muestra? El propio Código multicitado trata de darnos la respuesta sin lograrlo, en su artículo 243 segundo párrafo parte segunda que dispone; “...de negarse el consentimiento, deberá quedar registrada de manera fehaciente esta negativa.”

⁸⁷ *Ibidem.* artículo 243 segundo párrafo primera parte.



Resulta indudable que lo anterior no dilucida en nada el problema, pues el dispositivo en cita sólo refiere asentar la negativa de manera fehaciente, pero no indica cómo deberá procederse si se toma la nuestra o no, por supuesto que se nos viene a la mente que deberá procederse a solicitar la autorización del Juez de control, de la misma forma que ya hemos propuesto en el punto anterior.

Empero, considero que por el tipo de acto podría persistir la negativa de la persona ya sea víctima, ofendido o inculpado, a pesar de que se les hagan efectivos los apercibimientos o se advierta a la persona de la responsabilidad penal en la que puede incurrir, no olvidando que se trata de actos invasivos como extracciones de sangre y fluidos corporales, por lo que compelerlos (tomarles la muestra o practicarles la pericia a la fuerza) a realizarse la pericia o a extraerles la muestra implicaría una grave violación a los Derechos Humanos, lo cual debe ser evitado por los Jueces de cualquier instancia a través de un control difuso o bien es reclamable ante un Juez Federal tomando en cuenta el control convencional, esto con motivo de la reforma Constitucional del 10 de junio del 2011 en materia de Derechos Humanos en concordancia con la tesis localizable en el Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Decima Época, Página: 4319.

“CONTROL CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO. SUS CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIAS A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011.”

La defensa de los derechos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma a su artículo 1o., publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, y aquellos descritos en los convenios internacionales, se concreta mediante los instrumentos legales al tenor de los cuales se limite el poder de las autoridades; así, el control Constitucional hace específica la necesidad de privilegiar y hacer eficaz el



respeto a las prerrogativas señaladas por el Constituyente, y los medios para lograr su prevalencia en el Estado Mexicano son el juicio de amparo, la controversia Constitucional, la acción de inconstitucionalidad, el juicio de revisión Constitucional electoral y el juicio para la protección de los derechos político electorales, pues a través de éstos se estudia y determina si la normativa en conflicto se contrapone o no con un precepto Constitucional, de lo cual deriva la conclusión de resolver sobre su Constitucionalidad; por su parte, el control de convencionalidad, en su modalidad de difuso, si bien es cierto que se ejerce por todas las autoridades públicas, tratándose de violación a los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal y en los convenios internacionales suscritos por el Estado Mexicano, también lo es que se circunscribe al deber de analizar la compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que deben aplicarse a un caso concreto y los derechos humanos que establece la Carta Magna y los tratados internacionales, así como orientados por la jurisprudencia que sobre el tema sustente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debido a la fuerza vinculatoria de la normativa convencional, lo cual genera la consecuencia de permitir o no la aplicabilidad de alguna disposición a un caso en concreto. Por tanto, en el primer supuesto se determina sobre la Constitucionalidad de la norma reclamada, mientras que en el segundo, sólo se atiende a su aplicación.”

Bajo esta premisa, si en éste acto de investigación (invasivo) no se puede compeler a las personas como si puede suceder en otras, es evidente que el control judicial no soluciona la problemática de prevalecer la negativa u oposición de la persona.

Dicho problema no es nada sencillo y se dificulta aún más con la legislación omisa; en lo particular, considero una posible solución, que si bien es cierto no es nada brillante, no menos verdadero resulta que puede servir para evitar en gran medida que las personas se opongan, sin que se conculquen garantías individuales y Derechos Humanos.



Para plantear dicha solución me he remitido a observar lo que sucede en los juicios de paternidad, cuando el Juez de lo familiar ordena la práctica de una pericia para obtener la huella genética y el presunto ascendiente se niega a proporcionar una muestra (este es un acto invasivo por excelencia, pues para desahogar la experticia será necesario que la persona aporte una muestra de fluido corporal o bien permitir su extracción), en primera instancia el Juez de lo familiar aplica los apercibimientos y medidas de apremio impuestas con la finalidad de hacer cumplir sus determinaciones, pero si a pesar de esos medios no se logra vencer la negativa del probable progenitor para la práctica de la pericia, por supuesto que el órgano jurisdiccional no lo puede compeler; es decir, ordenar que se le extraiga una muestra de sangre u otro fluido por la fuerza, pero tampoco los jueces dejan el interés del menor a voluntad del presunto ascendiente, sino que por el contrario, ante la negativa del probable progenitor a practicarse la mencionada pericia opera la presunción de la filiación salvo prueba en contrario.

Ahora bien, tomando en consideración lo que sucede en materia familiar podemos proponer como una solución a nuestro problema, una presunción legal en la que los efectos de ésta obedecerán en atención a la parte que se oponga a la práctica de la pericia o se niegue a proporcionar alguna muestra.

Así tenemos, que ante la negativa u oposición de la víctima o el ofendido, se le deberá hacer de su conocimiento que de no practicarse la prueba deberá seguir imperando la inocencia del indiciado o imputado según el tipo de investigación.

Ahora que si la negativa es del indiciado o imputado, deberá operar la presunción en el sentido de que se tenga por acreditada la pretensión que quiera dilucidar el Ministerio Público, siempre que existan indicios que lo permitan; verbigracia, si el representante social pretende demostrar que la sangre encontrada en el lugar donde se cometió un homicidio, pertenece al imputado porque un testigo lo ubica en tiempo y lugar (indicio), en caso de negarse deberá operar la presunción en el sentido de que la sangre encontrada en la escena corresponde al imputado, salvo prueba en contrario, o sea, que se



practique una pericia que determine que dicha sangre no corresponde con su registro genético.

Quizá se disienta del criterio postulado con anterioridad y máxime en el caso del imputado, referenciando que tiene a su favor la presunción de inocencia por lo que pudiera pensarse que la solución propuesta podría contravenir dicho principio, no obstante ello, no podemos perder de vista que al estudiar la procedencia del principio de presunción de inocencia, hicimos referencia a la jurisprudencia que prevé la reversión de la carga de la prueba, donde es el imputado quien debe demostrar su inculpabilidad⁸⁸.

De lo anterior podemos evidenciar la necesidad que existe de adicionar el Código Procesal Penal mexiquense, a efecto de solucionar los problemas que en la práctica se pueden presentar, sobre todo para que el juzgador no incurra en la violación de derechos fundamentales, máxime que en materia penal debe imperar la exacta aplicación de la ley, lo cual no sólo se limita a prohibir la analogía o la mayoría de razón, sino que también obliga a la autoridad legislativa a emitir normas claras, según lo prevé la tesis localizable en: Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, Novena Época, Tesis Aislada, página: 299.

“EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE ESTA GARANTÍA CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

El significado y alcance de dicha garantía Constitucional no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstenga de imponer por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trata, sino que también obliga a la autoridad legislativa a emitir normas claras en las que se precise la conducta reprochable y la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito, a fin de que la pena se aplique con estricta objetividad y justicia; que no se desvíe

⁸⁸ Véase el comentario al respecto, en el presente trabajo, página 27.



ese fin con una actuación arbitraria del juzgador, ni se cause un estado de incertidumbre jurídica al gobernado a quien se le aplique la norma, con el desconocimiento de la conducta que constituya el delito, así como de la duración mínima y máxima de la sanción, por falta de disposición expresa.”

Aunado a lo anterior no debemos perder de vista que en estos casos debe interpretarse la ley de manera restrictiva⁸⁹; por lo tanto, urge una adición al Código de enjuiciamiento penal mexiquense, que regule la problemática planteada, en virtud de la que se ha propuesto una solución, aunque quizá simple y nimia pero que sin duda será mejor que tal omisión.

2.5.2.3 Exhumación

Esta diligencia tiene relación con la del levantamiento de cadáver ya estudiada pues al igual que ésta, en los casos en que se investigue un homicidio o cuando el Ministerio Público considere que la exhumación de un cadáver pueda resultar de utilidad para la investigación de un hecho delictivo, podrá solicitar al Juez de control la autorización para la práctica de esa técnica de investigación, el Código Procesal Penal en estudio también señala que el juzgador deberá citar al conyugue, concubina o concubinario o a los parientes más cercanos del occiso antes de resolver lo pertinente⁹⁰, en concordancia con lo que establece el numeral 6.7.2 del Manual Básico de la Policía ministerial multicitado.

La exhumación tiene lugar cuando el Ministerio Público haya dispensado la práctica de la necropsia y con posterioridad sea necesaria ésta, en virtud de nueva información que hagan presumir que la muerte pudo ser producto de un hecho punible, o porque la primera necropsia no sea suficiente o se presenten irregularidades que para dilucidarse requiera una nueva experticia, o también como ya hemos señalado cuando el cadáver sea necesario para la investigación por aportar nuevas fuentes de prueba, esta diligencia es muy importante pues a partir de una necropsia o inspección, pueden surgir nuevas líneas de investigación además de indicios y evidencias, las partes también

⁸⁹ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 5°.

⁹⁰ *Ibidem.* artículo 266.



pueden solicitar a la representación social ocurra ante el Juez para que autorice dicha técnica, a efecto de controvertir elementos demostrativos o para allegarse de ellos (esto ya para el juicio oral, pues al tratarse de la investigación se allegaran y contravendrán datos de prueba), recordando que una vez practicadas las pericias conducentes, se volverá a inhumar el cuerpo, el acto de prueba se verificara hasta que el perito rinda su declaración de viva voz y bajo interrogatorio de las partes y no antes, aclarando esto para no generar confusión.

2.5.2.4 Cateos

El cateo es un acto de investigación que restringe las garantías de inviolabilidad del domicilio⁹¹, previsto por el artículo 16 primer párrafo de la Carta Magna, dicha técnica de investigación sólo puede solicitarla el Ministerio Público ante el Juez de control, expresando, el lugar que ha de inspeccionarse; la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia; levantándose al concluir, un acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado, o en su ausencia o negativa por la autoridad que practique la diligencia, atento a lo que dispone el numeral 16 décimo primer párrafo de la Constitución Federal.

Otro requisito para la autorización del cateo se encuentra en el artículo 89 del Código Procesal Penal mexiquense y en el numeral 6.4.2 del Manual Básico de la Policía ministerial en comento, como lo es el inherente a la existencia de indicios o datos que hagan presumir fundadamente que se encuentra la persona a aprehender u objetos, instrumentos o efectos del delito; es decir, se sigue el mismo estándar probatorio que el requerido para una inspección el cual ya hemos analizado.

Así, el artículo 88 segundo párrafo parte primera, del Código Procedimental Penal para la entidad objeto de estudio, establece que la solicitud de la orden

⁹¹ *Ibidem.* artículo 12.



de cateo podrá formularse a través de cualquier medio de comunicación, o sea, medios informáticos (correo electrónico, intranet, portal electrónico, teléfono, fax, entre otros), a su vez el numeral 6.4.2 del citado Manual complementa lo anterior estableciendo que la comunicación deberá hacerse a través de un medio ágil que permita su respuesta inmediata, dichos medios, facilitan la solicitud y la emisión de la orden de cateo de forma inmediata, debiendo quedar constancia fehaciente, el numeral del Código en comento no señala expresamente que pueda emitirse la determinación del cateo por cualquier medio; por otro lado, la tercera parte del numeral del Código Procesal Penal citado, nos permite inferir que sí puede emitirse la orden por cualquier medio al establecer: *“El oficio de respaldo de la autorización se podrá enviar al mismo tiempo o en forma diferida para constancia.”*

Ese oficio de respaldo de la autorización, se refiere indudablemente a la orden de cateo, que deberá mostrarse e incluso entregar una copia de ésta a quien habite o se encuentre en el domicilio o lugar donde se efectuó la diligencia, o en caso de que no se encuentre nadie deberá fijarse la resolución en la entrada del lugar, la legislación procedimental penal para el Estado de México, no prevé tal requisito.

Por tal razón considero incorrecto se permita que el oficio, o sea, el mandamiento escrito se entregue en forma diferida, lo cual es incorrecto, en primera instancia que se haya omitido señalar que deba entregarse copia de la orden a quien se encuentre en el lugar, y en segundo plano que se permita enviar el oficio en forma diferida ya que dicho acto de molestia debe revestir los requisitos de legalidad que entre otros encontramos lo inherente a la figura del mandamiento escrito, cuestión por la cual considero incorrecto que dicho oficio se envíe en forma diferida, quizá se piense que es lógico que deberán observar el principio de legalidad a pesar de que el Código no lo establezca, pues se encuentra en la norma suprema, y es bien cierto, sin embargo no debemos perder de vista que es objetivo de este trabajo evidenciar aquellas omisiones presentadas en la legislación procesal.



Continuando con el tema, podemos establecer que dicha técnica de investigación es trascendental en muchas de las investigaciones, pues resulta una fuente de gran número de indicios, evidencias, objetos, instrumentos o efectos del delito, hasta incluso aprehenderse al probable responsable, por lo que en ocasiones el éxito de una investigación obedece al de esta diligencia por lo que no se debe arriesgar a incurrir en la ilicitud de ésta, excluyéndola del cumulo probatorio junto con lo descubierto con motivo de ella, por una legislación poco precisa.

Tal ha sido la importancia de conservar como medio de prueba los allanamientos que han originado incluso teorías sobre las excepciones a las cláusulas de exclusión general sobre las pruebas inconstitucionales, como el caso de la teoría de la fuente independiente aplicable en países como Estados Unidos, España, Costa Rica, Colombia, entre otros, también ha surgido con motivo de las intromisiones a los domicilios la excepción a la exclusión de la prueba ilícita de las “actuaciones de buena fe” pregonada por la jurisprudencia Norte Americana y Argentina, estos temas se abordaran al referirnos a la prueba que viola derechos fundamentales.

Por lo anteriormente expuesto considero urgente que la legislación procesal penal mexiquense se ponga en armonía con el texto Constitucional, precisando la obligación que tiene el Juez de control de emitir por escrito y de forma inmediata esta resolución evitando se mande en forma diferida, pues aunque quizá esta emisión diferida de la orden obedezca a aquellos casos en que la actuación del cateo no admita demora, lo cual no debe ser óbice, pues lo correcto es que dicho mandamiento escrito deba remitirse inmediatamente con la autorización, máxime en los caso de flagrancia la Policía no requerirá la orden de cateo para introducirse a un domicilio, donde incluso las fuentes de prueba encontradas por dicho allanamiento en delito flagrante tendrán valor para el juicio oral, al estudiar la figura de la flagrancia analizaremos dicha hipótesis con mayor precisión.



2.5.2.5 Intervención de comunicaciones privadas

Este procedimiento tiene por objeto captar la información transmitida a través de sistemas de telefonía móvil o fija, radiotelefónica o similares incluyendo los medios de comunicación computacionales, el Código de Procedimientos Penales del Estado de México, no contempla dicha técnica de investigación, apenas se limita a mencionarla como un medio por el cual se puede restringir el derecho a la intimidad del imputado, en el artículo 12 del ordenamiento mencionado con antelación.

Esta diligencia es poco utilizada tal vez porque la solicitud de intervención no es nada sencilla o bien porque se tiene la idea de que son exclusivas para delitos del orden federal por el tipo de formalidades exigidas, lo cierto es que al igual que las demás es una técnica de investigación bastante útil para orientar la investigación en un determinado sentido. El artículo 16 párrafos décimo segundo, décimo tercero y décimo quinto de la Constitución Federal, regulan los requisitos para la solicitud de la técnica de investigación consistente en la intervención de comunicaciones privadas mismos que analizaremos a continuación.

El primer requerimiento lo establece el diverso 16 párrafo décimo tercero parte primera, de la Ley Fundamental que establece en esencia, que el titular del Ministerio Público del Estado (de México), deberá realizar la petición de la intervención de comunicaciones al Juez Federal competente, que de conformidad con el diverso 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, es el Juez Federal Penal (especializado en cateos, arraigos e intervención de comunicaciones), quiénes con fundamento en la fracción III del numeral en cita deben autorizar la intervención de una comunicación privada, así mismo el artículo 50 ter del mismo ordenamiento legal precitado, proscribire en esencia que cuando la solicitud de la intervención de comunicaciones sea formulada en términos previstos por la legislación local, se hará por titular del Ministerio Público de la entidad, mismo que con base en el diverso 18 apartado A fracción III del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de



Justicia del Estado de México, corresponde al subprocurador general formular dicha solicitud para intervenir la comunicaciones privadas siempre que se trate de los delitos de homicidio, asalto a carreteras o caminos, robo de vehículos, privación ilegal de la libertad o secuestro y tráfico de menores⁹².

Conforme a la redacción del numeral 50 ter segundo párrafo tercera parte de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la solicitud de ésta técnica debe contener los preceptos legales que la funden, el razonamiento por el cual se considere procedente, el tipo de comunicación, los sujetos y lugares intervenidos y el periodo de tiempo durante el cual se llevara a cabo la intervención, el cual podrá ser prorrogado sin que en total se exceda de seis meses.

Los particulares también podrán solicitar al Ministerio Público la práctica de esta diligencia al amparo del diverso 245 primer párrafo de Código instrumental penal mexiquense, y en caso de que la solicitud para pedir la intervención sea rechazada se podrá reclamar ante el superior jerárquico de la representación social o bien hasta antes de concluir la audiencia intermedia, las partes podrán reiterar la solicitud de diligencias ante el Juez de control quien de estimar fundada la solicitud podrá ordenar la reapertura de la investigación para su práctica.

Como podemos advertir no resulta nada sencillo lograr la autorización para la práctica de esta técnica de investigación; sin embargo, el Ministerio Público, defensa e incluso víctima u ofendido, no pueden limitarse a la realización de diligencias clásicas o más comunes, sino que por el contrario se deben agotar todos los medios autorizados por la ley que puedan ayudar al conocimiento de la verdad histórica.

2.5.2.6 Otras técnicas de investigación

Es bien conocido que desafortunadamente el fenómeno de la delincuencia muestra cada vez más una mejor organización, modernidad, así como nuevos y

⁹² Ley Orgánica del Poder Judicial la Federación, artículo 50 ter primer párrafo.



mejores mecanismos para la comisión de los hechos punibles, razón por la cual el órgano de investigación encargado de la persecución de los delitos debe buscar la innovación y actualización de las técnicas utilizadas para la indagación de los delitos y de sus autores o partícipes, buscando llevarlos a juicio; por tal motivo he considerado la posibilidad de que el Código Procesal Penal mexiquense, pueda incorporar otras técnicas de investigación como sucede en algunas leyes de enjuiciamiento penal acusatorio de América Latina, actuaciones que para nada se pueden considerar ficticias o inaplicables para nuestro sistema de acusación penal, quizá contrario a lo que se piense; lo cierto es, que implicaría modernización y mejor preparación de un sector determinado de agentes policiacos lo cual es necesario cuando se está frente a grupos delictivos más estructurados y organizados.

Ahora bien, es cierto que algunas de las diligencias propuestas ya se encuentran contempladas en el multicitado Manual Básico de la Policía ministerial de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, parte integrante del acuerdo del procurador número 01/2010., éstas no se encuentran correctamente previstas, según mi apreciación, pues considero que este tipo de técnicas de investigación deben ser autorizadas por el Juez de control y no sólo por el órgano de investigación, además que se debe contemplar su procedencia dentro del Código adjetivo penal mexiquense por ser una norma jerárquicamente superior a dicho acuerdo.

Se propone la adición y regulación dentro del Código en cita, de algunas técnicas de investigación que para nada se pueden ubicar únicamente procedentes para delitos del orden federal, pues bien puede aplicarse para algunos delitos del orden común.

2.5.2.7 Entrega vigilada

Se propone que la entrega vigilada sea una técnica especial de investigación por virtud de la cual, el Juez de control a solicitud del Ministerio Público autorice el transporte dentro del territorio del Estado de México y quizá más allá de él



con algún acuerdo de colaboración, de objetos, bienes o efectos, cuya posesión transporte enajenación o tenencia sea ilícita o prohibida, por supuesto que para esta tarea debe existir una Policía específicamente facultada para vigilar, poseer o transportar los bienes o efectos.

Dicha técnica especial tiene el objeto de investigar la existencia del delito, así como la identificación de las personas involucradas en su comisión debe seguirse el mismo estándar probatorio que se utiliza para solicitar otras técnicas de investigación; es decir, deben existir motivos suficientes (indicios) para presumir que la persona investigada dirige o interviene en el transporte, posesión, enajenación o alquiler o simple tenencia de bienes, productos o efectos ilícitos, obviamente la autorización para la práctica de esta diligencia deberá contener las circunstancias y modalidades en que se autoriza; o sea, contendrá las personas que se investigan, el tipo, cantidad y calidad de efectos o bienes que se entregan, así como el número de ocasiones en que habrá de realizarse la actuación.

Esta técnica es idónea para la investigación de delitos como robo de vehículos o autopartes, peculado, falsificación de documentos, uso de objetos o documentos falsos o alterados, corrupción de menores, delitos contra la salud, recordando que serán competencia del fuero común en términos del artículo 474 de la Ley General de Salud, y en general podrá utilizarse para la investigación de cualquier otro delito si se logran justificar su necesidad.

Los numerales 7.5.1 y 7.5.2 del Manual Básico de la Policía ministerial referenciado con anterioridad (acuerdo número 01/2010), regula esta diligencia, aunque de su redacción se advierte que su actuación procederá únicamente con motivos de cooperación internacional y en materia de delitos de competencia de la federación, sin que deje la posibilidad de que el Ministerio Público de la entidad pueda practicarla en la investigación de los delitos del fuero común, lo cual es criticable pues bien puede regularse en el sentido de adecuar esta actuación de investigación para que pueda ser aplicable en estos casos.



2.5.2.8 Infiltración a organizaciones criminales bajo identidad supuesta

Es una actuación indagatoria especial, cuya finalidad descansa en el conocimiento de la organización, operación, hábitos de actuación, así como la identidad de los miembros de determinado grupo delictivo, el numeral 7.4.1 del Manual Básico de la Policía ministerial multicitado regula esta actuación bajo la denominación de análisis de infiltración de organización criminal y la define como el *“procedimiento que desarrolla el servidor de la Policía ministerial consistente en vincularse en cubierta a una organización criminal.”*

Considero que estas operaciones de agentes infiltrados deban ser autorizadas por el Juez de control a solicitud del Ministerio Público, utilizando el mismo estándar probatorio requerido para la solicitud de otras técnicas. En la autorización del Juez deberá asignarse al agente de la Policía especializado; designara la identidad supuesta bajo la que actuara; se especificara el fin y el objeto de la operación encubierta, ya sea la sola infiltración al grupo delictivo para conocer sus operaciones o bien para adquirir, transportar o enajenar objetos y efectos ilícitos, haciéndolos llegar al representante social, observando las condiciones especiales en materia de cadena de custodia, además de proporcionar información, documentos, registros, grabaciones y todo aquello que pueda servir como datos o medios de prueba sobre el delito que se investiga o del que tenga conocimiento.

Podría pensarse, que estas técnicas no están apegadas a nuestra realidad y momento que vive nuestro sistema penal e incluso considerarse como una utopía o ficción, lo cierto es que en materia de investigación criminal se denota un rezago en cuanto a instituciones, infraestructura y sistema de inteligencia policial, por lo que en nuestro proceso de persecución criminal donde las reglas más estrictas las encontramos en materia de prueba, la actuación ministerial y policial toma un papel sumamente importante; en tal sentido, considero que deberían adicionarse al Código Procesal Penal para la entidad objeto de estudio, estas técnicas de investigación ministerial, y en lo particular considero que se adicionarán en un futuro muy próximo, pues se denotan grandes



avances como la expedición de la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal. Publicada el 08 de junio de 2012, y valorando que al menos el acuerdo número 01/2010 en comento, ya prevé algunas figuras innovadoras.

2.5.2.9 Vigilancia y aseguramiento de personas

Es quizá menos, innovadora y por demás conocida; sin embargo, ni siquiera es mencionada en el Código Procesal Penal en estudio, esta consiste en que la Policía ministerial mantenga bajo observación al presunto indiciado o imputado de un delito, con el fin de obtener información útil para la investigación, así como la obtención de elementos materiales probatorios y evidencia física, conociendo su entorno social, lugares frecuentados y actividades.

La disposición enmarcada bajo el numeral 7.3.2 del invocado Manual Básico de la Policía ministerial de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, parte integrante del acuerdo del procurador número 01/2010, prevé esta diligencia, imponiendo como requisitos para su procedencia la solicitud de autorización al Juez de control; el parámetro probatorio de indicios suficientes que permitan la presunción de su necesidad y utilidad; la vigencia y el medio por el cual se llevara a cabo; que no se afecte a terceros ni se agravie la intimidad del indiciado o imputado y de las demás personas; dejar constancia de la práctica de la diligencia, anexando imágenes utilizadas o captadas, sometiéndolas a cadena de custodia.

3 La metamorfosis de la prueba en el sistema penal acusatorio

3.1 El comportamiento y función de la prueba en la etapa preparatoria a juicio

La prueba en el sistema acusatorio observa un comportamiento dual durante el proceso penal, pues ésta se presenta de cierta manera y con función determinada durante las fases de investigación y preparatoria a juicio oral, y de otra forma y con función diversa durante la audiencia de debate de juicio.



Hemos aclarado durante el presente trabajo la distinción que existe entre actos de investigación y actos de prueba, resumiendo el distingo principalmente en que a estos últimos se les debe de aplicar el principio de inmediación (principalmente) y por la función de probar la responsabilidad penal o la inocencia del acusado, a diferencia de los primeros; sin embargo, y sin que implique una contradicción a lo sostenido durante el desarrollo del presente trabajo, debemos precisar que el cumulo de diligencias o técnicas de investigación que hemos llamado actos de investigación, serán los mismos que se incorporaran al proceso y desahogaran como medios de prueba en el juicio oral.

Ahora, aunque tengan una función convictiva limitada a resolver pretensiones esenciales de la etapa de investigación (orden de aprehensión, formulación de imputación, solicitud de imposición de medidas cautelares personales o reales y la vinculación del imputado a proceso) e intermedia; en su primera etapa, la prueba (genéricamente hablando, pues sabemos que la prueba se va transformando hasta considerarse como tal una vez que se desahoga y valora) es considerada (en su etapa más primigenia de constitución) solamente como el resultado de las diligencias de investigación, lo que propiamente dicho se trata de datos de prueba, los cuales carecerán de todo valor probatorio para fundar la sentencia del acusado, así lo proscribió el ordinal 249 del Código de enjuiciamiento criminal para el Estado de México al señalar que *“Las actuaciones realizadas durante la investigación carecen de valor probatorio para fundar la sentencia del imputado (sic)...”*

Aquí radica la división de funciones que cubre la prueba durante las etapas del proceso penal, en virtud de la fase de desarrollo en la que ésta se encuentre (la prueba), esa dualidad que tiene por objeto que la prueba en pleno sentido de la palabra, sólo se constituya hasta la audiencia de juicio oral, fundando la sentencia definitiva, tal y como lo dispone el artículo 20 apartado A fracción III primera parte de la Constitución Federal.



Así tenemos, que la metamorfosis de la prueba es la transformación que experimentan los resultados de las técnicas de investigación, recopiladas durante la fase de mismo nombre; es decir, los datos de prueba se convierten en medios de prueba para ser incorporados durante la etapa intermedia y desahogados y valorados en la audiencia de juicio oral, donde se convertirán en prueba en estricto sentido.

3.2 El comportamiento y función de la prueba en la etapa de juicio oral

Como ya hemos dicho, el Juez de control durante la etapa de investigación como en la intermedia examinará los datos y medios de prueba, en las fuentes escritas, sin intermediación e indirectamente, pues como podemos recordar el Juez de no puede revisar la carpeta de investigación antes de dictar sus resoluciones salvo que exista una controversia entre las partes respecto de su contenido y sin perjuicio de que el Ministerio Público pueda apoyarse en la proyección de los datos de prueba que obren en instrumentos digitales.

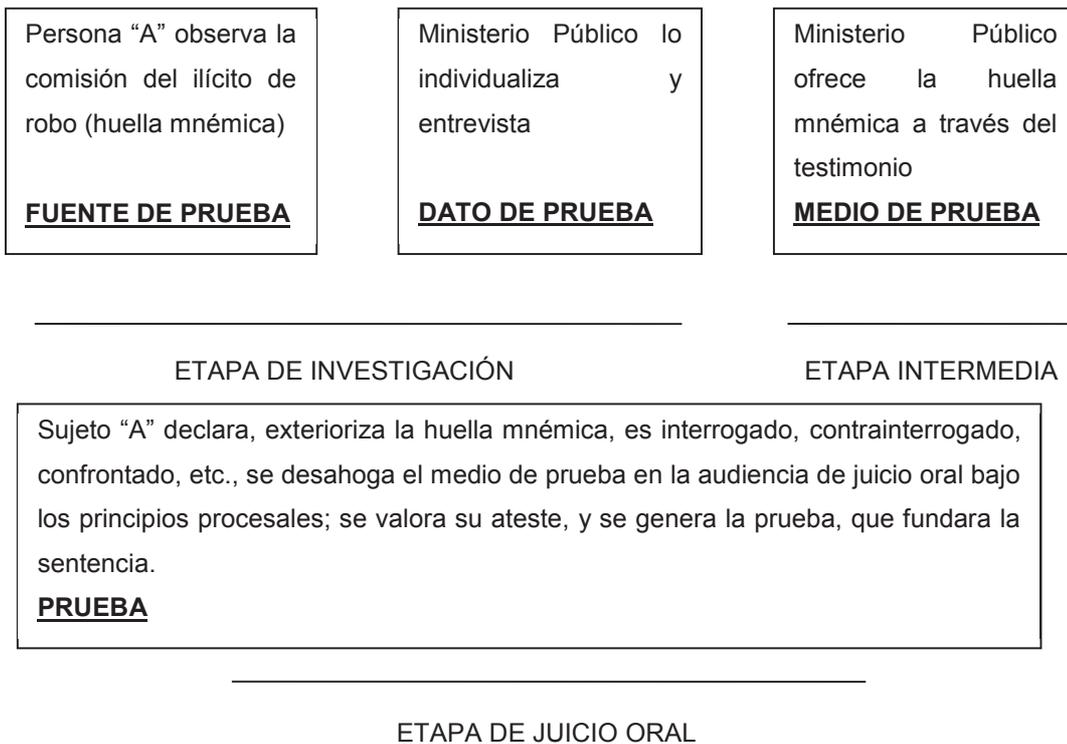
Podemos establecer que esos actos de investigación; es decir, datos de prueba deberán transformarse en medio de prueba y que una vez desahogado y valorado, se convertirá en prueba por fuerza de la intermediación y de la oralidad; así, la declaración de un testigo (entrevista), la cual obra por escrito dentro de la carpeta de investigación, será transformada ya para el juicio oral en la declaración personal y de viva voz del testigo a través de interrogatorios, contrainterrogatorios, confrontaciones, reconocimientos, entre otras, lo mismo sucederá con todas las diligencias de investigación; los documentos serán leídos y exhibidos indicando su origen mediante la proyección u otra forma; los informes de los peritos dejarán de ser escritos, para ser expresiones de viva voz mediante interrogatorios, contrainterrogatorios, confrontaciones y reconocimientos.

Es de advertir que la Prueba (genéricamente hablando), se va desarrollando a lo largo del proceso, presentándose en sus fases más primigenias (datos, datos de prueba), durante la etapa de investigación con la función de resolver



cuestiones inherentes a la imputación, medidas cautelares y vinculación a proceso, entre otras; presentándose en sus últimas etapas durante la audiencia intermedia y juicio oral (medios de prueba), para que una vez valorado conforme a la lógica y a la luz de la sana crítica, se genere como tal la prueba en su aspecto subjetivo, generando mérito demostrativo en la mente del juzgador, y es de esa forma que se puede diferenciar esa doble función probatoria.

Para concluir y bajo el temor de no haber expuesto con claridad la dualidad de funciones, así como la transformación que sufre la prueba a lo largo del proceso lo ejemplifico gráficamente:



El criterio vertido anteriormente se sustenta en concordancia con lo que ha dispuesto la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial del Estado de México, la cual es localizable en el Boletín Judicial del Estado de México, Segunda Sala Colegiada Penal de Toluca, Segunda Época, Tesis Aislada.



“DATO DE PRUEBA Y PRUEBA. DIFERENCIAS Y ALCANCES QUE DEBE DISTINGUIR EL JUZGADOR.

TEXTO: La Prueba es el conjunto de elementos objetivos y subjetivos que la ley permite aportar al proceso para demostrar un hecho o acto jurídico que se controvierte, y que han de formar convicción en el juez a fin de posibilitarle arribar a la verdad jurídica en un caso concreto. La Prueba como tal, su valoración es regulada por los artículos 22 y 343 del Código Adjetivo Penal, que respectivamente disponen, por un lado, que éstas “... serán valoradas por los jueces según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia”; y por otro, que “El órgano jurisdiccional valorará las pruebas de manera libre y lógica”. Por otra parte, el Dato de Prueba es tan sólo una referencia sucinta del contenido de los medios de prueba en un juicio penal, que las partes aportan, pero que aún no han sido desahogados ante el juez y cuya estimación o desestimación estará en función de la idoneidad, pertinencia y suficiencia para la acreditación del hecho delictuoso y la probable o plena intervención del imputado en el mismo, tal y como dispone el artículo 185 del Código Procesal Penal. Así, las actuaciones realizadas durante la investigación, que son incorporadas por el ministerio público como Datos de Prueba, carecen de valor probatorio para fundar la sentencia del imputado en juicio oral, salvo en aquellos casos de excepción que el propio Código señala; en cambio pueden ser invocados como elementos para fundar, entre otras resoluciones, el auto de vinculación a proceso e incluso la sentencia de procedimiento abreviado, mas no así la sentencia de juicio oral, que ha de fundarse en la valoración de las pruebas efectivamente admitidas y desahogadas ante el órgano jurisdiccional. Luego la valoración y alcance de unos y otros son diferentes.”⁹³

⁹³ [En línea]. Disponible: [http://www.pjedomex.gob.mx/web2/documentos/transparencia/jurisprudencia/Tesis Jurisprudencia TribSupJus 2a Epoca Boletin 20120213.pdf](http://www.pjedomex.gob.mx/web2/documentos/transparencia/jurisprudencia/Tesis%20Jurisprudencia%20TribSupJus%202a%20Epoca%20Boletin%2020120213.pdf) 08 de febrero de 2013. 23:01PM.



Ahora bien, existen excepciones a esta regla; es decir, habrá ocasiones en que los medios o datos de prueba funden una sentencia sin que hayan sido desahogados en la etapa de juicio oral, teniendo como primera de éstas a la prueba anticipada, que prevé el artículo 20 apartado A fracción III segunda parte de la Ley Fundamental, y una segunda excepción se desprende de lo establecido por el diverso 20 apartado B fracción V segundo párrafo de la ley antes invocada, que regula los casos en tratándose de delincuencia organizada las actuaciones de investigación, o sea, los datos de prueba podrán tener valor probatorio, cuando no se puedan reproducir en juicio o cuando exista riesgo para la integridad de los testigos o la víctima u ofendido, un tercer caso se desprende de la redacción del diverso 374 fracción I inciso e) del Código instrumental penal mexiquense, las cuales se analizarán a detalle en líneas posteriores.

3.3 La reducción de los parámetros probatorios, datos de prueba y hecho delictuoso

A lo largo del presente trabajo hemos hecho alusión a los datos de prueba, sin detenernos a estudiar detalladamente esta figura tan importante derivada de la reforma Constitucional, que adoptó los juicios penales de corte acusatorio y bajo la oralidad, el cual ha implicado una reducción del estándar probatorio, que deberá cubrir la representación social o el particular que ejercite la acción penal privada, para solicitar una orden de aprehensión, la formulación de imputación, la imposición de una medida cautelar y la vinculación a proceso, entre otras peticiones.

Para puntualizar tal reducción probatoria, comparemos el estándar probatorio exigido durante el proceso escrito que se abandona; así, tenemos que a partir del 8 de marzo de 1999 se abandona la acreditación del tipo penal, para dar lugar a los datos que acrediten el cuerpo del delito, parámetro que se mantuvo hasta antes de la reforma judicial del 18 de junio del 2008, atento a lo que disponen los diversos, 16 y 19 de la Carta Magna, vigente para la entidad federativa objeto de estudio, conforme al artículo 2° transitorio del 18 de junio



de 2008 del ordenamiento legal en cita y 6° transitorio del 09 de febrero de 2008 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, se establece como nuevo estándar probatorio la existencia de datos que establezcan que se cometió un hecho que la ley señala como delito, esto es que se acredite la existencia de un verdadero delito y existan datos de intervención reprochables al imputado; es decir, la demostración de un hecho que amerite justificadamente la intervención del derecho punitivo, lo anterior es así, en concordancia con el criterio de los Tribunales Colegiados de Circuito, ubicable en el Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Tesis Aislada, Página: 4298.

“AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO. SU NATURALEZA PARA EFECTOS DEL AMPARO.”

La exigencia de resolver sobre el auto de vinculación a proceso se refiere a un derecho Constitucional del debido proceso penal propio de este país, que garantiza de manera más amplia la libertad personal no sólo respecto de la restricción material en sentido estricto, como ocurre con la prisión preventiva, sino como certeza jurídica Constitucionalmente protegida de que al fenecer el término respectivo ninguna persona puede ser sujeta o vinculada a proceso penal (con o sin medida cautelar adicional), a menos de que se cumplan los requisitos del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, que se acredite la existencia de un verdadero hecho delictuoso y existan datos de intervención reprochable del imputado, es decir, la demostración de un hecho que amerite justificadamente la intervención del derecho punitivo y los datos que razonablemente conduzcan a estimar al imputado con algún tipo de intervención en la comisión de dicho hecho, pues sólo así se cumple con los principios de fragmentariedad e intervención necesaria del derecho penal, y el de la función garantizadora del tipo penal, que se traduce en el apotegma de exacta aplicación de la ley penal recogido en el principio de legalidad que rige dicha materia de manera estricta y que se consagra también en el artículo 14 de la propia Constitución. Por tanto, en



atención a los efectos de sujeción que éste produce, de manera formal y de perturbación indirecta, al menos a la libertad del imputado, debe estimarse como un acto reclamable en el amparo y susceptible del otorgamiento, en su caso, de la suspensión pero en términos de sus peculiaridades actuales.”

De lo anterior podemos destacar dos situaciones, la primera y la más importante es que antes de la reforma se exigía la comprobación del cuerpo del delito, lo cual se debía entender como un probable delito como lo comentamos en líneas anteriores⁹⁴; regresando al tema, esto implicaba una actividad probatoria a nivel ministerial en las que se desahogaban e incluso valoraban medios de prueba, “...pues se exigía la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, lo que permitía llevar dos tipos de proceso, uno a nivel ministerial (instrucción administrativa)...”⁹⁵, así define el maestro Sotomayor López el fenómeno.

Ahora de la lectura del texto Constitucional reformado podemos percatarnos que la exigencia de acreditar y comprobar⁹⁶ según los diversos 16 segundo párrafo y 19 primer párrafo de la Ley Fundamental abrogada en el Estado de México se ha suprimido, por lo que el nivel demostrativo se ve reducido al grado de sólo exigir datos (de prueba) que establezcan que se cometió un delito, o sea, la existencia de un hecho con relevancia punitiva.

La segunda situación a destacar es que el texto Constitucional no es muy preciso con el término **datos** que establezcan que se ha cometido el hecho delictuoso, es claro que se redujo el estándar probatorio pues se suprimieron las palabras acreditación y comprobación, pero deja una duda sobre el término dato, afortunadamente la ley secundaria lo indica con mayor precisión.

⁹⁴ Véase jurisprudencia citada en la página 32 dentro del presente trabajo.

⁹⁵ *Práctica Forense de Derecho Penal y la Reforma Judicial*, p. 271.

⁹⁶ Aunque si bien es cierto, que en términos del numeral 134 primer párrafo del Código Federal de Procedimientos Penales, no existe la necesidad de acreditar plenamente el cuerpo del delito, también lo es que ello se debe a una circunstancia lógica ya que de ser así, entonces sobre que versaría la instrucción si ya se acredita, aun y cuando se trate en grado probable, además que dicha circunstancia sólo se prevé en materia federal.



El artículo 185 tercer párrafo del Código instrumental penal para el Estado de México, establece que: *“se entenderá por dato de prueba la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el Juez que se advierta idóneo, pertinente y, en su conjunto suficiente para establecer razonadamente la existencia de un hecho delictuoso y la probable participación del imputado.”*

Bajo estas premisas podemos precisar que el Ministerio Público podrá solicitar el libramiento de una orden de aprehensión, formular imputación, solicitar la imposición de medidas cautelares y solicitar la vinculación del imputado a proceso, con base en la referencia al contenido de determinado medio de prueba; es decir el resultado de las técnicas de investigación, las cuales evidentemente aún no se desahogan; verbigracia, cuando la representación social se percata que una persona presencié los hechos, procede a individualizarla y a entrevistarla sobre cómo es que ocurrieron los hechos que apreció a través de sus sentidos, dicha entrevista constara por escrito e integrará una carpeta de investigación⁹⁷, con posterioridad esa entrevista será incorporada a proceso para ser desahogada por un medio de prueba, en este caso la testimonial.

Así entonces, el dato de prueba sería: la testimonial (medio de prueba) del señor Alan Carlín, quien refirió en la entrevista practicada por el representante social haber visto al imputado desahogarse al señor Vázquez González de un... (Su declaración es el contenido del medio de prueba testimonial por supuesto aún no se desahoga).

Para nada puede confundirse con la misma actividad probatoria realizada por el Ministerio Público durante la extinta averiguación previa, pues dicho órgano de investigación sólo recaba una entrevista (con reforma), a diferencia de la averiguación previa donde incluso dicho ateste conservaba su mérito convictivo aun y cuando no se volviera a desahogar durante la instrucción, ahí radica la

⁹⁷ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 286 primer párrafo.



diferencia entre una práctica y otra, el distingo entre el desahogo en la averiguación previa del sistema escritural y la simple entrevista en la investigación del proceso de corte acusatorio.

En otro orden de ideas es evidente que no bastan sólo algunos datos de prueba, pues el numeral en cita también impone la idoneidad y la suficiencia de éstos, para establecer razonadamente la comisión de un hecho delictuoso y la probable participación. Ahora bien, el término razonadamente implica la regla de valoración de la sana crítica o criterio humano; es decir que se impone la obligación de apreciarlas conforme a los principios de la lógica.

En conclusión la reducción de los parámetros probatorios, estriba en que con anterioridad a la reforma multicitada en materia de impartición de justicia penal, se requería la acreditación o comprobación lo que implicaba un desahogo forzado y con dicha reforma sólo se exigen datos de prueba que establezcan razonadamente la comisión de un hecho delictuoso, lo que para muchos parece contradictorio que en un sistema que privilegia la presunción de la inocencia imponga estándares demostrativos tan nimios, para privar de la libertad o de los derechos aun cautelarmente, máxime que dichos datos ni siquiera pueden ser apreciados en la fuente escrita, pues el Juez de control está impedido para revisar la carpeta de investigación salvo casos excepcionales.

Dicha crítica es bien cierta, toda vez que, la orden de aprehensión, la formulación de imputación, las medidas cautelares y la vinculación a proceso, se libran y se dictan con mayor facilidad debido a tal reducción, aunque no podemos perder de vista que existen medios que controlan la disminución demostrativa en comento, que sin duda inhibirá las pretensiones del Ministerio Público, si es que no tiene un caso sólido que le permita solventar incluso la acusación, pues de formalizar la investigación se estará sometiendo a una temporalidad (Retomaremos este tema al estudiar la figura del cierre de la investigación).



Por lo que hace al hecho delictuoso algunos autores como Natarén Nandayapa señalan que “...*el delito en sí mismo no es comprobable...*”⁹⁸ criterio que en lo particular no se comparte, toda vez que, hemos visto conforme a la jurisprudencia que el delito sólo se puede comprobar hasta la sentencia definitiva, a diferencia del cuerpo del delito y del hecho delictuoso, los cuales se acreditan (a título probable) conforme a sus elementos constitutivos; ahora bien, con anterioridad a la reforma Constitucional del 18 de junio del 2008 se exigía la comprobación del cuerpo del delito, sin que se definiera que debía entenderse por éste, dejando esa tarea a la ley secundaria, al respecto el diverso 168 segundo párrafo del Código Federal de Procedimientos Penales (aún vigente), establece en esencia que se debe entender por éste el conjunto de elementos objetivos o externos así como los normativos, en su caso, que constituyen la materialidad del hecho, a su vez el numeral 134 primer párrafo del mismo ordenamiento legal en cita, adiciona los elementos subjetivos o específicos, aunque exceptúa la obligación de comprobarlos plenamente.

Así entonces, tenemos que la norma Constitucional reformada hace alusión al hecho delictuoso, también dejando su regulación a la ley secundaria, ahora, el artículo 185 segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, nos define lo que debe entenderse por hecho delictuoso, disponiendo: “*El hecho delictuoso es la circunstancia fáctica de la descripción típica conforme a sus elementos objetivos, subjetivos o normativos.*”

Bajo esta exposición sumaria, podemos advertir que “Hecho Delictuoso” y “Cuerpo del Delito” es lo mismo, en virtud de que ambos se integran por los mismos elementos, sin importar el grado de mérito demostrativo que cada uno requiere para ser acreditado (datos de prueba para el hecho delictuoso y pruebas para el cuerpo del delito); entonces, encontramos que a grandes rasgos, los elementos objetivos o externos, son aquellos que se pueden apreciar por medio de los sentidos; los normativos son constituidos por la valoración jurídica, cultural o cognoscitivamente, por lo que el juzgador recurre

⁹⁸ NATARÉN MANDAYAPA, Carlos F. *et al. op. cit.* p. 119.



a las leyes, diccionarios o costumbre; los subjetivos refieren una intención distinta del dolo, se encuentra en el alma del autor y la doctrina los ha definido como un dolo al cubo⁹⁹.

4 Excepciones a la inmediación probatoria

Hemos analizado que la inmediación probatoria consiste en que el desahogo de los medios de prueba ocurra durante la audiencia de juicio oral, en presencia del juzgador y demás partes procesales a fin de que se pueda sustentar una sentencia con dicho caudal probatorio, erigiéndose como un principio Constitucional de aplicación rigurosa, sin embargo, encontramos algunas excepciones a esta regla general a saber:

4.1 Valor de las técnicas de investigación en materia de delincuencia organizada

Ya se ha anticipado ésta excepción al principio de inmediación probatoria, la cual se desprende del texto Constitucional el cual establece que en tratándose de *“...delincuencia organizada las actuaciones realizadas en la etapa de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para los testigos o las víctimas”* así lo dispone el artículo 20 apartado B fracción V segundo párrafo parte primera de la Ley Fundamental.

Así pues, ello implica que con el resultado de las técnicas de indagación practicadas durante la fase de investigación se pueda fundar una sentencia, *A contrario sensu* de lo que establece la regla general; es decir, bastara la entrevista del testigo, el informe del perito o la declaración de la víctima u ofendido, rendidas durante la investigación, aun y cuando no se constituyan a declarar en la audiencia de juicio, para sustentar una sentencia, al amparo de dicho precepto Constitucional.

⁹⁹ Para adentrarse al estudio de este tema tan importante, consúltese la obra Práctica Forense de Derecho Penal y la Reforma Judicial, pp. 267-308.



4.2 Incorporación de registros en que obran actuaciones anteriores

Otra excepción a la inmediación probatoria la encontramos en el artículo 374 fracción II incisos b), c) y e) del Código Procesal Penal mexiquense, donde podrán incorporarse como medios de prueba en el juicio oral previa lectura o reproducción, cuando las partes lo soliciten y el Juez lo estime pertinente.

Así el inciso b) prevé en esencia a las actas de declaraciones de sentenciados autores o partícipes, desahogadas legalmente ante el Juez, sin perjuicio de que declaren en el debate, encontramos en esta hipótesis la posibilidad de la sustitución de un testimonio bajo contradicción, inmediación y oralidad por una declaración escrita que obra en un juicio distinto, ahora, si bien es cierto que se puede solicitar la comparecencia de la persona, también lo es que dicho medio de prueba se puede llegar a desahogar sin su presencia, en virtud del texto que establece "*sin perjuicio*" el cual no es imperativo, tampoco puede equipararse a la prueba anticipada pues en ella las partes tienen derecho a controvertir al testigo, y en este caso no es así, por lo que considero atenta en contra los principios de inmediación, contradicción y oralidad entre otros, en caso de apreciarse en la fuente escrita.

El inciso c) también refiere declaraciones de testigos o dictámenes de peritos que se hayan producido por exhorto o rogatoria y el órgano de prueba (persona) no pueda comparecer, de igual forma se podrá sustituir su declaración por una fuente escrita, esto también contraviene los principios en comento, a menos que se regule esta forma de desahogo con mayor precisión, anexando al exhorto o rogatoria, los interrogatorios y contrainterrogatorios, al menos de esa forma el desahogo se practicaría bajo la contradicción.

Por último el inciso e) autoriza la incorporación de actas, registros o dictámenes que obren por escrito cuando las partes acuerden incorporar al juicio durante el debate y con autorización del Juez, al igual que las hipótesis anteriores se estaría sustituyendo la comparecencia del órgano de prueba por un documento, criterio del cual disiento, pues se estaría regresando a los vicios del sistema



anterior, además se advierte que estas excepciones no se desprenden de la Constitución, por lo que deberían suprimirse ante el temor de generar una antinomia con el texto Constitucional.

4.3 La prueba anticipada

La prueba anticipada en términos generales, es aquella que se desahoga antes de la audiencia de juicio oral, en que por regla general debería ocurrir, ya sea que se deba a cuestiones procesales donde la fuente de prueba se pierda o destruya, por la urgencia de practicarla ante su imposibilidad de repetirla durante el debate o bien cuando por la naturaleza del delito su reproducción en juicio pueda implicar un perjuicio a algún órgano de prueba. El anticipo de la prueba está contemplado en el ordinal 20 apartado A fracción III primer párrafo parte segunda de la Constitución Federal, que autoriza tomar en cuenta los medios de prueba desahogados anticipadamente para la emisión de la sentencia.

Hasta antes de la celebración de la audiencia de juicio oral se podrá practicar anticipadamente, cualquier medio de prueba para evitar su alteración o pérdida, la solicitud del desahogo anticipado podrá plantearse desde la presentación de la denuncia o querrela y hasta antes de la celebración de la citada audiencia¹⁰⁰.

Cuando se solicite la prueba anticipada el Juez de control citara a una audiencia a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al debate de juicio oral, dentro de los cinco días siguientes a la solicitud, el Juez valorara la posibilidad de que el medio de prueba no pueda ser desahogado durante la audiencia señalada; es decir, los motivos fundados, la urgencia o la existencia de la necesidad para evitar su destrucción o alteración. De admitirse el desahogo anticipado, se practicara el elemento probatorio en el acto, otorgando a las partes todas las facultades previstas para su participación en la audiencia de debate¹⁰¹, para el caso de que el imputado aún no fuera individualizado se designara al defensor

¹⁰⁰ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 280 primer párrafo

¹⁰¹ *Ibidem*. artículo 280 párrafo segundo.



público para que comparezca¹⁰², la audiencia en que se desahogue anticipadamente un medio de prueba deberá registrarse en su totalidad preferentemente en audio y video, debiendo entregarse copia del registro correspondiente al Ministerio Público y a las partes legitimadas que la soliciten¹⁰³.

Cabe destacar que el numeral 282 segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México dispone en esencia que si el obstáculo que dio lugar al desahogo de anticipado no existiera para la audiencia de debate de juicio oral, el órgano de prueba (testigo o perito) deberá concurrir a prestar su declaración; es decir, se practicara nuevamente la audiencia antes señalada.

4.3.1 Declaración de personas impedidas para asistir a la audiencia de juicio

El numeral 279 primer párrafo del Código instrumental penal mexiquense, señala que al concluir la entrevista del testigo o el informe del perito el Ministerio Público o la Policía le harán saber el deber que tiene de comparecer a la audiencia de debate de juicio oral, así como comunicar cualquier cambio de domicilio.

Las partes que soliciten el testimonio o dictamen anticipado deberán demostrar ante el Juez de control que dicho órgano de prueba no podrá concurrir a la audiencia de debate, por actualizarse alguna de las hipótesis que señala el párrafo *in fine* del numeral citado; o sea, que el órgano de prueba se ausentará a larga distancia; viva en el extranjero; existan motivos que hicieren temer su muerte; por incapacidad física o mental que le impida declarar, o bien por la existencia de algún otro obstáculo análogo. Ahora bien si el órgano de prueba se encuentra en el extranjero se deberá estar a lo que establezca la legislación federal y a los tratados internacionales procurando acudir con las partes que tengan derecho a intervenir, al lugar donde se encuentre el perito o el testigo o

¹⁰² *Ibidem.* artículo 280 párrafo tercero, tercera parte.

¹⁰³ *Ibidem.* artículo 282 primer párrafo.



bien financiar su asistencia al debate por parte del Estado¹⁰⁴, siempre que su declaración resulte esencial.

En el supuesto de que el órgano de prueba se encuentre fuera del territorio Estatal pero dentro del país las reglas serán muy distintas, ya que con independencia del tipo de proceso penal que se tenga en la entidad federativa o en el Distrito Federal donde se halle, la diligencia deberá realizarse vía exhorto, conforme a las reglas del Código Procesal Penal para el Estado de México, las cuales deberán transcribirse al momento de solicitarla.

En sendos supuestos los informes, atestes o deposiciones de los órganos de prueba deberán ser incorporados a juicio a través de los registros en que obren tal y como lo disponen el numeral 374 fracción I y II incisos c) y d) del multicitado Código adjetivo penal mexiquense.

Podemos advertir que en nuestra legislación instrumental penal para la entidad objeto de estudio no regula otros medios de prueba susceptibles de desahogo anticipado, aunque si bien es cierto, deben considerarse como accesorios al testimonio y al dictamen pericial, no menos cierto es que deben ser regulados y previstos pues a fin de cuentas inciden en el resultado del desahogo previo y por supuesto generan mérito convictivo.

Hablamos en estricto sentido de los elementos materiales probatorios y otros medios demostrativos susceptibles de exhibición (documentos, videos, grabaciones, imágenes, por mencionar algunas), los cuales previa su incorporación a proceso deberán ser mostrados a los órganos de prueba para que los reconozcan, informen sobre ellos, entre otras actividades probatorias, tal y como lo dispone el numeral 363 del Código citado en el párrafo anterior; el ordenamiento legal precitado, no incluye en la sección destinada para la prueba anticipada la incorporación de los elementos en comento, quizá al amparo del dispositivo 280 segundo párrafo, obvio, del mismo ordenamiento en cita, el cual proscribiera en esencia que se practicara el desahogo del medio de prueba

¹⁰⁴ *Ibidem.* artículo 283 segundo párrafo parte *in fine*.



conforme a las facultades otorgadas a las partes para el juicio oral, en lo personal me hago una pregunta, ¿Qué sucede con la exclusión probatoria y el análisis de la cadena de custodia?

Es lógico que si se pretende un ateste o declaración anticipada se haga en forma plena, agotándola al máximo, pues no habrá otra oportunidad quizá; luego entonces, a la luz de dicho numeral se podrá interrogar sobre personas, documentos u objetos (armas, ropas, cosas y más), claro, siempre que el testigo o perito lo haya referenciado previamente en la entrevista o informe (ya que es la única forma en que se podrán incorporar al juicio como medio demostrativo), invitándolos a reconocerlos o a informar sobre ellos, en forma parecida con lo que sucede en la técnica de investigación del reconocimiento o procedimiento de confrontación.

Lo mismo sucederá cuando resulte necesario acreditar la autenticidad e identificación de documentos; es decir, durante el desahogo del ateste o declaración del perito, podrá exhibirse algún documento para que informe o lo reconozca, por lo que al ofrecer el ateste anticipado, se debe solicitar la citación de la persona que ha de autenticar dicho medio representativo (documento), como es de advertir la declaración anticipada no es sólo eso, su desahogo requiere también el de otros medios de prueba como hemos sostenido, esto ni siquiera se prevé en el Código multicitado, pero es algo lógico, toda vez que el ateste no se podrá volver a reproducir, y es necesario que ocurra plenamente como si se tratara de la audiencia de debate.

Ahora bien, la prueba anticipada no es sólo el desahogo anticipado, en virtud de que, se pueden ofertar con motivo de ésta otros medios accesorios (documentos, armas prendas, objetos, entre otros, que se van a utilizar en el ateste anticipado), por lo que el Juez de control también deberá valorar su idoneidad y sobre todo su licitud, haciendo incluso un pronunciamiento anticipado de su exclusión. Lo anterior se sostiene (insisto) en concordancia con lo que establece el numeral 280 segundo párrafo que a la letra dispone *“...en su caso admitirá y desahogará la prueba en el mismo acto otorgando a*



las partes todas las facultades previstas para su participación en la audiencia de debate de juicio oral”, facultades que sin duda son las previstas con anterioridad, las cuales van más allá de los simples interrogatorios y contra interrogatorios claro está.

4.3.2 El desahogo anticipado de elementos probatorios cuando la naturaleza del delito así lo exija

El ya multicitado numeral 20 apartado A fracción III primer párrafo segunda parte de la Constitución Federal señala en esencia, que la ley secundaria establecerá los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada que “por su naturaleza” requiera desahogo previo; sin embargo, para el Código Procesal Penal mexiquense los únicos medios susceptibles de practica anticipada parece ser sólo la testimonial y la pericial, sin tomar en consideración otros elementos demostrativos que atendiendo a su naturaleza requieran anticipo jurisdiccional para su desahogo.

Bajo mi aprecio, el Código de enjuiciamiento penal para el sistema acusatorio del Estado objeto de estudio, debería dejar abierta la posibilidad de solicitar dicha práctica anticipada cuando la naturaleza del delito así lo amerite, sin que tal cantidad de excepciones a la inmediación probatoria implique el debilitamiento de a la rigurosidad del principio en comento, así pues, (insisto bajo mi criterio) podemos tomar los siguientes casos:

Propongo que en tratándose de delitos que atentan contra el pleno desarrollo de la personalidad y dignidad de las personas, contra la libertad sexual, trata de personas, secuestro, y en aquellos cometidos con medios violentos y ocasionen daños graves a la integridad física y moral de las persona, el Ministerio Público de oficio o a petición de la víctima u ofendido o del testigo, deberá determinar con ayuda de un especialista, la necesidad de solicitar su deposición, reconocimiento o ateste de forma anticipada, motivando en que la reiteración de su declaración durante el juicio oral, resultaría perjudicial para el desarrollo de su recuperación física o psicológica.



Lo anterior debe ser así, pues no podemos perder de vista, que se trata de delitos de alta lesividad para las víctimas u ofendidos principalmente, y las secuelas que su perpetración deja son de difícil superación, por tal motivo considero que deben desahogarse anticipadamente algunos elementos probatorios relacionados con ese tipo de delitos.

Cabe aclarar que no debemos confundir las diligencias de investigación, con el anticipo probatorio, así por ejemplo, en el delito de violación, en el que se requiere la práctica de la consecuente inspección, además de algunas pericias que no admiten demora (actos de investigación), éstas, no pueden considerarse como prueba anticipada según la naturaleza del delito motivada ante la inminente destrucción de evidencias o indicios por el transcurso del tiempo, si acaso podríamos considerarlos como peritajes irreproducibles y definitivos, en su caso, y aun de serlo, existiría la inminente obligación para el experto de comparecer a la audiencia de juicio para ser interrogado (acto de prueba), en tal caso el desahogo anticipado del medio de prueba, según la forma propuesta, sería la declaración de la ofendida ante el riesgo de que volver a declarar en la audiencia de juicio, le irroque un retroceso para la recuperación de su salud física o psicológica, para nada las pericias o diligencias urgentes requeridas por la naturaleza del delito, podrán ser motivo de prueba anticipada.

5 El rol de la prueba en el ejercicio de la acción penal y en la imposición de las medidas cautelares

5.1 La detención en flagrancia y la audiencia de control de detención

La figura del delito flagrante es definida implícitamente por la Carta Magna en el diverso 16 quinto párrafo, que en lo conducente señala *“Cualquier persona puede detener al indiciado, en el momento en que esté cometiendo el delito o inmediatamente después de haberlo cometido...”*, de la lectura del texto Constitucional se desprenden dos hipótesis a saber: la flagrancia en estricto sentido y la *cuasi* flagrancia, aunque apreciamos que ésta última no se regula con precisión, dejando a la ley secundaria dicha tarea; al respecto el numeral



187 del Código adjetivo penal mexiquense, señala en esencia que existe flagrancia (*stricto sensu*), cuando la persona es detenida al momento de estar cometiendo el hecho delictuoso, o bien, (*cuasi* flagrancia), cuando el indiciado es perseguido material, ininterrumpida e inmediatamente después de haberlo ejecutado, destacando que la ley secundaria impone la existencia de una persecución, material, inmediata e ininterrumpida para que se pueda configurar la *cuasi* flagrancia, disponiendo una mayor exigencia a dicha hipótesis.

El tema de la detención en flagrancia, tiene gran relevancia para el probatorio mismo que es parte central de nuestra investigación, en tal virtud, analizamos que una vez que el sujeto activo del delito es detenido en flagrancia, de inmediato, deberá gozar de ciertas garantías, si es detenido por la Policía o tan pronto se encuentre en presencia del Ministerio Público, si es el caso de que un particular lo haya asegurado.

Así las cosas, tenemos que desde el momento de su detención en flagrancia, el indiciado tendrá derecho a no declarar, o sea, no auto incriminarse¹⁰⁵; a que se le hagan saber los motivos de su detención¹⁰⁶; a comunicarse con su defensor¹⁰⁷ desde el momento de su detención incluso ante la Policía según lo dispone el numeral 175 del Código de Procedimientos Penales mexiquense; a que se le informen desde la detención los hechos que se imputan¹⁰⁸; a que se hagan saber sus derechos consagrados en los diversos numerales 20 apartados A y B del Pacto Federal, 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, 1° párrafo segundo, 7°, 8°, 153, 154 y 170 al 176 del Código Procesal Penal del Estado de México, entre otros, los cuales se deberán hacer saber por la Policía, quienes deberán leerlos al capturado y permitirle ejercerlos, suscribiendo además el acta sobre los derechos del detenido según se desprende del dispositivo 7.6.2.2 del Manual Básico de la Policía ministerial

¹⁰⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20 apartado B fracción II primera parte.

¹⁰⁶ *Ibidem.* artículo 20 apartado B fracción II segunda parte.

¹⁰⁷ *Ibidem.* artículo 20 apartado B fracción II parte tercera.

¹⁰⁸ *Ibidem.* artículo 20 apartado B fracción III parte primera.



(acuerdo del procurador número 01/2010) el Ministerio Público en el primer acto en que participe y por el Juez en el primer acto procesal, ello conforme a lo dispuesto por el diverso 154 del Código adjetivo penal antes citado.

Así luego, previo a realizar cualquier acto de investigación (so pena de exclusión o nulidad), el Ministerio Público, deberá velar por que se respeten dichos derechos fundamentales previo a cualquier actuación, lo anterior es así en virtud de lo proscrito por los diversos numerales, 1° segundo párrafo del Código en cita que dispone *“se entenderá por derechos fundamentales a los reconocidos por las constituciones federal o local, en los tratados internacionales celebrados y en las leyes que de aquellas emanen”*, este precepto nos señala lo que debe entenderse por derechos fundamentales.

Ahora si concatenamos lo anterior con el diverso 20 apartado A fracción IX de la Carta Magna que dispone *“cualquier prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales será nula”* desprendemos que las actuaciones ministeriales, después medios de prueba en atención al desarrollo de ésta durante el proceso, sólo serán válidas si se respetaron dichos derechos fundamentales, de los que goza toda persona indiciada desde el momento en que sea detenido en flagrancia.

Al finalizar el estudio de la técnica de investigación del allanamiento o cateo hicimos referencia a una excepción a la orden judicial de cateo en los casos de delito flagrante; así las cosas, el Código adjetivo penal para el Estado de México, no prevé tal facultad para la Policía, aunque encontramos que el numeral 6.4.3 del multicitado Manual de la Policía ministerial prevé los casos en que no se requiere orden judicial de cateo para que la Policía pueda actuar dentro de un domicilio particular, para los caso de delito flagrante, a saber: cuando obre el consentimiento del propietario o tenedor legítimo, debidamente acreditados y en casos urgentes como inundaciones o incendios, sin que disponga con precisión ningún requisito o estándar probatorio para su procedencia, afortunadamente la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto, en esencia, que tratándose de delito flagrante y con



fundamento en que la demora puede hacer ilusoria la investigación de delito, la autoridad policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse a un domicilio particular en el que se está ejecutando un delito, pues el Estado como garante de los bienes de la sociedad debe actuar de inmediato en casos de flagrancia, de ahí la importancia que toma la detención en flagrancia para el tema probatorio; por lo que en esas condiciones los medios de prueba obtenidos como consecuencia de la intromisión de la autoridad en un domicilio sin contar con el mandamiento escrito, motivada por la comisión de un delito flagrante, tienen eficacia probatoria, aun cuando no exista dicha orden.

Debiendo precisarse que tratándose de ese allanamiento motivado por la comisión de un delito flagrante se debe contar con datos ciertos o validos que motiven la intromisión; es decir, el Juez debe contar con los elementos que le permitan llegar al convencimiento de que efectivamente se trató de flagrancia, pues de no acreditarse tal situación las fuentes de prueba recabadas durante dicha irrupción del domicilio carecerán de eficacia probatoria, esta tesis de jurisprudencia es localizable en el Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, Novena Época, Tesis de Jurisprudencia, Página: 224.

“INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS, CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA.

Si bien, la diligencia de cateo prevista en el octavo párrafo del artículo 16 Constitucional presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación ministerial y la probabilidad de que en el domicilio que se registrará se encuentra el sujeto activo o los objetos relacionados con el ilícito; ello no sucede en todos los casos, pues tratándose de flagrante delito, con fundamento en que la demora puede hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, la autoridad policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio particular en el que se está ejecutando el delito, ya que en ese caso, el propio artículo 16 Constitucional



señala expresamente una excepción al respecto al permitir a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado, además de que el Estado -como garante de los bienes de la sociedad- debe actuar de inmediato en casos de flagrancia; por lo que en esas condiciones, los medios de prueba obtenidos como consecuencia de la intromisión de la autoridad a un domicilio sin contar con orden de cateo, motivada por la comisión de un delito en flagrancia, tienen eficacia probatoria, ya que al tratarse de hipótesis distintas, a efecto de determinar su valor probatorio, no se aplican las mismas reglas que tratándose de un cateo precedido por una investigación ministerial. Así, las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 Constitucional, carecen de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irrumpen en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia tienen eficacia probatoria, aun cuando no exista orden de cateo. Debiendo precisarse que tratándose del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia, ésta debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio sin orden de cateo, los cuales deben aportarse en el proceso en caso de consignarse la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez tenga elementos que le permitan llegar a la convicción de que efectivamente se trató de flagrancia, pues de no acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante dicha intromisión, carecen de eficacia probatoria.”

5.2 Prohibición de incomunicación

Esta garantía se encuentra prevista por el artículo 20 apartado B fracción II tercera parte de la Constitución General de la República, 13 primer párrafo y 153 fracción II tercera parte del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, que prohíben y sancionan toda incomunicación, intimidación o tortura, en aras de privilegiar una defensa adecuada, a la que tiene derecho toda persona imputada, tal como se desprende del numeral 8° cuarto párrafo



primera parte del último ordenamiento legal en cita que proscribe: *“integra el derecho a la defensa, el derecho del imputado a comunicarse libre y privadamente con su defensor.”*, como previamente se ha sostenido, estas garantías deben observarse desde el momento que se señale a una persona como posible autor o participe del hecho punible, e incluso hasta la ejecución de la sentencia; es decir, desde la práctica de cualquier actuación policial, ministerial o judicial, esto con fundamento en lo estatuido por el primer párrafo del artículo precitado, así, para que el imputado goce de esa garantía, el Código que se estudia ha facilitado el nombramiento e intervención de los defensores, pues el artículo 175 del multicitado ordenamiento Procesal Penal para el Estado de México, señala: *“El defensor tendrá derecho, incluso ante la policía, a entrevistarse privadamente con el imputado desde el inicio de su detención.”*

Cabe destacar que la comunicación a la que tiene derecho el imputado no se limita únicamente a su defensor, como en apariencia lo deje ver el numeral 153 fracción VIII parte *in fine*, sino que dicha comunicación inmediata y efectiva se hace extensiva para familiares, miembros de alguna asociación, agrupaciones o entidad a la que deseé informar su detención, ello con fundamento en el diverso 153 fracción XI del Código Procesal Penal para el Estado de México.

A su vez el numeral 7° primera parte de la Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura en el Estado de México, prevé que a petición de la persona privada de su libertad, de su defensor o de un tercero, podrá ser examinado por un médico facultativo de su elección, por lo que la comunicación no se limita a su defensor solamente.

Cabe destacar que con la implementación de la reforma judicial, se regula con mayor precisión el nombramiento del defensor y la comunicación de peticiones u observaciones cuando el imputado se encuentre privado de su libertad, circunstancias que con el sistema procesal penal anterior se complicaba y más aún, que un tercero pudiese solicitar peticiones a favor del imputado cuya libertad fue restringida, por tal motivo incluso se debían invocar otros ordenamientos normativos como la Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura en



el Estado de México o incluso la Ley de Amparo, ordenamientos que facultan la actuación de un tercero a favor del indiciado privado de su libertad.

Ahora, se advierte que el Código adjetivo penal para la entidad objeto del presente trabajo, ya prevé tal situación destacando lo dispuesto por el numeral 7° cuarto párrafo primera parte el cual dispone que *“Cuando el imputado esté privado de su libertad, el encargado de custodiarlo, comunicara al juez o al tribunal, en forma inmediata, las peticiones u observaciones que aquel formule, y le asegurara la comunicación con su defensor.”* Lo cual es muy benéfico para el sistema y sobre todo para el imputado.

También se aprecia que el artículo 170 del mismo ordenamiento procesal penal en comento señala que *“Cuando el imputado esté privado de su libertad cualquier persona podrá proponer, por escrito, ante la autoridad actuante la designación de un defensor...”*, lo anteriormente establecido por éste artículo, es muy importante para garantizar el derecho a la no incomunicación y sobre todo para la defensa adecuada, ya que el segundo párrafo del mismo artículo faculta al defensor propuesto por un tercero, el actuar de manera provisional ante la urgencia.

La comunicación que con el defensor tenga el indiciado o imputado (dependiendo de si ya se formuló la imputación), es de gran trascendencia procesal al menos para el tema probatorio, toda vez que esto permite la formulación de una teoría del caso adecuada, para incluso evaluar la posibilidad de un confesión, por así resultarle más benéfico, también permite al defensor tener el conocimiento de los hechos (al menos la versión del investigado), para estar en aptitud de incorporar datos de prueba a la carpeta de investigación, pensando en las audiencias por venir.

Así tenemos, que la comunicación entre imputado y defensa tiene una gran trascendencia, máxime cuando el Ministerio Público basa su acusación en la confesión del imputado y la defensa demuestra que dicha garantía (de comunicación) no se observó, luego, la incomunicación del imputado con las



personas a las que tiene derecho, genera la invalidez de la confesión, además de la ilicitud de los datos de prueba que se hayan obtenido con motivo de la violación de este derecho fundamental, en atención a lo previsto por el diverso 20 apartado A fracción IX de la Carta Magna.

Ahora, al estudiar la figura de la flagrancia referimos un tipo de incomunicación que se actualiza por una detención prolongada (a la cual nos referimos bajo la denominación de incomunicación presunta), o propiamente dicho por la ausencia de inmediatez entre el tiempo de la detención y el de la puesta a disposición, ésta se genera por la presunción jurisprudencial localizable en el Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de circuito, Novena Época, Tesis Aislada, Página: 2684.

“DETENCIÓN PROLONGADA. EL HECHO DE QUE LOS AGENTES CAPTORES RETENGAN AL INDICIADO POR MÁS TIEMPO DEL QUE RESULTA RACIONALMENTE NECESARIO, EN ATENCIÓN A LAS CIRCUNSTANCIAS PROPIAS DE LA DISTANCIA Y LA DISPONIBILIDAD DEL TRASLADO GENERA PRESUNCIÓN FUNDADA DE INCOMUNICACIÓN Y AFECTACIÓN PSÍQUICA DEL INculpADO Y, POR ENDE, SU CONFESIÓN MINISTERIAL CARECE DE VALIDEZ.

El cuarto párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que en los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Tal previsión implica la existencia de una garantía de inmediatez en la presentación del detenido ante la autoridad tan pronto sea posible, en aras de darle seguridad legal acerca de su situación particular. En ese tenor, si existen datos fehacientes de que los agentes captores retuvieron al indiciado por más tiempo del que resultaba racionalmente necesario, en atención a las circunstancias propias de distancia y disponibilidad de traslado, resulta inconcuso que dicha circunstancia genera presunción fundada de que el detenido estuvo incomunicado y que en ese periodo sufrió afectación psíquica



por el estado de incertidumbre en cuanto a su seguridad jurídica y personal, dada la retención prolongada a la que estuvo sometido, lo que trasciende al estado psico-anímico en el que rindió su declaración ministerial y, por ende, su confesión respecto de los hechos que se le imputan carecerá de validez.”

Se concluye que la confesión rendida y en general los elementos probatorios que de ésta se deriven, carecerán de todo valor probatorio, en virtud de la detención prolongada que trae aparejada la presunción de incomunicación en los términos previstos, ahora, si bien es cierto con la reforma judicial desapareció la figura de la declaración y confesión a nivel ministerial, no menos cierto resulta el hecho de que para efectos de combatir las actuaciones derivadas de dicha violación de derechos fundamentales resulta de gran utilidad dicho argumento de la incomunicación presunta.

5.3 Audiencia de calificación de detención

Hemos analizado la importancia que tiene la actuación de la Policía en los casos de detención en delito flagrante sin orden de cateo, por lo que hace a la obtención de fuentes de prueba, así como la imperiosa necesidad de que el Ministerio Público acredite que sus actuaciones fueron motivadas por la existencia de la flagrancia.

Así las cosas tenemos que, la decisión judicial en la que se califica la detención y actuaciones que hayan tenido lugar con fundamento en la flagrancia, reviste una gran trascendencia procesal en el tema probatorio, toda vez que, al calificar la detención el juzgador de control estará presuntamente y sin mayor mérito convictivo que la probabilidad, ubicando al investigado en las circunstancias de modo tiempo y lugar en la que se cometió en delito y, virtualmente el Ministerio Público tendrá garantizado el éxito de la investigación inicial (propiciado también por la reducción del estándar probatorio), en virtud de que, los datos de prueba recabados y las fuentes de prueba descubiertos tendrán eficacia demostrativa (siempre que estén ajustadas a derecho), al menos hasta para la vinculación a proceso; mientras que por otro lado, una descalificación de la



detención, por no colmarse los extremos de la flagrancia o *cuasi* flagrancia implicaría un rotundo fracaso de la investigación inicial, en razón del desvanecimiento de todas las actuaciones de investigación, pues se estarán realizando (los actos de investigación o datos de prueba) y desprendiendo de una detención ilícita, vulnerando los derechos fundamentales.

Ahora bien, para efectos de la calificación de la flagrancia el artículo 188 cuarto párrafo primera parte señala que *“El ministerio público pondrá a disposición del juez al retenido dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.”*

Durante este plazo Constitucional la representación social realizara las diligencias más indispensables para allegarse de los datos de prueba que le permitan sustentar, primeramente la licitud de la detención y por ende la formulación de imputación, la solicitud de medidas cautelares y la vinculación a proceso, dentro del mismo término la defensa también podrá incorporar datos de prueba para controvertir la peticiones del Ministerio Público, finalizando el plazo la representación social de inmediato, pondrá a disposición del Juez de control al retenido según lo dispone el numeral 191 primer párrafo del multicitado Código adjetivo penal mexiquense *“inmediatamente que el imputado detenido en flagrancia o caso urgente sea puesto a disposición del juez de control éste deberá convocar a una audiencia en la que se informara de sus derechos constitucionales y legales si no se le hubiese informado de los mismos con anterioridad y procederá a calificar la detención...”*

De lo transcrito con anterioridad desprendemos que en dicha audiencia de calificación de detención el juez de control le hará saber los derechos de los que goza toda persona indiciada, en el supuesto de que no se le hubieren informado.

Cambiando de ideas, en la práctica acontece que una vez individualizadas las partes se deben corroborar la asistencia de ellos, destacando que la inasistencia del Ministerio Público a dicha audiencia trae como consecuencia la liberación del imputado en términos del numeral 191 segundo párrafo parte



segunda del Código Procesal Penal del Estado de México, ahora bien, el juzgador (para verificar que el investigado goce de la garantía de defensa adecuada), preguntara al defensor si tuvo oportunidad de consultar la carpeta de investigación o si considera prudente solicitar un receso para imponerse del contenido de la carpeta, así como comunicarse en privado y de manera confidencial con el indiciado para preparar adecuadamente su defensa, sin perjuicio de que el propio defensor lo solicite; lo anterior en concordancia con lo establecido por los numerales 20 apartado B fracción VI párrafo primero y segundo parte segunda del Pacto Federal, 7°, 8°, 153 fracción VIII parte primera y final y 175 del Código instrumental penal para la entidad que se estudia. El juzgador dará un receso prudente para tales efectos y reanudará la audiencia después de ello.

Hecho lo anterior el juzgador otorgará el uso de la palabra al representante social para que exponga las circunstancias de la detención, siendo sobre lo único sobre lo que deberá versar esta audiencia; es decir, el Ministerio Público deberá hacer exposiciones sobre la detención y la existencia de la flagrancia mientras la defensa deberá limitarse a contravenir dichos extremos (no ubicando al indiciado en las circunstancias de modo tiempo y lugar; a desvirtuar los elementos de la *cuasi* flagrancia, alegando la inexistencia de la persecución, su materialidad, la interrupción de ésta o bien, la ausencia de inmediatez entre el momento de la comisión del delito y su aseguramiento, entre otras circunstancias alegables).

También podrá combatir la detención redarguyéndola de ilicitud (ello en virtud de la incomunicación presunta, que se actualiza por la inexistencia de la inmediatez entre el momento de la detención y el de la puesta a disposición); a su vez, podrá (la defensa) solicitar la descalificación de la detención cuando ésta se realice con motivo de una inspección de personas o vehículos; cuando no haya sido practicada conforme a los requisitos previos para su procedencia, es decir, la existencia de una investigación delictiva previa a la inspección, la inexistencia de indicios suficientes para proceder a la inspección, la



consecuente invitación a la exhibición de los objetos o evidencia buscada o bien cuando bajo la existencia de la oposición a una inspección ésta se haya practicado sin la autorización del Juez de control, entre otras cuestiones, pero las alegaciones siempre deberán versar sobre la detención y la flagrancia, pues en caso contrario el juzgador impedirá tales alegaciones, ajenas a la materia de la audiencia con fundamento en lo dispuesto por el artículo 63 párrafo *in fine* del citado Código Procesal Penal mexiquense.

Lo anterior no se torna nada sencillo, pues no debemos perder de vista que el artículo 63 segundo párrafo del ordenamiento legal antes citado, prohíbe al Juez de control revisar la carpeta de investigación antes de dictar sus resoluciones, a menos que exista controversia respecto de su contenido, aunado a que, en estas audiencias no se pueden ofertar medios de prueba (salvo una excepción que aseguro no es el caso), aunque incorrectamente aún se ve en la práctica, propiciado por el desconocimiento del sistema, ahora, si no se pueden ofertar medios de prueba en la audiencia que califica la detención ¿Cómo es que combatirá la defensa la ausencia de flagrancia o la detención ilícita? Si tomamos en cuenta que el Ministerio Público ya habrá expuesto los datos de prueba que obran en la carpeta de investigación con los que sustentara la detención.

La respuesta es muy sencilla y lógica según mi apreciación, recordando que los actos de prueba sólo pueden tener lugar en la audiencia de juicio oral, además que durante esta etapa se trabaja con la primera fase de la prueba (en construcción); es decir, con los datos de prueba (resultado de las técnicas ministeriales), por tal motivo considero que la forma correcta de combatir la flagrancia será (según mi apreciación insisto) que durante el plazo constitucional de las cuarenta y ocho o noventa y seis horas, según sea el caso, en que el sujeto investigado se encuentre a disposición de la representación social la defensa incorpore datos de prueba, pese a que ningún artículo del Código Procesal Penal mexiquense ni Constitucional prevean posibilidad de que el inculpado pueda incorporar datos de prueba a la carpeta de investigación



durante este plazo; empero, es evidente que lo puede hacer, ya que el numeral 20 apartado C fracción II del Pacto Federal le otorga dicha facultad expresamente a la víctima o al ofendido, por lo que, si se le otorga tal derecho a ellos, con mayor razón se la debe otorgar al imputado y a la defensa, más allá de que no se proscriba expresamente sino hasta después de formulada la imputación (artículo 160 fracción IV del Código Procesal citado); también podrá solicitarse la práctica de diligencias (lo cual hemos visto no puede confundirse con el ofrecimiento de medios probatorios).

Así las cosas, cuando el Juez de control otorgue el uso de la palabra a la defensa para que se manifieste respecto de lo expresado por el agente del Ministerio Público el defensor deberá argumentar (según su estrategia de defensa) por qué no debe calificar la detención, exponiendo las circunstancias de la ausencia de flagrancia, la ilicitud de la detención y, en su caso, para robustecer los argumentos, la incomunicación en estricto sentido o su presunción legal, con base en los datos de prueba incorporados a la carpeta de investigación, esta sería (al menos a mi criterio) la forma correcta de buscar la descalificar la detención, toda vez que, el juzgador de control no sólo valorara la racionalidad de los argumentos de la defensa sino que estos tendrán un sustento probatorio con los datos de prueba incorporados durante el plazo constitucional, los cuales pueden hacerse valer en la audiencia respectiva, sin que ello implique un ofrecimiento de elementos demostrativos ni la violación a la prohibición de revisar la carpeta de investigación.

En relación con lo anterior, cabe recordar que cuestionábamos lo inherente a que el Juez de control no pueda revisar la carpeta de investigación antes de emitir sus resoluciones, excepto que exista controversia respecto de su contenido; sin embargo, en el párrafo anterior sostuvimos que los argumentos de la defensa deberán ser sustentados con datos de prueba en la propia audiencia, aparentemente suena contradictorio, pero no lo es, ya que el artículo 63 segundo párrafo del Código Procedimental Penal mexiquense, señala “...el Ministerio Público, durante la audiencia, podrá apoyarse en la proyección de los



medios de investigación, en instrumentos digitales de los elementos en que funda su pretensión y que obran en la carpeta de investigación, a efecto de que el Juez y demás intervinientes puedan constatar su contenido”

La redacción del precepto citado no es muy claro, pero entendiendo que los elementos que fundan las pretensiones del Ministerio Público que además obran en la carpeta de investigación no son otra cosa que los datos de prueba, podemos precisar que dicho numeral faculta al órgano de investigación para que en las audiencias (previas a la de juicio por supuesto), pueda proyectar los datos de prueba ya digitalizados; es decir, la representación social, podrá escanear o guardar en cualquier soporte datos de prueba a fin de ser mostrados a través de un dispositivo de audio y video para su virtual proyección.

Ahora el dispositivo en comento otorga esta facultad al órgano de investigación y no a la defensa, lo que sin duda contraviene el debido proceso, en lo inherente a la igualdad procesal prevista por el artículo 20 apartado A parte *in fine* de la Constitución Federal, también contraviene el principio de contradicción establecido en los numerales 20 apartado A fracción IV segunda parte del ordenamiento en cita y 4° inciso b) del Código Procedimental Penal mexiquense, aunado a que no se encuentra acorde con el tipo de proceso adversarial que implica una contienda entre las partes en situación de igualdad procesal, que pregona el numeral 2 inciso b) del último ordenamiento legal invocado

Por lo anteriormente referenciado, es necesario que se reforme el artículo 63 segundo párrafo del Código instrumental penal mexiquense, otorgando a la defensa la facultad de poder proyectar datos de prueba incorporados a la carpeta de investigación, aunque dicha omisión legal, no es óbice para que la defensa del inculcado incorpore datos de prueba durante la investigación para en su momento proyectarlos en la audiencia, pues pese a que dicho numeral no otorga ese derecho a la defensa (traduciéndose en una desigualdad procesal), el numeral 16 párrafo final del ordenamiento pre citado, impone a los jueces la



obligación de preservar la igualdad entre las partes, incluso removiendo los obstáculos que la impidan.

En otro orden de ideas, cabe hacer mención que contra el auto que califica de legal la detención en flagrancia, procede el juicio de amparo indirecto, con fundamento en el numeral 114 fracción IV de la Ley de Amparo, al tratarse de un acto que tiene ejecución de imposible reparación; ello en virtud de que, la calificación de la detención inminentemente traerá aparejada la formulación de la imputación, una posible medida cautelar e incluso la vinculación a proceso, lo anterior es así, al tomar en cuenta que el juzgador en la misma audiencia en que habrá de calificar la detención, tendrá que formularse la imputación e incluso la vinculación a proceso, tal y como lo dispone el diverso 289 tercer párrafo del Código de enjuiciamiento penal para la entidad objeto de estudio.

Ahora, quizá haya quien, no comparta el criterio anterior, en el sentido de pensar que resulta inútil la impugnación de este proveído que califica la detención a través del juicio de amparo indirecto, lo cierto es que (insisto), al menos bajo mi óptica, la descalificación de la detención trae como consecuencia la inmediata libertad del indiciado, y además que las actuaciones de investigación se nulifiquen por venir de una detención que violó derechos fundamentales viciándose de origen, de ahí que considere la importancia que tiene en materia probatoria la calificación o descalificación del aseguramiento en flagrancia del imputado.

Así, más allá de la dificultad que se presenta en la interposición de la demanda de amparo en contra de este acto reclamado, en virtud de que se actualiza la causal de improcedencia por cambio de situación jurídica cuando se dicta el auto de vinculación a proceso, tal y como lo señala el criterio de los tribunales colegiados de circuito, localizable en: Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tesis Aislada, Página: 2199.

“RATIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN. EL AMPARO EN SU CONTRA DEVIENE IMPROCEDENTE, POR CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA, CUANDO CON



POSTERIORIDAD SE DICTA AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO
(LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA).

El nuevo sistema de procedimiento penal para el Estado de Chihuahua se divide en tres etapas (investigación, intermedia o de preparación del juicio y de juicio oral o audiencia de debates). En la etapa de investigación corresponde al Ministerio Público llevar a cabo todos los actos tendientes a esclarecer la verdad de los hechos materia de la denuncia y/o querrela para preparar debidamente la acusación. Una vez realizada la imputación, el órgano jurisdiccional (Juez de Garantía) tiene la obligación Constitucional de resolver la situación jurídica del imputado (vinculándolo en su caso a proceso) en los términos y condiciones previstos en el numeral 19 de la Carta Magna, vigente para aquella entidad a partir del 19 de junio de 2008, y su correlativo artículo 280 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado. Ahora bien, con el dictado del "auto de vinculación a proceso" se provoca un cambio de la situación jurídica que tenía el quejoso al momento en que se ratificó su detención, pues es evidente que dicho auto, en el caso, tiene un efecto similar al auto de formal prisión, ya que lo vincula a un proceso, y si bien el auto vinculatorio no trae implícita en todos los casos la prisión preventiva, pues el Juez de Garantía está facultado para dictar diversas medidas precautorias que afecten la libertad personal del sujeto, incluso después de su dictado en el supuesto de que el Ministerio Público las solicitara (prisión preventiva, arraigo domiciliario o cualquier otra que restrinja su libertad), empero, ello no impide que la emisión del auto de vinculación a proceso produzca una nueva situación jurídica en el ahora inconforme, pues conforme al artículo 281 del invocado código, cuando no se reúna alguno de los requisitos de ley, el Juez debe negar la vinculación del imputado, lo que genera como consecuencia ineludible la revocación de las medidas cautelares personales y reales que hubiese decretado; luego, si el acto reclamado consiste en la resolución que determinó aquella calificación, pero en la misma causa la autoridad jurisdiccional dicta el mencionado auto de vinculación, es claro que la libertad del inculcado ahora se rige por esta resolución y no por la que calificó de legal su detención y, por



tanto, sobreviene la causal de improcedencia por cambio de situación jurídica prevista en la fracción X del artículo 73 de la Ley de Amparo.”

Pese a estas circunstancias de temporalidad que pueden dificultar la interposición del juicio de amparo, es importante la actuación de la defensa, en el sentido de actuar inmediatamente que el inculpado es detenido, cuando no se advierta la flagrancia, sin esperar la emisión del auto que califique esta detención; es decir, con fundamento en el diverso 136 párrafo tercero primera parte de la Ley de Amparo, se puede combatir a través del amparo indirecto la detención en ausencia de flagrancia, consiguiendo incluso la inmediata libertad del indiciado si del informe previo no se advierte su existencia, de ahí la importancia de incorporar datos de prueba durante el plazo Constitucional aludido, para que no sea necesario esperar el auto que califique la detención, con la zozobra de que se va actualizar un cambio de situación jurídica.

5.4 Citación para la formulación de imputación

Uno de los objetivos de la presente investigación es analizar (aunque de forma somera) el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, al menos en el Estado de México; así pues, abordamos algunos tópicos como éste, los cuales en apariencia nada tienen que ver con el tema probatorio, lo anterior se hace sin la intención de rellenar inútilmente el trabajo, sino por considerar necesario seguir analizando el desarrollo de la prueba, en un orden más o menos secuencial, sin dar saltos abruptos entre las etapas procesales, hecha esta aclaración continuamos con el tema que nos atañe.

Una vez que el Ministerio Público ejercita la acción penal, hemos visto que si ésta se realiza con detenido deberá ponerse éste a disposición del Juez de control, para que una vez calificada de legal la detención se proceda a formular la imputación; ahora bien, en caso que el representante social ejercite la acción penal sin detenido, deberá solicitar al Juez que controla la investigación cite al indiciado, a una audiencia para que se le formule la imputación respectiva, apercibido que de no comparecer se le librará la orden de aprehensión o



comparecencia, también la representación social, podrá solicitar el libramiento de la orden respectiva sin previa citación, lo cual analizaremos más adelante, limitándonos a abordar la hipótesis de la citación.

El artículo 290 primer párrafo del Código instrumental penal para el Estado de México, señala en esencia que si el Ministerio Público desea formular imputación a una persona que no se encuentre detenida, solicitara al Juez de control la celebración de una audiencia, esto se actualiza cuando la representación social ejercita la acción penal sin detenido, ya sea porque el investigado no haya sido detenido en flagrancia o habiendo sido detenido en ésta, el órgano de investigación lo haya dejado en libertad por no contar con los datos de prueba suficientes, situación que prevé el numeral 188 cuarto párrafo del ordenamiento legal precitado.

A esta audiencia se citara al indiciado solicitándole que comparezca acompañado de su defensor, con el apercibimiento de que de no comparecer se ordenara su aprehensión o comparecencia¹⁰⁹; sin embargo, en delitos que ameriten la prisión preventiva oficiosa, con fundamento en los diversos 19 segundo párrafo parte segunda del Pacto Federal y 194 del Código Procesal Penal mexiquense, así como en los caso en que su asistencia a la audiencia pudiera verse demorada o dificultada (como en el caso de los delitos graves ante el temor de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia), el juzgador de control podrá ordenar el libramiento de la orden respectiva sin previa citación¹¹⁰.

5.5 Libramiento de la orden de aprehensión

Este acto de molestia tiene por objeto que el investigado o imputado (dependiendo de si ya se formuló la imputación), sea puesto a disposición del Juez de control para que se formule la imputación (principalmente) o para que quede bajo alguna medida cautelar distinta de la que ya tenía, ahora, tomando el primer caso (que se le formule imputación), esta consistirá en comunicarle al

¹⁰⁹ *Ibidem.* artículo 290 segundo párrafo.

¹¹⁰ *Ibidem.* artículo 184 primer párrafo.



indiciado que se encuentra sujeto a una investigación, dicho acto se encuentra regulado por el diverso 16 párrafo tercero de la Constitución Federal, el cual exige para su libramiento; la denuncia o querrela del hecho delictuoso; que este sea sancionado con pena privativa de la libertad, a diferencia de la orden de comparecencia, que exige pena alternativa, destacando que dicha figura no se encuentra contemplada en el Código adjetivo penal para la entidad en estudio, pues apenas se menciona en el ordinal 290 segundo párrafo del ordenamiento en cita; también requiere que obren datos (de prueba) que establezca que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito; además de la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión.

Del texto Constitucional se desprende la comentada reducción del estándar probatorio, para el libramiento de la orden de aprehensión, los cuales hemos analizado con anterioridad, destacando la facilidad con que se podrá ordenar dicho acto de molestia, sin que ello pueda implicar una antinomia con el principio de presunción de inocencia. También se ha estudiado en el punto anterior los casos en que la orden judicial de captura ha de librarse sin que obre previa citación.

Cuando el Ministerio Público pretenda solicitar el libramiento de dicha orden, en tratándose de delitos en los que no deba mediar la citación para audiencia de formulación de imputación, éste deberá pedir al Juez de control la celebración de una audiencia privada para el libramiento de orden de aprehensión¹¹¹, la privacidad de dicha audiencia se debe a que el órgano jurisdiccional estima que debe guardarse sigilo para su éxito, esto con fundamento en el numeral 104 del ordenamiento Procesal Penal mexiquense, resolviendo su emisión dentro de las veinticuatro horas desde su solicitud o excepcionalmente veinticuatro horas después de la audiencia ordenando su suspensión¹¹².

¹¹¹ *Ibidem.* artículo 186 primer párrafo primera parte.

¹¹² *Ídem.*



5.6 La reclasificación del delito con motivo del libramiento de la orden de aprehensión

El artículo 186 primer párrafo parte *in fine* del Código de Procedimientos Penales del Estado de México estatuye que: “*En la resolución el juez podrá dar una clasificación jurídica distinta a los hechos que la motivan y a la intervención del imputado*”.

Ahora dicha reclasificación judicial del delito y del grado de participación o autoría, entra en conflicto con el sistema acusatorio por el momento procesal en que tiene lugar, aunado a que no tiene sustento Constitucional, al respecto el jurista Sotomayor López refiere que es “...violatorio del diverso 19 Constitucional en su primer párrafo, se le llama, reclasificación del delito; llama la atención, porque, todavía no se dicta la prisión (sic) la vinculación a proceso, en virtud de que es, hasta esa etapa donde se establece el delito o delitos...”¹¹³,

Así, vemos que la reclasificación de los hechos se torna inconstitucional al menos durante esta etapa procesal; toda vez que, aún no se ha fijado el delito, lo que sin duda genera una problemática al Ministerio Público y a la defensa, si tomamos en cuenta que cada una de las partes ya cuenta con datos de prueba y con una estrategia o teoría del caso, y anué si bien es cierto, que dicha reclasificación no puede variar los hechos materiales, en términos del numeral 160 fracción XVI segundo párrafo de la Ley de Amparo, también lo es que esos hechos materiales, aún no se encuentran fijados, y que por tal motivo el juzgador no está en aptitud de variarlos, pues será él (Juez) y no el Ministerio Público quien estaría motivando los hechos para librar una orden de aprehensión.

Ahora bien el jurista antes citado, propone una solución a dicha problemática, para tales efectos señala: “...en todo caso lo que debe hacer el juzgador es llamar la atención del Ministerio Público sobre la petición que realiza o

¹¹³ Práctica Forense de Derecho Penal y la Reforma Judicial, p 142.



propiamente establecer que el delito que refiere es incorrecto, dándole un plazo para que corrija su solicitud (pero no reclasificar)...¹¹⁴.

Sin lugar a dudas compartimos el criterio del autor; a pesar de que algunos consideren que la facultad que tiene el juzgador de dar una clasificación jurídica distinta a los hechos, resulta benéfico para una justicia pronta expedita y eficaz, en pro de evitar la impunidad por formalismos innecesarios; en lo particular, creo que ello no puede considerarse así, al recordar, que según Luigi Ferrajoli, un sistema procesal acusatorio tiene como característica que los jueces sean verdaderos sujetos pasivos, rígidamente separados de las partes, por lo que dicho criterio que pregona que la reclasificación es benéfica, no se adapta para nada al tipo de proceso, porque el juzgador estará perdiendo la imparcialidad al realizarle el trabajo a la representación social.

Cabe destacar que en caso de que la solicitud de la orden de aprehensión no reúna alguno de los requisitos, el Juez prevendrá al Ministerio Público para que los precise o los aclare y en caso de que el juzgador considere que los hechos que la motivan son atípicos, no procederá a la prevención.

5.7 La presentación voluntaria del indiciado

Cuando el Ministerio Público haya ejercitado la acción penal sin detenido y se hubiese librado la orden de captura correspondiente, el indiciado contra quien se hubiere librado ésta, podrá ocurrir ante el Juez de control competente a efecto de que sea escuchado y se le formule imputación¹¹⁵, la presentación espontánea del sujeto a investigación genera la presunción de buena fe; es decir, demuestra su deseo de someterse a un proceso penal para responder por los actos que se le atribuyen o bien para argumentar su inocencia.

La presentación voluntaria de la persona contra quién se libra una orden de aprehensión, resulta benéfica para éste, pues desvirtúa cualquier posible

¹¹⁴ *Ídem.*

¹¹⁵ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 183 primer párrafo.



presunción o argumento del Ministerio Público en el sentido de afectar el desarrollo de la investigación, dificultar o verse demorada su comparecencia durante el proceso, pues la actitud del indiciado no deja ver la intención de sustraerse a la acción de la justicia; lo anterior es así, en virtud de que el diverso 183 segundo párrafo del Código Procesal Penal mexiquense privilegia dicha conducta, ya que, según el caso, (sólo para delitos que no ameriten prisión preventiva oficiosa ni se requiera asegurar la reparación del daño ni la protección de la víctima, ofendido o testigos, a que se refiere el ordinal 180 primer párrafo del ordenamiento en cita), el Juez podrá ordenar que se mantenga la libertad e incluso eximirlo de la imposición de medidas cautelares personales.

5.8 La formulación de imputación

La formulación de imputación es definida como *“...la comunicación que el ministerio público efectúa al indiciado en presencia del juez de control, de que se desarrolla una investigación en su contra, respecto de su probable intervención en uno o más hechos delictuosos determinados.”* Así lo dispone el diverso 288 del Código Procesal Penal mexiquense.

Ahora bien, esta comunicación debe cubrir con ciertos requisitos como la presencia de las partes, que se realice en audiencia y la más importante que se realice ante el Juez que controla la investigación, sólo en estas condiciones será formalmente una imputación, sin que pueda confundirse ésta, con la comunicación que le hace al indiciado en el momento de su detención sobre los hechos que se le imputan, lo anterior en términos del numeral 20 apartado B fracción III primera parte de la Carta Magna.

5.8.1 Audiencia de formulación de imputación

Hemos comentado que una vez que el Ministerio Público haya ejercitado la acción penal con detenido, el Juez de garantía deberá convocar a una audiencia para calificar la detención y en caso de considerarla ajustada a derecho procederá a formular la imputación; ahora, si se ejercita la acción penal



sin detenido la representación social, solicitara al Juez de control cite al indiciado para efectos de formularle imputación, o bien, atendiendo al caso en concreto solicitara la celebración de una audiencia privada para el libramiento de orden de aprehensión, para tales efectos.

Una vez que el representante social ha decidido formalizar la investigación, el Juez citara a la audiencia de imputación, verificando que el sujeto investigado conozca sus derechos; sin embargo, aun y cuando el sujeto manifieste conocerlos, por tratarse del primer acto procesal se los hará saber, ya que así lo impera el numeral 154 del Código instrumental penal para el Estado de México, hecho lo anterior, el Ministerio Público tendrá el uso de la palabra para comunicar al indiciado el hecho delictuoso, o sea, la conducta desplegada, ¿Con quién o quiénes participo?, su grado de intervención, ¿Cuándo lo realizo?, ¿Dónde aconteció? y ¿Cómo lo llevo a cabo?, así como el nombre de su acusador.

No debe pasar inadvertido que el destinatario de la imputación (comunicación), en primera instancia es el indiciado, de tal suerte que ésta debe hacerse tomando en cuenta su grado de instrucción y sus condiciones sociales y culturales, evitando en todo momento la utilización de términos técnicos, toda vez que el objeto de esta audiencia es que el indiciado al que se le atribuye la comisión de un hecho delictivo, conozca la investigación que pesa en su contra, por lo que le debe quedar muy claro, pues de lo contrario no se estaría cumpliendo con la finalidad de la comunicación y en tal caso el Juez oficiosamente o a petición del indiciado, deberá solicitar al Ministerio Público aclare o precise la imputación formulada, lo anterior con fundamento en el diverso 291 primer párrafo parte final del Código precitado.

5.8.1.1 La declaración del imputado y el papel fundamental de la defensa

La declaración del imputado tiene grandes variantes respecto del sistema procesal penal que ha sido superado, donde se tenían dos tipos de declaraciones, una a nivel ministerial, que si bien no estaba obligado a hacerlo



(el indiciado), no menos cierto es que no hacerlo le irrogaba mayores perjuicios, pues atendiendo al principio de inmediatez procesal, su declaración, ya ante el Juez, la cual era denominada como declaración preparatoria (segundo tipo de declaración), perdía gran mérito convictivo, pues se presumía que ya existía suficiente aleccionamiento, o reflexiones defensivas, por lo que las declaraciones primigenias debía prevalecer, lo que a mi parecer confundía el sentido del principio de inmediatez el cual refería dar mayor preponderancia a la declaración hecha con más proximidad al juzgador y al evento delictivo como es que se interpretaba.

En el sistema procesal acusatorio, ya no tiene lugar una declaración ante el órgano de investigación, de hecho está prohibido por el Código adjetivo penal mexiquense que se le reciba declaración a nivel policial o ministerial, en tal supuesto el Ministerio Público estimara la conveniencia de solicitar al Juez la recepción de su declaración, así lo prevé el numeral 165 del ordenamiento legal antes invocado, tal situación es difícil, pues para que pueda declarar el imputado debe mediar la formulación de imputación pues precisamente aquella tiene por objeto dar contestación a ésta.

Ahora, en caso de que el indiciado exprese su deseo de declarar ante el Ministerio Público éste comunicara al Juez de control para que en su caso se le reciba su declaración anticipada, obvió, bajo las reglas de la prueba que requiere desahogo anticipado, pues de lo contrario deberá acontecer ésta hasta que quede a disposición del juzgador.

En los sistemas de corte acusatorio, en países del *common law*, Gran Bretaña y Estados Unidos principalmente, la declaración que se realiza tanto en la audiencia preliminar como en la de juicio oral, va encaminada más bien a una declaración de culpabilidad o de inocencia, lo que en nuestro país suena más a la figura de la confesión prevista por el artículo 20 apartado A fracción VII segunda parte de la Constitución Federal, de tal suerte que en el derecho comparado la declaración de inocencia trae aparejada la continuación del



proceso y *a contrario sensu* la declaración de culpabilidad genera la imposición de una sentencia sin mayor trámite.

En el proceso penal acusatorio mexicano, en particular en el Estado de México, la declaración del imputado se debe predisponer a la contestación de la imputación que pesa sobre el imputado, de hecho incluso cuando él se encuentre allanado a ésta o propiamente dicho haya confesado, se deberá continuar con el proceso; es decir, se impondrá una medida cautelar (en su caso) y se le vinculara a proceso, para que en tal supuesto (de confesión) poder dar apertura al procedimiento abreviado, con el beneficio de una sanción atenuada o menos benigna, la declaración de culpabilidad permite abrir este tipo de proceso (abreviado), a solicitud del Ministerio Público, o a solicitud del imputado siempre que no se oponga la dicha representación social o el acusador coadyuvante, pues de lo contrario, aun y cuando obre confesión deberá llevarse el juicio oral (circunstancia que no se comparte, porque el ahorro en el costo del juicio, así como los posibles beneficios del imputado, quedan a voluntad de una de las partes, sin duda nos hace mucha falta madurar en esas cuestiones procesales).

La solicitud del proceso abreviado puede hacerse desde la vinculación del imputado a proceso y hasta antes del auto de apertura a juicio oral, según lo establecido por el ordinal 389 primer párrafo; y los beneficios por confesión a los que se hace alusión oscilaran desde la imposición de la pena mínima prevista para el delito que se trate, hasta incluso la imposición de la pena mínima reducida en un tercio, sin perjuicio de alcanzar algún sustitutivo penal u otro beneficio¹¹⁶.

Una vez que se haya formulado la imputación, el Juez de control, requerirá al imputado para que nombre a su defensor previo a que rinda su declaración y en caso de que no comparezca éste o el imputado no lo nombre, se le designara inmediatamente un defensor público, así lo dispone el numeral 161 del Código Procedimental Penal para la entidad que se estudia; sin embargo, es lógico que

¹¹⁶ *Ibidem.* artículo 389 párrafos cuarto y quinto.



previo a la declaración, a la formulación de imputación y en casos de flagrancia antes de la audiencia de calificación de la detención, deberá haberse nombrado ya un defensor para el indiciado¹¹⁷ y no precisamente hasta antes de rendir su declaración.

El diverso 159 primer párrafo parte primera del Código adjetivo penal mexiquense señala que *“La declaración del imputado se recibirá inmediatamente que quede a disposición del juez de control o a más tardar, en el plazo de veinticuatro horas contadas desde su detención...”*,

Lo anterior es una falacia, ya que debemos recordar que si el indiciado es detenido en flagrancia, y se ejercita la acción penal con detenido poniéndolo a disposición del Juez, éste en primera instancia tendrá que hacerle saber sus derechos en caso de que no se los hayan hecho saber, procederá a la calificar la detención, el Ministerio Público formulara imputación y es hasta ese momento donde el imputado declarara, dando contestación a los cargos hechos por dicha representación social, así lo dispone el diverso 291 segundo párrafo, es entonces que cabe preguntarnos ¿Dónde queda la inmediatez a la que alude en dispositivo 159 primer párrafo parte primera?, más bien se ajusta a que se deba hacer dentro de la veinticuatro horas a las que alude el numeral citado.

Lo correcto es que (según mi apreciación), el imputado declare después de la formulación de imputación, para evitar que se pueda auto incriminar o declarar en un sentido completamente distinto al de la imputación y ello no le permita defenderse; lo mismo sucede en caso de ejercitar la acción penal sin detenido, pues cumplimentada la orden de aprehensión el juzgador deberá proceder en la forma antes señalada, con excepción de calificar la flagrancia obvió es.

Puntualizado lo anterior, cabe destacar la problemática que se presenta al momento en que el imputado está rindiendo su declaración, con motivo de lo preceptuado por el numeral 160 del multicitado Código Procesal Penal mexiquense, que prevé: *“En el acto de la declaración del imputado, el juez hará*

¹¹⁷ *Ibidem.* artículo 167 primer párrafo.



de su conocimiento: I. Los derechos a que se refiere este código; II. El hecho que se le atribuye con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, incluyendo aquellas que fueren de importancia para su calificación jurídica; III. Las disposiciones legales que resulten aplicables y los datos que la investigación hasta el momento de la declaración arroje en su contra; IV. La posibilidad de incorporar datos de prueba y rendir su declaración.”

Este dispositivo se contraponen al tipo de proceso acusatorio y oral, toda vez que, su redacción se adecua a lo que acontecía en el sistema penal escritural en el que el Juez de la causa al tomar la declaración preparatoria del indiciado, hacía de su conocimiento, el nombre de su acusador, el de los testigos que depusieron en su contra, así como la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien la conducta o hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, así lo establecía el dispositivo 170 fracción I del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, abrogado.

Así, tenemos que la fracción I del numeral 160 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México vigente, inherente a hacerle saber sus derechos al imputado, es lógico, pero reiterativo pues no debemos perder de vista que antes de la formulación de imputación ya se le hicieron saber; la segunda fracción del numeral en cita impone la obligación al Juez de control hacerle saber el hecho atribuido, señalando las circunstancias de tiempo, lugar y forma de comisión, ahora cabe preguntarnos, ¿Qué no son estas las circunstancias que deberá hacer saber el Ministerio Público en la formulación de imputación? Por supuesto que sobre eso versa la formulación de imputación, ahora bien, si ya el representante social le hizo saber dichas circunstancias al imputado, el Juez no debería tener la obligación de repetir dicha información; sin embargo lo tiene que hacer, por reiterativo que esto pueda resultar, en aras de no violentar los derechos fundamentales del imputado.

Más incongruente resulta, lo establecido por la fracción III del numeral que se estudia, pues como ya hemos señalado el artículo 63 segundo párrafo del Código en cita, prohíbe al Juez de garante imponerse del contenido de la



carpeta de investigación antes de dictar sus resoluciones; luego entonces, nos cuestionamos ¿Cómo cumple el juzgador la obligación de hacerle saber al imputado los datos de prueba que la investigación arroja en su contra? Sobre todo porque no hacerlo implica una violación al procedimiento, por tal motivo el juzgador en aras de no conculcar los derechos fundamentales del imputado deberá requerir al Ministerio Público para que sea él quien exponga esos datos de prueba que obran contra el imputado; es decir tendrá que referir el dato de prueba y su grado de incriminación o valga la expresión, se referirá a los datos de prueba de cargo pues así lo dispone la fracción en crítica, estas dos disposiciones se contraponen, en lo particular considero que el numeral 160 fracciones I, II y III del ordenamiento en cita, está de sobra, por obedecer a otro tipo de proceso.

La posibilidad de que el imputado incorpore datos de prueba y rinda su declaración, lo estatuye la fracción IV del precitado artículo 160, de gran trascendencia resulta esta disposición, sobre todo cuando no se prevé expresamente para instancias anteriores a la declaración.

Empero, observamos que se sigue la tendencia del proceso escritural que se abandona, pues durante la declaración preparatoria, el indiciado podía ofrecer medios de prueba durante el plazo Constitucional y de duplicidad, incluso se desahogaban dichos medios a consideración del Juez, ya que la única obligación de éste era recibirlas y no desahogarlas (a diferencia del sistema de justicia para adolescentes donde sí se deben desahogar por imperativo legal según lo dispone el diverso 28 tercer párrafo segunda parte de la Ley de Justicia para Adolescentes del Distrito federal); así se establecía en el ordinal 168 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México (abrogado).

En mi escasa experiencia (aún como público), me he percatado que el numeral 160 fracción IV del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México vigente, es mal interpretado, pues ha sido muy común observar que concomitantemente a la declaración del imputado los defensores, aún ofrecen ampliaciones de declaraciones, testimonios, documentos y demás medios de



prueba al amparo de dicho numeral, lo cual es incorrecto pero que es propiciado por la poca precisión de dicho artículo; lo correcto es que los datos de prueba se incorporen a la carpeta de investigación con anterioridad a la citada audiencia y cuando el imputado este declarando, ir corroborando su dicho con la proyección de los datos de prueba que fueron incorporados previamente, tal y como lo acotamos al estudiar la audiencia de control de detención, o bien, simplemente declarar sin ofertar absolutamente nada, toda vez que, durante la declaración del imputado no puede haber ningún ofrecimiento de medios de prueba al no ser la etapa procesal oportuna (etapa intermedia).

Ahora, los datos de prueba tampoco se ofertan ante el Juez de control durante la declaración, contrario a lo que establece el artículo precitado (el cual es incorrecto), ya que no debemos perder de vista que los datos de prueba se incorporan a la carpeta de investigación y es el representante social quien debe señalar fecha y hora para recibirle los datos de prueba que pretende aportar a dicha carpeta.

Por ejemplo, si durante la declaración, el imputado hace referencia que un determinado hecho le consta al testigo Erikxel Carlín, y la defensa lo pretende incorporar ofreciendo la entrevista a través de interrogatorio oral, el juzgador desechara (lógicamente) su petición, aún y cuando dicho numeral 160 fracción IV en apariencia lo permita, informándole que ello debe ocurrir ante el Ministerio Público y si acaso exhortara al representante social para que señale fecha y hora a efectos de que se entreviste al testigo que la defensa refiere, debiendo continuar con la declaración.

Podemos darnos cuenta, que las reglas probatorias han cambiado en gran medida, de ahí la importancia que el legislador realice las normas con precisión y se adecuen aquellas que son erróneas, pues *per se*, el proceso penal acusatorio no es sencillo hay muchos tecnicismos y formalidades que no pueden permitir ambigüedades en sus normas.



Por último cabe hacer mención que una vez que el imputado a manifestado su deseo de declarar, luego de proporcionar sus generales, las partes podrán formularle preguntas conducentes, el juzgador sólo podrá formular preguntas tendientes a aclarar su dicho respetando el derecho del imputado a guardar silencio, así como declarar cuantas veces quiera, siempre que sea pertinente¹¹⁸.

5.8.2 La teoría del caso como herramienta metodológica de la estrategia de defensa

La teoría del caso es conceptualizada en virtud de dos corrientes teóricas a saber: la corriente argumentativa, narrativa y persuasiva, afirma que la teoría del caso es una narración explicativa, desde la óptica del Ministerio Público y de la defensa, construida por medio de argumentos que tiene por objeto la articulación de una historia persuasiva de lo que ocurrió o propiamente dicho de los hechos materia del proceso.

Para esta corriente la finalidad es la narración de una historia que se pretende sea aceptada por el juzgador; en mi particular punto de vista este tipo de teoría del caso tendría poca o casi nula aplicabilidad para el proceso acusatorio mexiquense, toda vez que, al ser su finalidad el convencer al órgano jurisdiccional a través del sentimentalismo o emotividad (chantaje sentimental, aspectos subjetivos como el amor, odio, compasión, entre otras) que produce la persuasión, y de tornarse valida se estaría contraviniendo el objeto del proceso penal, que entre otros es el conocimiento de los hechos y el establecimiento de la verdad histórica¹¹⁹, aunado a que conforme al sistema de valoración de pruebas de la sana crítica; es decir, el razonamiento (obvio) humano, el juzgador deberá utilizar la racionalidad y no sus sentimientos o emociones persuadidas, para valorar los medios de prueba.

Por otro lado, encontramos la corriente sistémica utilizada en el derecho comparado como el caso de Perú¹²⁰ y más en concreto en la República

¹¹⁸ *Ibidem.* artículo 162 párrafos primero y segundo.

¹¹⁹ *Ibidem.* artículo 1°.

¹²⁰ *Vid.* Código Procesal Penal Peruano, artículo 371.2.



Dominicana, consideró que esta corriente (sistemática) es la que se debe utilizar al construir una teoría del caso, pues ésta pregona que la teoría es una herramienta metodológica para la construcción de la estrategia de acusación o defensa, que es construida a partir del análisis sistemático de aspectos facticos, jurídicos y probatorios, como se requiere en la Procuraduría General de la República Dominicana¹²¹.

5.8.2.1 Análisis del elemento factico

Este elemento de la teoría del caso consiste en la articulación de afirmaciones o negaciones de carácter factual; es decir, la narración cronológica de la exteriorización de la conducta que desplego el imputado, luego entonces, tenemos que el elemento factico de la teoría del caso es la construcción de un cuadro hipotético de los hechos materia del proceso.

Ahora bien, hemos dicho que la teoría en estudio, como herramienta metodológica, es la que más se adapta a nuestro sistema de enjuiciamiento penal, al menos el adoptado en el Estado de México, Zacatecas, Oaxaca, Chihuahua, Morelos, entre algunos otros, para precisar dicha aseveración, encontramos que el numeral 307 fracción III del Código Procesal Penal para el Estado de México, lo prevé al establecer el contenido que deberá tener el escrito de acusación que en su caso realice el Ministerio Público, a saber:

“III El relato circunstanciado de los hechos atribuidos, sus modalidades y...” se destaca que dicho numeral nos señala el elemento de facto, aunque no indica cómo debe hacerse ese relato, para tales efectos debemos remitirnos a lo que establece el diverso 291 primera parte del ordenamiento legal antes invocado, que si bien es cierto regula la exposición que del hecho delictuoso deba hacer el Ministerio Público al formular la imputación, no menos cierto resulta que se trata de exposiciones o narraciones análogas, pues en ambos casos se busca la comunicación de una historia de lo acaecido y por tal motivo consideró que al

¹²¹ Vid. Modelo de gestión de fiscalías. Procesamiento de Casos. [En línea]. Disponible: <http://www.procuraduria.gov.do/PGR.NET/Modelo/site/procesamiento/index.html>. 13 de septiembre de 2012. 10:21 PM.



elaborar una teoría del caso el elemento factico deberá consistir en un relato que contenga la fecha, lugar, modo de comisión o en su caso el ¿por qué? no se pudo cometer (dependiendo de la óptica de la acusación o la defensa), la forma de intervención, nombre del acusador y de los testigos.

Destacamos que en el relato que se haga de los hechos, no se debe caer en generalidades, ni dejar por presumido o sobre entendido algún supuesto factual, sino que, por el contrario, se debe formular de manera particularizada, especificando cada una de las proposiciones, colmándolas necesariamente de detalles por nimios que puedan parecer, ya que, podemos evocar que esta narración histórica debe ser verosímil y curiosamente la jurisprudencia ha resuelto que para considerar que la historia planteada se encuentra revestida de esta característica debe estar saturada de detalles que impidan inferir que el relato es producto de la invención de la persona, jurisprudencia localizable en el Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tesis de Jurisprudencia, Pagina: 1549.

“OFENDIDA, VALOR DE LA DECLARACIÓN DE LA.

Tratándose de delitos de naturaleza sexual la declaración imputativa de la ofendida tiene destacada importancia, pues en esta clase de delitos ordinariamente no es posible allegarse numerosos datos, en virtud de que se procuran cometer sin la presencia de testigos, buscando impunidad; por lo que si el relato de la ofendida es creíble, más cuando está saturado de detalles que no pueden ser materia de su invención, además de que el propio inculpado corrobora en parte el dicho de aquélla al admitir haber estado en el recinto que ella menciona, debe aceptarse aquél.”

5.8.2.2 Análisis del elemento jurídico

Este segundo elemento requiere un análisis jurídico encaminado a determinar la ley penal aplicable a la conducta; es decir, la subsunción de la conducta o del relato de los hechos a una determinada descripción legal, este primer nivel de análisis es lógico ya que, se debe constatar que se está frente a un hecho con



relevancia penal, por ser considerada la conducta como delito, conforme al artículo 185 segundo párrafo del Código adjetivo penal para el Estado de México, son los elementos objetivos, subjetivos y normativos del hecho delictuoso, por lo que se deberá encuadrar la hipótesis fáctica con los elementos del hecho, que la descripción legal aplicable prevea, pues hemos de recordar que con la reforma Constitucional del 18 de junio de 2008 se introdujo ésta figura (hecho delictuoso), superando a la del cuerpo del delito que a su vez había dejado atrás a la del tipo penal.

Sin embargo, algunos doctrinarios afirman que este nivel de análisis jurídico, debe realizarse al tenor de la teoría del delito, o sea, regresar a utilizar la figura del tipo penal ya superada, al respecto el jurista Benavente Chorres señala: *“...con relación a la teoría jurídica, nos estamos refiriendo a la teoría del delito...”* en lo personal no comparto el criterio del jurista, ya que considero un error realizar un análisis jurídico que tiende a verificar la posible actualización de los elementos del hecho delictuoso, con base en la teoría del delito ya inaplicable jurídicamente (sin duda para efectos didácticos puede resultar útil, pero nada más).

Ahora, si dicha teoría estuviere vigente, sería difícil saber cuál de todas es la aplicable, pues sabemos que la doctrina ha creado sendos postulados, desde la teoría totalizadora que no admite la división del delito, hasta las teorías que analizan el delito como la bitomiica, tritomiica, tetratomiica, pentatomiica, sextatomiica y heptatomiica de la teoría atomizadora.

Así las cosas, a pesar de que el artículo 6° del Código Penal para el Estado de México trate de adoptar la teoría atomizadora pentatomiica, al referir que se entiende por delito la conducta, típica, antijurídica, culpable y punible; nada tiene que ver esto con los elementos del hecho delictuoso, sin que se puedan confundir o equiparar pues como se observa tienen grandes diferencias.

Para concluir, cabe destacar que este elemento de la teoría del caso se encuentra implícitamente en el mismo diverso 307 fracciones III y IV del Código



instrumental penal para la entidad que se estudia, al establecer como requisitos de la acusación “*III. El relato circunstanciado de los hechos atribuidos, sus modalidades y clasificación legal*”, frente a ello nos percatamos que este precepto refiere la subsunción a una clasificación legal que de los hechos deba hacerse.

5.8.2.3 Análisis del elemento probatorio

El elemento probatorio de la teoría del caso es sin duda el más importante, tal es su necesidad, que de prescindir de él estaríamos ante una simple narración de los hechos, con la esperanza de persuadir al jugador.

Una vez que se ha realizado una versión de los hechos, mediante un relato circunstanciado, saturado de detalles y presumiblemente verosímil, se procede a subsumirlo a una descripción legal para después dar paso a analizar si se actualizan los elementos del hecho delictuoso (aún a título probable y con datos de prueba claro es); hecho lo anterior, surge la necesidad de brindar fortaleza a nuestra versión preliminar dotándola de veracidad, y para tales efectos es necesario incorporarle elementos demostrativos.

Como hemos analizado, ya no podemos hablar de pruebas, elementos de prueba, medios de prueba o datos de prueba como si se tratara de lo mismo, así las cosas es necesario ubicar la etapa procesal donde se construye la teoría del caso para utilizar el término correcto, hecho este paréntesis cabe destacar que para algunos doctrinarios la teoría del caso se presenta propiamente en los alegatos de apertura, ya en la etapa de juicio oral, sosteniendo esa idea en virtud de lo que establece el dispositivo 364 tercer párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, que en esencia dispone que el Ministerio Público y el acusador coadyuvante deberá exponer oralmente las posiciones planteadas en la acusación, para la defensa es potestativo dar contestación o formular alegaciones de apertura.

Sin embargo, en lo personal considero que la teoría del caso no se materializa hasta dicha etapa procesal, sino mucho antes; es decir, desde que el Ministerio



Público tiene la noticia criminal y desde que el defensor se entrevista con el justiciable, teniendo así una versión preliminar de los hechos, siendo a partir de ese momento donde ya se organiza y se crea una línea de investigación o de defensa con base en la teoría del caso.

Regresando al tema central podemos afirmar que el relato verosímil ya subsumido a una descripción legal aplicable, es la que permite incorporar el elemento probatorio de nuestra teoría del caso, pues según cada una de nuestras proposiciones fácticas se va desprender el dato o medio de prueba idóneo para corroborarlas o desacreditarlas.

Así por ejemplo, si la proposición fáctica consiste en afirmar que el imputado se encontraba dentro de una institución bancaria a cinco kilómetros de distancia del lugar donde se perpetró el delito de homicidio que se le imputa, a la misma hora en que tuvo lugar, esta aseveración deberá ser corroborada a través de testigos, inspecciones, reproducción de medios de prueba de carácter audio visual, que lo ubiquen en dicha temporalidad, periciales en criminología y planimetría, por mencionar algunas.

Ahora, con la finalidad de dotar de veracidad nuestro relato, lo mismo deberá ocurrir con todas y cada una de las proposiciones fácticas que conforman la versión de la teoría del caso, para lo cual podemos incorporar datos o medios de prueba e incluso solicitar la práctica de diligencias. Este último elemento lo desprendemos de lo establecido por el numeral 307 fracción VII del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

5.9 Función de la prueba en la imposición de medidas cautelares

A lo largo del presente trabajo hemos venido resaltando que con este nuevo sistema de justicia penal, sólo se pueden ejercer los actos de prueba o propiamente dicho el desahogo de los medios probatorios hasta la etapa de juicio oral salvo excepciones como la prueba anticipada, así hemos afirmado que durante las audiencias previas a las de juicio oral, llámese audiencia de control de detención, formulación de imputación e incluso de vinculación a



proceso, no se permite ofrecer y mucho menos desahogar medios de prueba, también al estudiar la audiencia de control de detención, se anunció una excepción a esta regla, la cual precisamente ocurre en esta etapa procesal y en esta audiencia donde se imponen las medidas cautelares, la pregunta que nos surge es ¿Por qué en esta audiencia de imposición de medidas cautelares se admite el ofrecimiento, desahogo y valoración de medios de prueba?.

La respuesta es lógica al menos bajo mi perspectiva, considero que las medidas cautelares no inciden en el fondo del proceso penal, sino que más bien es una cuestión accesoria a él, por tal motivo no resuelve cuestiones de fondo, de hecho las probanzas deben tener relación con la medida cautelar y no respecto de la culpabilidad o inocencia del imputado, por tal motivo (al no resolver cuestiones torales), es admisible la producción de medios de prueba relacionadas con dicha imposición, revisión, sustitución modificación o revocación¹²², los cuales no se deben relacionar o confundir con los que tienden a acreditar proposiciones fácticas dentro del proceso penal, pues en términos del ordinal 195 segundo párrafo *“Dicha prueba (sic) se individualizara en un registro especial cuando no esté permitida su incorporación a juicio”*.

Ahora, antes de entrar al estudio de esta actividad probatoria considero prudente contextualizar, aunque sumariamente, la forma en que se imponen las medidas cautelares.

5.9.1 La imposición de medidas cautelares previas a la formulación de imputación

Las medidas cautelares, denominadas también providencias precautorias o medidas de protección por el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (aplicando unas u otros dependiendo de lo que se pretenda proteger), son aquellas medidas que el legislador ha dictado para prevenir se entorpezca o bien se asegure la presencia del imputado a juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima u ofendido, de los testigos, o de

¹²² Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 195 primer párrafo.



la comunidad y para garantizar la reparación del daño¹²³.

A partir de que el Ministerio Público tenga conocimiento de los hechos y en cualquier momento de la investigación inicial; es decir, la que se realiza con autonomía y aún sin intervención judicial por no haberse formalizado ésta, podrá, de oficio o a petición de la Policía de investigación (destacando el distinguo que hace el legislador en cuanto al cuerpo de la Policía que la debe solicitar) o bien de la víctima u ofendido, impondrá una o varias medidas cautelares o providencias precautorias, lo anterior se desprende de los diversos 220 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, 14 primer párrafo y 19 primer párrafo de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México.

Ahora bien, de lo anteriormente expuesto sumariamente, se desprende una conflictividad normativa, ya que, los diversos invocados en el párrafo anterior que facultan a la representación social para imponer las medidas cautelares, tienen un tinte de inconstitucionalidad, pues en apariencia van en contra de lo establecido por el diverso 16 decimocuarto párrafo primera parte de la Constitución General de la República que dispone: *“Los poderes judiciales contarán con jueces de control que resolverán en forma inmediata y por cualquier medio las solicitudes de las medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieren control judicial...”*.

De la lectura del texto Constitucional se desprende que los jueces de control son los únicos que pueden imponer las medidas cautelares, dicho en otras palabras la parte que pretenda la imposición de una medida cautelar, deberá forzosamente solicitarla al Juez de control para que éste resuelva sobre su procedencia lo cual incluye al Ministerio Público, también se destaca que la Constitución Federal no hace distinguo sobre la etapa procesal en que deberá hacerse la solicitud imperiosamente al juzgador de garantía; es decir, no

¹²³ Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, artículo 14 primer párrafo.



establece que la solicitud de la imposición de una medida cautelar deba hacerse una vez judicializada la investigación, y si bien es cierto que el precepto Constitucional hace alusión al término “*que requieran control judicial*”, también lo es que en el contexto de su redacción esta frase sólo aplica para las técnicas de investigación que la requieran, cualquiera que sea la etapa de investigación, al menos así se colige, y no para la imposición de las medidas cautelares.

Otro precepto Constitucional que convalida esta posición es el 19 segundo párrafo primera parte que dispone; “*El ministerio público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar...*”.

Se destaca la obligación que tiene la representación social de solicitar al Juez la imposición de la medida cautelar, al ser la prisión preventiva una medida de que cuarta el derecho a la libertad es evidente que sólo el Juez la pueda imponer, la misma tendencia sigue el numeral 192 párrafo *in fine* al establecer en esencia que las medidas cautelares personales como el arraigo, la obligación de someterse a vigilancia, la imposición de localizadores electrónicos, la reclusión domiciliaria, la suspensión en el ejercicio de un cargo o profesión, el internamiento en instituciones de salud y la prisión preventiva serán impuestas por el Juez a petición del Ministerio Público.

Ahora bien, cabe preguntarse si la Constitución Federal otorga la facultad de imponer las medidas cautelares exclusivamente al Juez de control, ¿Al amparo de que precepto Constitucional el Ministerio Público impone las medidas cautelares? (aun y cuando lo haga de forma provisional), bajo mi óptica, la representación social no debería tener dicha atribución, pues considero que el texto Constitucional es muy claro al establecer que se deberá solicitar al Juez de garantía la imposición de medidas cautelares, aunado que también obliga a éste a resolver inmediatamente y por cualquier medio, por lo que no se debe poner la excusa que ante el peligro en la demora el representante social las impone. Así pues, el Ministerio Público puede imponer medidas cautelares siempre que no se haya formulado imputación (pues si ya se formuló será el



Juez quien las imponga obvio es),

Ahora, me pregunto ¿Para qué existe la disposición Constitucional que proscribe la obligación a la autoridad de investigación de solicitar al Juez las medidas y a su vez la obligación de éste para resolver éstas inmediatamente y por cualquier forma, si el Ministerio Público puede hacerlo oficiosamente?.

Aprecio que la respuesta no se puede encontrar en el numeral 20 apartado C fracción V segundo párrafo de la Constitución Federal, al establecer que *“El ministerio público deberá garantizar la protección de las víctimas, ofendidos, testigos y en general...”* pues en tal caso debería solicitar la imposición de la medida cautelar al juzgador para que a través de cualquier medio éste resuelva de inmediato, en concordancia con el texto Constitucional, aunque erróneamente en la realidad esto no acontece.

Decíamos que dicha imposición ministerial de las medidas cautelares debe ocurrir antes de que se haya formulado la imputación, esta imposición tiene un carácter provisional pues el Código de Procedimientos Penales del Estado de México y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia para la misma entidad, establecen el procedimiento a seguir para la revisión judicial de la medida cautelar impuesta por el representante social, lo que sin duda atenúa la contradicción normativa en comento.

El artículo 192.1 del primer ordenamiento citado con anterioridad, así como el diverso 15 de la ley citada en ulterior ocasión establecen en esencia que dentro del término de 24 horas siguientes a la determinación de la medida cautelar, comunicara por cualquier medio a la autoridad judicial para que conozca la imposición de la medida y fije día y hora para la celebración de una audiencia dentro de los siete días siguientes, en la que se resolverá la ratificación, modificación, sustitución o revocación de las medidas, se observa que a finales de cuantas es el juzgador quien ratificara la imposición de la medida que el Ministerio Público haya aplicado provisionalmente, tratando de corregir, según



mi criterio, la contradicción a la norma Constitucional respecto de la exclusividad judicial en la imposición de las providencias precautorias.

5.9.2 La imposición judicial de las medidas cautelares

Ya hemos puntualizado que la solicitud de imposición de medidas cautelares puede suceder en cualquier etapa del proceso, pero por regla general el juzgador impondrá éstas una vez que se haya formulado la imputación tal y como lo señala el artículo 180 cuarto párrafo del Código instrumental penal mexiquense, a su vez el numeral 289 tercer párrafo del ordenamiento precitado proscribire que en caso de detenidos en flagrancia de delito o caso urgente el Ministerio Público deberá formular imputación y solicitar la aplicación de las medidas cautelares, así como la vinculación a proceso en la misma audiencia de control de detención; es decir, en una sola audiencia se podrán resolver diversas situaciones del proceso.

Ahora bien, excepcionalmente el Juez podrá imponer una medida cautelar sin que previamente se haya formulado imputación, así tenemos dos supuesto, el primero se deriva del artículo 188 cuarto párrafo parte segunda del Código en cita, que dispone *“deberá dejar sin efecto la detención cuando no pretenda solicitar prisión preventiva en contra del imputado, sin perjuicio de solicitar al juez de control que el imponga una medida cautelar de ser procedente”*.

Como hemos de recordar ya no existe la figura de la libertad provisional bajo caución (la cual fungía como una medida cautelar), por lo que, con la reforma Constitucional, el Ministerio Público en caso de detenidos en flagrancia procederá a entrevistarlos y a practicar las técnicas de investigación que considere necesarias (dentro del plazo Constitucional de las cuarenta y ocho o noventa y seis horas, según sea el caso) y si no pretende formular la imputación aún, por no contar con los datos de prueba suficientes para sustentarla, deberá dejarlos en libertad, el artículo anteriormente invocado prevé la posibilidad de que el representante social pueda solicitar la imposición de una medida cautelar en estos casos, bajo esta óptica surgen dos interrogantes, pues en este



supuesto el Ministerio Público no pretende todavía formular imputación y al ser ésta un requisito previo para que el Juez pueda imponer una medida cautelar por así disponerlo el numeral 289 tercer párrafo del ordenamiento en cita, ¿Cómo es que se procede ante la antinomia de estos dos artículos?

Aunado a que incorrectamente (a título personal), el órgano ministerial durante esta etapa de investigación no judicializada, puede imponer medidas cautelares, nos preguntamos entonces ¿En los casos en que el Ministerio Público no formulara imputación, cuándo impondrá él las medidas y cuándo solicitara al Juez su imposición?

A mi parecer estas interrogantes se resuelven con el segundo supuesto de excepción, que se desprende del ordinal 192 párrafo *in fine* el cual enuncia una serie de medidas cautelares que son de imposición exclusiva del órgano jurisdiccional de control, virtud por lo cual el Ministerio Público deberá solicitarlas forzosamente con independencia de la etapa procesal en que se encuentre.

Así, cuando se trate de estas medidas de aplicación jurisdiccional exclusiva, la representación social deberá solicitarlas aun cuando no haya formulado imputación y se pretenda su aplicación, fuera de estas medidas cautelares de imposición exclusiva, el Ministerio Público podrá imponerlas (o solicitarlas si ya formulo imputación), informando de todas formas al juzgador dentro de las veinticuatro horas siguientes para que éste convoque a una audiencia donde revisara su imposición ministerial en términos de lo establecido por el numeral 192.1 del Código Procesal multicitado.

Considero que la normatividad que regula la imposición de las medias cautelares es confusa y conflictiva, desde que se contraviene el texto Constitucional por tal motivo y para clarificar sus disposiciones se debe modificar la codificación en estudio, armonizándola con la Ley Fundamental quitándole la atribución que tiene el Ministerio Público para imponer medidas cautelares.



5.9.3 Los datos de prueba como estándar probatorio para imponer las medidas cautelares

Para la imposición de cualquier medida cautelar, es requisito esencial la existencia de datos de prueba que establezcan que se cometió un hecho delictuoso, así como la probabilidad de que el imputado lo cometió o participo en su comisión, así lo disponía el numeral 193 segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, publicado el 09 de febrero del 2009.

Sin embargo, con las múltiples reformas que ha sufrido el Código se modificó dicho numeral en el que se suprime este párrafo, que imponía al Ministerio Público el estándar probatorio de los datos de prueba, ahora, esta obligación probatoria no desapareció al suprimir el segundo párrafo del artículo que se cita, ya que dicha obligación se sigue desprendiendo de los diversos 144 del Código en cita que establece: *“la información generada por la Policía, durante las etapas previas a la audiencia de vinculación a proceso, podrá ser utilizada por el Ministerio Público para acreditar el hecho delictuoso y la probable participación, así como para fundar la solicitud de imponer al imputado una medida cautelar”* lo que sin duda nos permite inferir la obligación que existe de fundar dichas solicitudes.

Por otra parte el artículo 249 segundo párrafo del mismo ordenamiento indica que *“...podrán ser invocados como elementos para fundar orden de aprehensión, el auto de vinculación a proceso, las medidas cautelares personales...”* este precepto reafirma lo anterior, pero aún ninguno nos señala explícitamente dicha obligación, salvo el ordinal 297 primer párrafo del Código Procesal Penal para el Estado de México, dispone *“...los datos de prueba anunciados en la audiencia de vinculación a proceso, que sirvan como base para la emisión del auto de vinculación de plazo Constitucional y de las medidas cautelares...”*, este artículo sin duda es claro al referir el estándar probatorio de los “datos de prueba” aunada a la frase “que sirvan como base para la emisión” nos permite inferir claramente la obligación que tiene el representante social de



fundar su solicitud sobre la imposición de una medida cautelar con base en los datos de prueba.

A pesar de que en el apartado inherente a las medidas cautelares el Código en cita no establezca el estándar probatorio de datos de prueba, por haberse suprimido del numeral 193 segundo párrafo del Código multicitado, nos percatamos que dicha obligación persiste en virtud de los diversos dispositivos que ya analizamos. Por otro lado cabe destacar y no perder de vista dicho parámetro demostrativo se exige únicamente al Ministerio Público.

5.9.4 Ofrecimiento de elementos demostrativos relacionados con la imposición de medidas cautelares

Retomando el procedimiento que deberá seguir la representación social una vez que haya impuesto una medida cautelar, tenemos que dentro de las veinticuatro horas posteriores a su imposición, deberá dar aviso al Juez de control para que en un plazo no mayor a siete días convoque a una audiencia a efecto de revisar su imposición.

El artículo 17 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México señala en esencia que el día y hora señalado para la audiencia, el Juez verificara la asistencia del representante social, la víctima u ofendido y del destinatario de la medida cautelar o de su defensor, destacando que de no asistir a la audiencia el destinatario de la medida, será representado por el defensor ya sea público o privado, si faltare el Ministerio Público pero estuviere presente la víctima u ofendido se continuara con la audiencia, pero si faltaren ambos el Juez levantara la medida impuesta.

Una vez presentes las partes la representación social deberá exponer al juzgador los motivos que tuvo para imponer la medida (obviamente también los datos de prueba que sirvieron de base para tener por establecido la comisión de un hecho delictuoso), también señalara las condiciones de ejecución y tiempo de duración de la medida, y las razones por las que considera que debe ser



confirmada, esto en términos de lo que establece el numeral 18 de la ley antes invocada.

El artículo 195 primer párrafo del Código adjetivo penal para la entidad objeto de estudio, prevé el supuesto de que *“las partes podrán ofrecer pruebas con el fin de sustentar la imposición, revisión, sustitución, modificación o revocación de la medida cautelar”*, el texto del numeral en cita es poco preciso e induce a la confusión, pues como ya se ha puntualizado al iniciar el presente trabajo, no se puede confundir los datos de prueba con los medios de prueba ni estos con la prueba, en virtud de que el mérito convictivo de la prueba se encuentra en una etapa diversa, por lo que se advierte un conflicto normativo entre los diversos numerales del Código instrumental penal mexiquense, por los que se establece el parámetro probatorio de los datos de prueba para que el Ministerio Público imponga su medida.

Además se desprende de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, un estándar probatorio más nimio pues sólo dispone la exposición de razonamientos por los que debe ser confirmada la imposición de la medida, generando una antinomia con respecto a lo que señala el artículo 195 primer párrafo del primer ordenamiento citado *“las partes podrán ofrecer pruebas”*, sin que el término partes se haga extensivo al Ministerio Público pues según mi apreciación se encuentra bastante delimitado y previsto por la normatividad el nivel probatorio que deberá satisfacer el representante social al solicitar una medida cautelar (datos de prueba).

Por otra parte, dicho numeral 195 párrafo primero señala el término pruebas; es decir un nivel demostrativo más alto para las partes, pues no es lo mismo la referencia a la entrevista del testigo que hace el Ministerio Público a tener que hacer comparecer al testigo para que declare y se le interrogue (aclarando que estos datos de prueba e instrumentos demostrativos nada tienen que ver con el fondo del asunto, sólo versan y serán valorados para resolver sobre el particular), es inconcuso que a la víctima u ofendido y al investigado y defensa, se le exige más, con respecto al Ministerio Público, lo que sin duda los coloca



en una situación de desigualdad procesal contraviniendo el numeral 20 apartado A fracción V parte *in fine* de la Carta Magna, a pesar de que esta actividad probatoria no incida en el resultado de la sentencia definitiva por encontrarse dentro de un registro especial distinto del de juicio¹²⁴, considero que dicho numeral 195 párrafo primero debe apropiarse el término correcto para que no implique una violación de la igualdad procesal, utilizando el mismo estándar probatorio para la víctima, ofendido e investigado; es decir, la simple exigencia de datos de prueba y razonamientos.

Ya sea que el Ministerio Público haya impuesto las medidas cautelares, o bien se trate de la solicitud presentada por la representación social ante el Juez de control para su imposición; en ambos casos, el juzgador deberá convocar a esta audiencia antes de resolver en definitiva, en la que deberá escuchar los argumentos de las partes o recibir directamente los elementos de prueba, valorándolos exclusivamente para determinar sobre la medida cautelar (se insiste).

Cabe destacar que los medios de prueba desahogados para tales efectos (resolver la medida cautelar), no son vinculantes, pues del diverso 196 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, que establece los requisitos que deberá contener la resolución que imponga una medida cautelar, en ninguna de sus hipótesis se desprende que dicha resolución deba contener los elementos demostrativos o datos de prueba que la sustenten, ni mucho menos la motivación del mérito otorgado a cada uno de ellos, estos aspectos no son claros, pues de la redacción (confusa) de dicho numeral en mención no se advierte que sea una obligación del juzgador tomar en consideración los elementos demostrativos o datos de prueba.

Lo anterior dificultaría, en su caso, la interposición del recurso de apelación en términos del ordinal 410 fracción IV del Código precitado, pues el numeral 406

¹²⁴ Vid. Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 195 párrafos segundo e *in fine*.



del mismo ordenamiento en cita, señala como causas de análisis de la resolución impugnada que entre otras examina si se violaron los principios reguladores de la valoración de la prueba; ahora, en un sistema de valoración libérrima de la prueba, resulta elemental la motivación del mérito otorgado a ellas, para que no se convierta en una íntima convicción (convicción sólo para el juzgador); luego entonces, al no establecer como requisito de la resolución que impone una medida cautelar, el señalamiento de los datos o medios de prueba desahogados, según sea el caso, ni el porqué de su mérito demostrativo.

Según mi óptica, las resoluciones del Tribunal de alzada, siempre serán cuestionables, sobre si tenía o no el Juez de control la obligación de analizar y valorar los elementos o datos de prueba aportados para tal efecto. En este sentido, considero necesario que se adicione el numeral 196 del ordenamiento citado con antelación, imponiendo al juzgador la obligación de señalar en su resolución los datos y medios de prueba que funden su resolución, así como la necesidad de una motivación racional de la valoración otorgada a cada uno de estos.



6 El rol de la prueba en el auto de término constitucional

Con la reforma judicial en materia de justicia penal del 18 de junio de 2008, el auto de término constitucional sufrió grandes variaciones, toda vez que, con anterioridad a dicha reforma de la Carta Magna existían los autos de formal prisión, sujeción a proceso y de libertad; ahora éstos han sido sustituidos por los autos de vinculación a proceso y de no vinculación, mismos que analizaremos desde la óptica de la prueba, tal y como nos lo hemos propuesto.

6.1 El auto de vinculación a proceso

Ya hemos señalado hasta el agotamiento que la prueba (genéricamente hablando) en este nuevo sistema de justicia penal se presenta en forma por demás dinámica y bien, tal parece que las diversas fases por las que pasa antes de ser considerada como tal, acaecen precisamente dentro de la audiencia donde se resuelve el auto de término Constitucional, siendo menester que ello ocurra, previamente a la emisión de dicho proveído; es decir, previo al pronunciamiento de dicha resolución, el juzgador de control habrá apreciado datos de prueba que en vía de alegaciones muestre el Ministerio Público y la defensa (recordando que al dictar esta resolución el Juez de control no podrá revisar la carpeta de investigación) y en caso de que el inculpado solicite la ampliación del término Constitucional, se ofrecerán, desahogaran y valoraran medios de prueba y por ende la prueba se constituirá (aclaro que esto no ocurre en todas las legislaciones estatales que implementaron el sistema Acusatorio).

Se destaca que los elementos de convicción incorporados durante la resolución de la vinculación a proceso, serán valorados para resolver sobre el particular, así luego, tenemos que a pesar de que los actos de prueba en estricto sentido (salvo excepciones) deben tener lugar en la audiencia de juicio, podemos advertir que en el proceso penal acusatorio en algunas entidades del país, sigue la misma tendencia del sistema escritural abandonado, ya que, también puede haber actos de prueba dentro del término Constitucional, lo anterior es así en términos de los diversos numerales 281 primer párrafo primera parte del



Código de Procedimientos Penales para el Estado de Morelos, 322 primer párrafo primera parte del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Zacatecas, 283 primer párrafo primera parte del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua y 274 párrafos cuarto y quinto y 278 primer párrafo primera parte del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca.

Empero el numeral 296 quinto párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, no sigue la misma regla de las entidades anteriores, pues dicho numeral de la legislación mexiquense desconoce la posibilidad de que pueda haber un ofrecimiento, desahogo e incluso valoración de medios de prueba durante esta etapa procesal, ya que en su lugar otorga la facultad de apenas anunciar datos de prueba, lo cual es muy distinto con respecto a lo que ocurre en diversas entidades del país que utilizan el mismo sistema de enjuiciamiento criminal (acusatorio y oral).

Como advertimos el tema probatorio durante esta etapa procesal se torna confuso y a título personal, muy apasionante e interesante, por ello considero necesario contextualizar el auto de término Constitucional para hacer más comprensible el estudio del tema probatorio durante dicha fase procesal, antes de comenzar a estudiar a fondo dicha problemática.

6.1.1 Consideraciones preliminares

De las modificaciones Constitucionales que dieron origen al nuevo sistema de justicia penal acusatorio y oral, se advierte la implementación conceptual del auto de vinculación a proceso el cual sustituye los autos de sujeción a proceso y el de formal prisión, sin que se trate de sólo un cambio de nomenclatura, ya que si bien es cierto que presentan algunas similitudes en cuanto a los elementos de fondo, no menos cierto es que se trata de figuras con gran diferencia conceptual, pues en primer lugar el estándar probatorio para dictar un auto de vinculación a proceso se ve reducido a sólo motivar la intervención del estado al tratarse de hechos con relevancia penal, o lo que es lo mismo el



parámetro probatorio oscila en el requerimiento de datos de prueba (no pruebas formales) que establezcan la existencia de un hecho delictivo que amerite justificadamente la intervención del derecho punitivo, a diferencia del auto de formal prisión donde se exigía la acreditación del cuerpo del delito, o sea, requería un desahogo probatorio, confirmando lo actuado por el Ministerio Público pues tenía fe pública (hay que recordar) por lo que, sí se requería su acreditación, el auto de formal prisión era una verdadera sentencia (así lo refiere la exposición de motivos de la reforma Constitucional de 18 de junio de 2008) preguntándonos entonces sobre que iba versar ya la instrucción.

Un segundo punto que los diferencia es lo inherente a la prisión preventiva ya que el dictado del auto de vinculación a proceso no trae aparejada la prisión preventiva, ello deriva de una medida cautelar que incluso se resuelve con anterioridad al dictado de dicho auto, lo único que hace dicha vinculación será convalidar la medida, que no necesariamente es la prisión preventiva, salvo en aquellos delitos en que ésta (la prisión) proceda oficiosamente.

Un tercer distingo es lo inherente a los elementos de forma y de fondo que debe revestir dicho proveído, mismos que se encuentran en el numeral 293 del Código adjetivo penal para el Estado de México, sin que haga la distinción entre los de forma y fondo, por tal motivo cito la jurisprudencia localizable en el Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Tesis de Jurisprudencia, Página: 1940.

“AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. ELEMENTOS DE FORMA Y FONDO QUE DEBE CONTENER DE ACUERDO CON LOS ARTÍCULOS 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 280 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL)

En términos de los artículos 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 280 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, el auto de vinculación a proceso debe contener los siguientes



elementos de forma: primero, que se haya formulado imputación, según el caso, esto es, que exista el comunicado del Ministerio Público en presencia del Juez, en el sentido de que desarrolla una investigación en contra del imputado respecto de uno o más hechos determinados, en un plazo que no exceda de ocho días, cuando obren datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito; exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión y considere oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial; segundo, que el imputado haya rendido su declaración preparatoria o manifestado su deseo de no declarar, en el entendido de que, en la audiencia correspondiente, después de haber verificado el Juez que el imputado conoce sus derechos fundamentales dentro del proceso penal o, en su caso, después de habérselos dado a conocer, deberá ofrecerse la palabra al Ministerio Público para que exponga verbalmente el delito que se le imputare, la fecha, el lugar y el modo de su comisión, el grado de intervención que se atribuye al imputado, así como el nombre de su acusador; tercero, únicamente podrá dictarse por hechos que fueron motivo de la formulación de la imputación, pero el Juez puede otorgarles una clasificación jurídica diversa a la asignada por el Ministerio Público y, cuarto, que se establezca el lugar, el tiempo y la circunstancia de ejecución de tales hechos. Elementos de fondo: que de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público en la audiencia correspondiente, se adviertan datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, y no se encuentre demostrada, más allá de toda duda razonable, una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de incriminación, es decir, que no existan elementos objetivos perceptibles y verificables, dentro de la carpeta de investigación, que demuestren alguno de esos extremos.”

6.1.2 La reclasificación judicial del delito

Como ya analizamos al estudiar sobre la orden de aprehensión, la reclasificación de los hechos no es otra cosa más que discrepancias de



apreciación entre la representación social y el juzgador, dicho cambio judicial sobre la descripción legal subsumible a los hechos, es de gran trascendencia procesal, en virtud de que, es durante esta etapa donde se fija la *litis* en atención a lo que establece el artículo 19 tercer párrafo primera parte de la Constitución Federal, que dispone: *“Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso”*, destacando que el proveído de mérito, en realidad sólo fija la materia de la investigación y del eventual juicio¹²⁵.

De ahí que resulta trascendental la clasificación que de los hechos haga el juzgador pues atendiendo al delito se debe encaminar la construcción de la acusación y de la teoría del caso, sobre todo por lo que hace al elemento probatorio.

6.1.3 La prórroga del término constitucional y el derecho a anunciar datos de prueba

El texto Constitucional dispone en el numeral 19 primer párrafo el término en que deberá dictarse el auto de vinculación a proceso el cual no debe exceder de las 72 horas contadas a partir de que el indiciado fue puesto a disposición del Juez, dicho plazo es susceptible de prorrogarse a petición del indiciado.

Ahora bien, dicha prórroga hasta por plazo igual al de las 72 horas tenía la finalidad (en el sistema anterior), del ofrecimiento de medios de prueba para su inminente desahogo dentro de dicha duplicidad y aunque si bien es cierto, el Juez de la causa no estaba obligado a desahogarlas (en virtud de que para tales efectos se contaba con la instrucción), no menos cierto resulta que en ocasiones si se actualizaba dicho desahogo y que incluso dicha etapa recibe el nombre de pre instrucción, denominación que actualmente sigue vigente en el proceso penal federal, en términos del numeral 1° fracción II del Código Federal de Procedimientos Penales.

¹²⁵ Vid. Jurisprudencia citada en el página 80 del presente trabajo.



Con la reforma judicial, la disposición sobre la duplicidad del término Constitucional sigue intacta pues el artículo 19 cuarto párrafo primera parte de la Ley Fundamental reformada, conserva la misma redacción respecto del ordinal 19 segundo párrafo primera parte del Pacto Federal sin reforma, sin embargo, dicha armonía no existe respecto de lo que ha de motivar dicha duplicidad, es decir; si se podrán ofrecer medios de prueba para su desahogo en dicho término tal y como acontecería en el sistema penal anterior o si sólo se autorizara anunciar datos de prueba que tendrán como finalidad corroborar (en grado de probabilidad) los argumentos expuestos por las partes, limitándose el actuar del juzgador a valorar su racionalidad, para estar en aptitud de dictar el proveído de mérito más allá de toda duda razonable.

Como ya se había adelantado los dos supuestos anteriores ocurren en la praxis del nuevo sistema de enjuiciamiento penal de corte acusatorio, hecho que sin duda genera confusión, sobre cuál de estas dos hipótesis debe prevalecer, porque claro está que se trata de un sistema de enjuiciamiento penal nacional y aunque sea inconcuso que ningún cuerpo legal de procesamiento criminal ha de ser igual al de otra entidad federativa en aras de atender a las particularidades del Estado, ello no debe ser óbice para variar la estructura fundamental del proceso que se adopta y mucho menos para tergiversar éste.

El nuevo proceso penal adoptado en otras entidades de la república como los Estados de Morelos, Chihuahua y Zacatecas, se observa una tendencia escritural al permitir el desahogo de los medios demostrativos durante la duplicidad del término Constitucional para resolver la vinculación del imputado a proceso, cuestión que según mi apreciación, no debería ocurrir en este tipo de proceso acusatorio y oral, en virtud de la reducción de los estándares convictivos, y por supuesto del estadio en que se encuentra el desarrollo de la Prueba (genéricamente hablando).

Así las cosas tenemos que los artículos 281 primer párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Morelos, 322 primer párrafo primera parte del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Zacatecas y 283



primer párrafo primera parte del Código de Procedimientos Penales para el Estado Chihuahua, mismos que guardan una redacción idéntica a saber: *“la audiencia de vinculación a proceso a que se refiere el último párrafo del artículo anterior iniciara, en su caso, con el desahogo de los medios de prueba que el imputado hubiese ofrecido o presentado en la misma”*.

Estas entidades federativas concluyen en facultar el desahogo de los medios de prueba, que con el sistema de enjuiciamiento penal adoptado si es obligatorio dicho desahogo a diferencia del sistema anterior, la misma tendencia sigue el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, en los numerales 274 párrafos cuarto y quinto y 278 primer párrafo primera parte, aunque con distinta redacción, también se integra dentro de los estados que siguen la tendencia escritural.

Por otra parte se advierte que dicho desahogo debe ocurrir en forma parecida a las reglas que sigue el anticipo probatorio; es decir, que se deben observar los derechos y facultades que tendrían durante la audiencia de juicio oral¹²⁶, a su vez se destaca que dichos medios desahogados no podrán fundar la sentencia¹²⁷, siguiendo las reglas de la dualidad probatoria y sobre todo respetando el principio de contradicción, lo anterior también ha sido el criterio de la corte, localizable en el Semanario Judicial de la Federación, primera Sala, Novena Época, Tesis Aislada, Página: 436. Amparo en revisión 334/2008. 3 de diciembre de 2008. Cinco votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Juan Carlos de la Barrera Vite.

“AUDIENCIA DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL ARTÍCULO 283 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA NO CONTRAVIENE EL NUMERAL 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

¹²⁶ Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículo 283 párrafo primero segunda parte.

¹²⁷ Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, artículo 282.



El artículo 283 citado no contraviene el numeral 19 de la Constitución General de la República en tanto que respeta la garantía de audiencia previa al dictado del acto de molestia, consistente en el auto de vinculación a proceso, ya que prevé cómo debe llevarse a cabo el desahogo de la audiencia de vinculación a proceso al señalar que iniciará con el desahogo de los medios de prueba que el imputado hubiese ofrecido, siguiendo en lo conducente las reglas previstas para el desahogo de pruebas en la audiencia de debate de juicio oral; que desahogada la prueba, si la hubo, se le concederá la palabra en primer término al Ministerio Público y luego al imputado, y una vez agotado el debate el Juez resolverá sobre la vinculación o no del imputado a proceso; de ahí que no se le deja en estado de indefensión.”

Ahora bien, a pesar de que algunas entidades dispongan en sus respectivos Códigos de procesamiento criminal, facultades para el desahogo de medios de prueba en la duplicidad del término Constitucional.

Según mi aprecio, considero que es incorrecto lo que ocurre (permitir el desahogo de elementos probatorios dentro de la resolución sobre la vinculación a proceso), esto a título personal (se insiste), pues estoy convencido que ello contraviene el tipo de proceso acusatorio, además de resultar incongruente y violatorio del debido proceso en el ámbito de la igualdad procesal, ya que al Ministerio Público se le exige únicamente establecer la existencia de un delito a través de datos de prueba (estándar probatorio nimio), para que se vincule al imputado a proceso, mientras que a éste (imputado) no le bastara hacer la referencia a determinado medio de prueba aún no desahogado para evitar ser sometido a proceso, sino que en total desequilibrio procesal deberá ofrecer medios de prueba, para que sean desahogadas y valoradas por el juzgador de control (actos de prueba formalizados).

Por tales motivos considero más idóneas y congruentes las reglas que establece el Código de enjuiciamiento criminal para el Estado de México el cual, como ya hemos adelantado no armoniza con las reglas previstas con anterioridad, pues correctamente, bajo mi óptica, el numeral 296 cuarto párrafo



que dispone: *“En el plazo constitucional el imputado tendrá derecho a anunciar datos de prueba que a su interés convenga, relacionados con el hecho delictuoso y su probable intervención en el mismo.”*

De vital importancia resulta en dicho numeral la palabra “anunciar” lo que significa referenciar o anticipar el posible material probatorio, en un estatus de datos de prueba (se desprende del numeral), tal y como sucede con el Ministerio Público quien expone el delito y la intervención del imputado con base en los datos de prueba, que si bien el juzgador no los podrá apreciar directamente de la fuente escrita (carpeta de investigación), no menos cierto es que los podrá apreciar, si es el caso, a través de instrumentos digitales que le sean proyectados, en términos del ordinal 63 primer párrafo del ordenamiento en cita.

Esta dinámica que por supuesto es la que debe seguir la defensa, vertiendo en vía de alegatos los razonamientos, por supuesto apoyado de la proyección de medios probatorios digitalizados por los cuales se pretenderá que el juzgador no someta al imputado a proceso, (atendiendo al choque adversarial), tratando de confirmar las proposiciones fácticas de la teoría del caso a través de la proyección de datos de prueba, que tengan por objeto dotarlas de verosimilitud, a fin de generar la duda razonable en la mente del juzgador para que prevalezca la presunción de inocencia.

A mi parecer, esto es lo que debe ocurrir durante la etapa procesal del término Constitucional (en un verdadero sistema procesal penal acusatorio), limitando al Juez a valorar únicamente la racionalidad de las alegaciones, más allá de toda duda razonable que haga operar el principio referenciado, el criterio anterior se sustenta en concordancia con el criterio de los tribunales colegiados, curiosamente en un proceso penal que sigue la tendencia del desahogo probatorio dentro del término Constitucional el cual se localiza en el Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tesis Aislada, Página: 2900.



“AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUZGADOR, AL RESOLVER SOBRE SU PROCEDENCIA, DEBE ABSTENERSE DE ESTUDIAR LOS DATOS DE LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN Y, EN SU LUGAR, VALORAR LA RACIONABILIDAD DE LOS ARGUMENTOS DE LOS CONTENDIENTES (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA).

De los artículos 16, tercer párrafo, 19, primer párrafo y 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformados el dieciocho de junio de dos mil ocho, es dable considerar que el Constituyente, entre otras cuestiones, determinó, en principio, la no formalización de las pruebas en cualquiera de las fases del procedimiento penal bajo el sistema acusatorio, salvo excepciones; el impedimento a los Jueces del proceso oral para revisar las actuaciones practicadas en la indagatoria fue con el fin de evitar que prejuzguen, manteniendo con ello la objetividad e imparcialidad de sus decisiones, así como el principio de igualdad y contradicción, dada la horizontalidad de la posición de las teorías del caso de los contendientes, por una parte del agente del Ministerio Público, víctima u ofendido y, por otra, del imputado y la defensa, en relación con un hecho que la ley señale como delito (hecho ilícito, núcleo del tipo) y cuando exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. En conclusión, en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio adversarial, el juzgador, al resolver sobre la vinculación o no del imputado a proceso, debe abstenerse de estudiar los datos de la carpeta de investigación y, en su lugar, debe valorar la razonabilidad de los argumentos expuestos por la representación social y, en su caso, la contraargumentación o refutación del imputado o de su defensa.”

6.1.4 El recurso de apelación y el amparo indirecto en contra del auto de término constitucional

Poco hemos hablado de las consecuencias que vienen aparejadas con la reducción de los parámetros probatorios, para librar una orden de aprehensión, formular imputación y por supuesto para resolver sobre la vinculación del imputado a proceso, resulta muy relevante y por algunos criticado el hecho de



¿cómo? En un sistema que pretende privilegiar la presunción de inocencia y evitar la prisión preventiva en la mayoría de los casos, imponga estándares probatorios (datos de prueba) que faciliten y propicien el dictado de dichas resoluciones con mayor frecuencia, considero en lo personal que esta reducción a un estándar tan nimio, no es de sorprenderse recordando que este ya se venía observando y aún se aprecia en el sistema procesal penal escritural, en virtud de lo dispuesto por el artículo 134 primer párrafo del Código Federal de Procedimientos Penales que dispensa al Ministerio Público de la obligación de acreditar plenamente los elementos del cuerpo del delito.

Así luego, aunque si bien se trata de un sistema de procesamiento penal totalmente distintos y para nada equiparables, no menos cierto es que se va siguiendo una tendencia hacia la reducción de dicho estándar demostrativo desde el sistema anterior.

En otro orden de ideas, mucho se ha criticado el hecho de que al librar una orden de aprehensión y dictar un auto de vinculación a proceso, el Juez de control no pueda imponerse de la carpeta de investigación, teniendo por sentado y como cierto su contenido; ahora bien, (según mi aprecio) considero que un medio de control para dicha reducción de los parámetros demostrativos y sobre todo para mayor certidumbre, sobre la emisión de dichos proveídos (sin perder de vista las circunstancias bajo las que se dicta), es el juicio de amparo el que tiende a controlar dicha disminución convictiva y sobre todo la superficialidad con la que se resuelve sobre el particular, pues sólo se basa en argumentaciones racionales, lo que en cierto punto para los detractores del nuevo proceso puede ser insuficiente (en lo personal no lo aprecio así), para dictar una resolución.

Ahora bien, el auto de vinculación a proceso es susceptible de generar un acto de molestia, a pesar de que dicho proveído no traiga aparejada la restricción de la libertad por ser esto motivo de otra resolución que la imponga como medida cautelar, pues aún con la reforma judicial aunque de forma indirecta incide en la libertad personal, ya que ésta se ve afectada parcialmente en la medida en que



queda sujeto a un proceso, obligándolo a comparecer en los plazos indicados por el Juez, a no salir de su jurisdicción territorial porque dicha prosecución con pretensión punitiva requiere de su ineludible presencia, es por eso que, dicho auto en sí mismo (independientemente de la prisión preventiva) genera un grado de perturbación que es susceptible de impugnarse a través del juicio de amparo.

Este criterio ha sido tomado en consideración por los Tribunales Colegiados en la siguiente tesis: Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Tesis Aislada Página: 4296.

“AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO. LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL, AL ANALIZAR DICHA DETERMINACIÓN, PUEDE REITERAR LOS CRITERIOS DE AFECTACIÓN A LA LIBERTAD PERSONAL EMITIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ANTES DE LAS REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008.

Como lo refirió la Suprema Corte de Justicia de la Nación, antes de las reformas y adiciones de diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de dos mil ocho, la diferencia entre el auto de formal prisión y el entonces llamado auto de sujeción a proceso radicaba entre otras en que este último no restringía la libertad del todo, sino sólo la perturbaba al obligar al procesado a comparecer periódicamente ante el Juez instructor y a no salir de su jurisdicción territorial si no era con su autorización; luego en atención a las citadas reformas Constitucionales, donde existe un nuevo proceso penal de tipo acusatorio, adversarial y oral, aparece la figura del auto de vinculación a proceso que igualmente tiene por objeto someter al imputado a la segunda fase de la etapa preliminar del proceso penal, esto es, a la investigación formalizada, la que concluye cuando el Ministerio Público declara cerrada la investigación y formula la acusación, entre otras determinaciones posibles, continuando así dicho proceso que puede terminar con el dictado de una sentencia privativa de



su libertad personal. Ahora bien, el hecho de que a una persona se le vincule a un proceso penal implica que su libertad se afecte, al menos parcialmente, en la medida en que lo somete a un proceso penal con pretensión punitiva, cuya prosecución requiere de su ineludible presencia como presupuesto de continuidad, por lo que lo obliga a comparecer en los plazos o las fechas indicadas por el Juez que conozca del asunto cuantas veces resulte necesario con miras a garantizar, precisamente, la finalidad potencialmente punitiva de la sentencia con la que culmine, pues la libertad personal de los individuos no sólo se afecta a través de actos de autoridad que tengan como consecuencia material privar al gobernado de su libertad personal y deambulatoria en sentido estricto, sino que tal afectación también puede darse en el ámbito jurídico por el hecho de estar vinculado, precisamente, a un proceso de tal naturaleza donde, actualmente, con base en las potenciales audiencias subsecuentes que prevé el nuevo sistema procesal, así como las eventuales solicitudes de las partes (particularmente del Ministerio Público y a instancia de víctimas u ofendidos), la autoridad judicial competente puede, incluso, decretar otras medidas para garantizar el seguimiento del proceso penal; por lo que, aun cuando dicha determinación no lo priva, en sí misma, en forma directa de su libertad personal (pues es independiente de las posibles medidas cautelares adicionales), sí puede considerarse como un acto que la limita indirectamente, en tanto constituye una condición sine qua non para someterlo formal y materialmente a proceso, para la apertura y determinación del periodo de investigación subsecuente, para la continuidad del cauce procesal y para la posible imposición de alguna medida de coerción relacionada con las obligaciones derivadas de esa vinculación, lo cual sin duda repercute en la esfera jurídica del quejoso, al ubicar su condición como la de una persona sujeta a un proceso penal con todas las implicaciones jurídicas o sociológicas que ello conlleva. Y es que del mismo modo en que lo advirtió en su momento el Máximo Tribunal del País, al examinar el auto de "sujeción a proceso" del sistema procesal tradicional, el actual auto de vinculación a proceso genera igualmente una perturbación que, aunque indirecta, incide en la libertad personal. De no



aceptarse que existe una afectación, al menos indirecta o en grado de perturbación de la libertad del imputado, como consecuencia del auto de vinculación, se llegaría al absurdo de hacer nugatoria o pretender ignorar la importantísima finalidad que como garantía ejerce la Constitución Mexicana, es decir, la función garantista del tipo penal, que consiste también en evitar que a cualquier gobernado se le someta a un proceso penal (que por naturaleza tiene fines de pretensión punitiva estatal), sin justificarse previamente la satisfacción de los requisitos mínimos para ello, que exigen un estándar suficiente de acreditamiento de un hecho delictivo (no cualquier clase de acto o hecho ajeno a la materia penal) y de razonable probabilidad de intervención en la comisión de ese hecho. Por tal razón se estima que la emisión de un auto de vinculación a proceso, aun sin existir medidas cautelares complementarias, sí perturba o afecta, al menos indirectamente, la libertad personal; de ahí que, en atención a esa especial naturaleza, debe estimarse como supuesto adecuado para la procedencia del amparo y del otorgamiento de la suspensión en lo conducente a esa misma naturaleza excepcionalmente especial. En ese sentido, es claro que la jurisprudencia superada por la legislación reformada no resulta aplicable ni exigible en sentido estricto, pero ello no quiere decir que la autoridad jurisdiccional esté impedida para reiterar el criterio que emana de ella si resulta igualmente aplicable en lo conducente a las nuevas hipótesis normativas, sobre todo cuando éstas son esencialmente idénticas en razones y circunstancias de potencial afectación a la misma garantía o derecho fundamental que la Constitución del País protege, toda vez que donde hay la misma razón no cabe desconocer la misma aplicabilidad de un criterio racional y sustancialmente depurado por la Suprema Corte, que en este caso, este Tribunal Colegiado, dentro del ámbito de su competencia, lo asume y reitera como propio. En efecto, este tribunal comparte tal consideración y reitera, en lo conducente, el aludido criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que aunque si bien se refiera al "acto de sujeción a proceso", resulta esencial y racionalmente análogo en defensa de la misma garantía de libertad personal, la cual con la creación del sistema penal acusatorio no sólo subsiste sino incluso se ve



mayormente tutelada frente a ataques al debido proceso penal, entendido como derecho humano fundamental y reconocido como presupuesto válido de toda pretensión punitiva posible; aspecto que sigue siendo materia de control de Constitucionalidad ineludible, independientemente del sistema procesal que se adopte.”

En otro contexto, la demanda de amparo indirecto contra el auto de vinculación a proceso puede interponerse en cualquier tiempo conforme lo establece el artículo 22 fracción II segundo párrafo la Ley de Amparo, aun cuando no traiga implícita la privación de la libertad pues como se analizó en el párrafo anterior, dicho proveído si provoca una restricción a la libertad aunque no sea de forma absoluta sí actualizan el caso temporal de excepción para enderezar la demanda de amparo, por tratarse de ataques a la libertad personal a que se refiere la fracción II del artículo antes invocado, lo anterior se robustece con el criterio jurisprudencial a saber: Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tesis aislada, Página: 2794.

“AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. SU DICTADO ACTUALIZA EL CASO TEMPORAL DE EXCEPCIÓN PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA DE AMPARO PREVISTO EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 22 DE LA LEY DE LA MATERIA AUN CUANDO NO TRAIGA IMPLÍCITA LA PRISIÓN PREVENTIVA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA).

Si bien es cierto que la regla general para la interposición de la demanda de amparo que establece el artículo 21 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales es de quince días, también lo es que existen excepciones a aquélla en términos del artículo 22 de la ley de la materia, por ejemplo, el privilegio previsto en la fracción II de este último numeral, que omite fijar una temporalidad tratándose de actos que lesionen la libertad personal, como lo es el dictado del auto de vinculación a proceso a que se refiere el numeral 280 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, con el cual, aun cuando no trae implícita la prisión preventiva, en virtud de que para ello hay disposición expresa en el citado marco procesal penal, sí actualiza



dicha excepción; y aunque el dictado del auto de vinculación implica reservar el estudio de la imposición de la medida cautelar para uno posterior de acuerdo a las circunstancias del caso, debe tomarse en cuenta que al surtirse en un futuro las hipótesis que establecen los artículos 157, 158, 170 y 173 del referido código, será posible retener al activo en prisión preventiva; de ahí que el auto de vinculación a proceso, que ahora es propio de un sistema de justicia penal acusatorio, implica exactamente lo mismo que el llamado auto de formal prisión que estaba previsto en el anterior sistema inquisitorio de justicia penal en el Estado de Chihuahua y, por ende, su dictado actualiza el caso temporal de excepción a que alude la fracción II del invocado artículo 22.”

Tratándose de la demanda de garantías interpuesta contra el auto de vinculación a proceso no es menester agotar el principio de definitividad, es decir su procedencia no se supedita a la interposición del recurso de apelación pues aun y cuando no trae implícita la restricción de la libertad personal, dicha excepción al principio antes descrito establecida en el artículo 107 fracción XII de la Constitución Federal refiere su procedencia ante la violación directa de los artículos 16, 19 y 20 de la Constitución Federal en materia penal y así luego, al estar regulado dicho proveído por el artículo 19 Constitucional se debe actualizar dicha excepción, criterio que los Tribunales Colegiados de Circuito han convalidado en la siguiente Tesis: Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tesis Aislada, Página 1229.

“AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. PUEDE IMPUGNARSE A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO SIN NECESIDAD DE PROMOVER PREVIAMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE OAXACA).

El citado auto tiene por objeto someter al imputado a la segunda fase de la etapa preliminar del proceso penal, esto es, a la investigación, la que concluye cuando el Ministerio Público declara cerrada la investigación y formula la acusación, entre otras determinaciones, continuando así dicho proceso, el que puede terminar con el dictado de una sentencia que lo prive de su libertad



personal. Ahora bien, el hecho de que a una persona se le vincule a un proceso penal implica que su libertad absoluta se vea afectada en la medida en que lo somete a un proceso, cuya prosecución requiere de su presencia, por lo que lo obliga a comparecer en los plazos o fechas indicadas por el Juez que conozca del asunto, pues la libertad personal de los individuos no sólo se afecta a través de actos de autoridad que tengan como consecuencia material privar al gobernado de su libertad personal, sino que tal afectación también puede darse en la vida jurídica por el hecho de estar vinculado precisamente a un proceso. Por lo que, aun cuando dicha determinación no lo priva en forma directa de su libertad personal, sí puede considerarse como un acto que la limita indirectamente, en tanto constituye una condición para someterlo a proceso y para la imposición de alguna medida de coerción; por tanto, el auto de referencia puede impugnarse a través del juicio de amparo sin necesidad de promover previamente el recurso de apelación a que se refiere el artículo 433 del Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca. Independientemente de ello, la excepción al principio de definitividad prevista por la fracción XII del artículo 107 de la Norma Fundamental, no supedita su procedencia a que el acto reclamado afecte la libertad del quejoso, sino que la hace depender de la violación de cualquiera de las garantías tuteladas por los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

Por lo que hace al tema probatorio en el juicio de amparo que se interpone en contra del auto de vinculación a proceso existían dos criterios de Jurisprudencia, por un lado se sostiene que en el juicio de garantías el Juez de distrito puede revisar la carpeta de investigación y tomar en consideración los medios de convicción que ahí se encuentran aun cuando no hayan sido desahogados ante el Juez de control este criterio es sostenido por los Tribunales Colegiados de Circuito en la Tesis de Jurisprudencia: Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tesis de Jurisprudencia, Página: 848.



“AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUEZ DE DISTRITO PUEDE RECABAR LAS CONSTANCIAS CONTENIDAS EN LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN DONDE OBRAN LOS ELEMENTOS DE PRUEBA INCRIMINATORIOS QUE SE VALORARON PARA EMITIR AQUELLA DETERMINACIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA).

Para el dictado del auto de vinculación a proceso, el Juez de Garantía se apoya en las evidencias que el agente del Ministerio Público del fuero común extrajo para realizar la imputación correspondiente y en las actuaciones contenidas en su carpeta de investigación, en donde obran todos y cada uno de los elementos de prueba incriminatorios que se valoraron y justipreciaron para emitir dicho auto. Ahora bien, acorde con el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, el Juez de Garantía no puede revisar la carpeta de investigación antes de dictar sus resoluciones, salvo que exista controversia respecto a su contenido, lo que no significa que tal disposición resulte de observancia obligatoria para el Juez de Distrito, quien al tener una función jurisdiccional de naturaleza diferente como es la custodia de la supremacía Constitucional sobre los actos de autoridad reclamados, es evidente que no puede, para los efectos del juicio de amparo, tener como cierto e indiscutible el contenido de dicha carpeta. Además, existen limitantes específicas para considerar que se ha violado el procedimiento en un juicio de amparo, entre ellas, que las pruebas que fueron rendidas ante la autoridad responsable no hayan sido remitidas al juicio Constitucional, según lo ilustra la frase prevista en el artículo 78 de la Ley de Amparo al señalar: "que habiendo sido rendidas ante la responsable, no obren en autos", lo cual debe interpretarse como los medios de convicción que fueron tomados en consideración, aun cuando no fueron desahogados ante el Juez de Garantía, sino ante el agente del Ministerio Público, y a pesar de que físicamente tampoco el juzgador los tuvo en su poder, ya que al margen de ello sustentan el auto de vinculación a proceso reclamado. Sin que sea óbice para considerar lo anterior que, de acuerdo con las reglas procesales que rigen el procedimiento oral en materia penal vigente en el Estado, no exista fundamento legal para que



el Juez de Garantía pueda recabar constancias de diversas autoridades respecto de las cuales no existe subordinación, pues dicha limitante no alcanza al Juez de Distrito que tiene la facultad prevista en la Ley de Amparo para poder requerir directamente a la representación social la remisión de las copias certificadas de todas y cada una de las constancias que integran la carpeta de investigación y no se glosan al procedimiento oral del que emana el auto de vinculación a proceso reclamado, que como sustento del mismo conformó y conserva el agente del Ministerio Público del fuero común, ya que el artículo 152 de la Ley de Amparo contiene la facultad del Juez de Distrito de exigir a los funcionarios o a las autoridades la expedición de las copias o los documentos que deban servir como prueba en un juicio de amparo.”

Por otro lado tenemos el criterio que pregona que el Juez de distrito no debe tomar en consideración las pruebas que no se hayan rendido ante la autoridad responsable a efecto de vulnerar el equilibrio procesal y principalmente para que el Juez Federal no sustituya al Juez de la causa, este criterio ha sido sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, Décima Época, Tesis Aislada, Página 270.

“AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUEZ DE DISTRITO, AL ANALIZAR SU CONSTITUCIONALIDAD, NO PUEDE CONSIDERAR DATOS NO OFRECIDOS NI DESAHOGADOS EN LA AUDIENCIA CORRESPONDIENTE.”

Conforme al primer párrafo del artículo 78 de la Ley de Amparo, en las sentencias dictadas en los juicios de garantías, el acto reclamado se apreciará tal como aparezca probado ante la autoridad responsable, y no se admitirán ni tomarán en consideración las pruebas que no se hubiesen rendido ante dicha autoridad para comprobar los hechos que motivaron o fueron objeto de la resolución reclamada. Así, de llegarse a considerar en el análisis Constitucional de un auto de vinculación a proceso los datos de investigación aportados por el Ministerio Público o los del imputado o su defensor que no se hayan ofrecido y



desahogado en la audiencia de vinculación a proceso y, por tanto, tampoco sometidos al escrutinio de las partes procesales, se vulneraría la fracción V, del apartado A, del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, en el sentido de que las partes tienen igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente y, con ello, el principio de contradicción que rige el proceso penal acusatorio, que permite el equilibrio entre las partes y conduce a un pleno análisis judicial de la contienda.”

Ahora bien ante estos dos criterios aparentemente contradictorios la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto en un sentido ecléctico, pues curiosamente el Juez Federal al estudiar sobre la constitucionalidad del auto de vinculación a proceso podrá revisar la carpeta de investigación y no hacerlo, pues sólo ocurrirá lo primero si es que el Juez de control la revisó y dicha revisión únicamente versara sobre los datos de prueba a los que el Juez natural haya tenido acceso y no así respecto de los demás, así lo resolvió la Primera Sala del máximo tribunal mexicano en la tesis de Jurisprudencia localizable en el Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, Décima Época, Tesis de Jurisprudencia, Página 993.

“ORDEN DE APREHENSIÓN O AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUEZ DE DISTRITO PARA RESOLVER SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD NO ADMITIRÁ NI TOMARÁ EN CONSIDERACIÓN DATOS QUE NO SE HUBIESEN TOMADO EN CUENTA POR EL JUEZ DE GARANTÍA PARA SU EMISIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA).

Conforme a lo establecido por el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, el Juez de garantía está impedido para revisar la carpeta de investigación antes de dictar sus resoluciones, salvo que exista una controversia entre los intervinientes respecto al contenido de dicha carpeta; sin embargo, no puede considerarse que dicha limitante resulte extensiva para el Juez de amparo tratándose del proceso penal acusatorio, para que éste pueda tener acceso a dicha carpeta de investigación, ya que esa



facultad deriva de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 78 de la Ley de Amparo que dispone que en las sentencias que se dicten en los juicios de amparo, el acto reclamado se apreciará tal como aparezca probado ante la autoridad responsable, y no se admitirán ni se tomarán en consideración las pruebas que no se hubiesen rendido ante dicha autoridad para comprobar los hechos que motivaron o fueron objeto de la resolución reclamada, de ahí que sólo en el caso de que el Juez de garantía hubiere tenido acceso a la carpeta de investigación, es que el Juez federal podrá imponerse de la misma, pero solamente respecto de los datos que aquél haya tenido en cuenta a fin de dilucidar la controversia. Ello es así, porque de llegar a considerarse datos en que no se hubiera fundado la petición de una orden de aprehensión o que se hayan desahogado en la audiencia de vinculación a proceso, se vulneraría lo dispuesto por el último párrafo de la fracción V del apartado A del artículo 20 Constitucional, en el sentido de que las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente; y con ello, el principio de contradicción que rige el proceso penal acusatorio, que permite el equilibrio entre las partes y conduce a un pleno análisis judicial de la contienda.”

Cabe destacar la importancia que tendrá el hecho de que se anuncien datos de prueba, o en determinadas legislaciones como Chihuahua, Morelos, Zacatecas y Oaxaca (por mencionar algunos) el rendir los medios de prueba, durante la duplicidad del término Constitucional, ya que estaremos propiciando que en caso de llegar al juicio de garantías, el Juez de amparo tenga mayores elementos para en su caso otorgar la protección Constitucional, hacer lo contrario (no anunciar datos de prueba ni rendir medios de prueba), implicaría limitar al juzgador federal a resolver sobre la constitucionalidad del proveído de mérito con base en alegaciones no corroboradas, dificultando (a mi parecer) el otorgamiento del amparo liso y llano (en caso de proceder).



6.2 Plazo para el cierre de Investigación

El numeral 298 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México señala en esencia que una vez se haya resuelto la vinculación a proceso el juzgador de oficio o a petición de parte deberá señalar un plazo dentro del cual el ministerio público deberá allegarse de todos los elementos que le permitan sustentar su acusación, dicho plazo es de gran importancia pues limita en gran parte las pretensiones del Ministerio Público como se estudiara a continuación.

6.2.1 El plazo para el cierre de la investigación como un medio que controla la reducción de los estándares probatorios

Mucho se ha dicho sobre la reducción del estándar probatorio propio del nuevo sistema de justicia penal mexiquense, haciendo notar como consecuencia de que se libre con mayor finalidad una orden de aprehensión y que se vincule a proceso con mucha mayor frecuencia.

Así luego, tenemos que estas consecuencias se vean equilibradas o propiamente dicho controladas por otras resoluciones procesales, es por ello que tenemos que al vincular a un imputado a proceso *“El Juez de control, de oficio o a solicitud de parte, debe fijar un plazo para el cierre de la investigación, tomando en cuenta la naturaleza y la complejidad de los hechos atribuidos el cual no podrá ser mayor a dos meses en caso de que el delito merezca pena máxima que no exceda de dos años de prisión, o de hasta seis meses si la pena excede de ese tiempo”*¹²⁸.

Bajo esta premisa, el Ministerio Público queda sujeto a una temporalidad en la que deberá preparar su teoría del caso para sustentar su acusación y ofrecer los medios de prueba con los que pretenda demostrarla, por lo que antes de ejercitar acción penal deberá ponderar la conveniencia de someterse a un plazo para cerrar la investigación, tomando en cuenta los datos de prueba (potencialmente medios de prueba) con los que cuenta, ya que en caso de no

¹²⁸ Artículo 298 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.



tener fortalecida su acusación para cuando haya fenecido el plazo, deberá solicitar el sobreseimiento de la causa, o incluso ante la negativa de formularla se decretará dicho sobreseimiento en términos del artículo 302 fracción V del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, bajo este contexto el Ministerio Público debe pensar bien la viabilidad de formalizar el proceso, si no considera tener una acusación fortalecida para cuando se deba cerrar la investigación, así tenemos que de esta forma se equilibra la reducción convictiva.

6.2.2 Inicio de la investigación bajo control judicial

Fijado el plazo para el cierre de la investigación da inicio la investigación judicializada en la cual el Ministerio Público debe allegarse de todos los elementos convictivos para sustentar la acusación, el Juez de garantía que controlará la investigación que haga el Ministerio Público autorizando las actuaciones de investigación que así lo requieran, así mismo se convalidan y formalizan las medidas cautelares entre otros efectos que se producen con la formalización de la investigación, para mayor comprensión me permito citar una tesis localizable en el Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Tesis Aislada, Página: 4299. Incidente de suspensión (revisión) 91/2011. 7 de julio de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro.

"AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. ES SUSCEPTIBLE DE PRODUCIR, POR SÍ MISMO, UN ESTADO DE PERTURBACIÓN FORMAL E INDIRECTA A LA LIBERTAD PERSONAL DEL IMPUTADO QUE DEBE TOMARSE EN CUENTA PARA EFECTOS DEL AMPARO (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE MÉXICO).

El artículo 292 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, que se refiere a los efectos de la formulación de la imputación, señala: "La formulación de la imputación producirá los siguientes efectos: I. Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal; II. Comenzará a correr el plazo



para el cierre de la investigación; y III. El Ministerio Público perderá la facultad de archivar provisionalmente la investigación. ...". Por su parte, el artículo 294 del mismo ordenamiento prevé que de no reunirse alguno de los requisitos para el dictado del auto de vinculación a proceso, se dictará auto de "no vinculación" y "se dejará sin efecto las medidas cautelares personales y reales que hubiere decretado", de donde se sigue que los efectos de la imputación con las eventuales medidas cautelares se formalizan y convalidan para la continuidad de la siguiente etapa de investigación formalizada, precisamente como consecuencia del auto de vinculación, lo que significa, entre otras cosas, la formalización y continuidad de la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal y la confirmación de la pérdida de la facultad de archivo provisional de la investigación por parte del Ministerio Público. Como se ve, el auto de vinculación a proceso genera la determinación o fijación obligada del plazo para el cierre de la investigación formal, lo que significa el establecimiento o precisión de un lapso durante el cual el inculcado queda constreñido a los efectos y fines de dicha investigación, con todas las consecuencias que pueda acarrear incluso de tipo social y mediático. Ahora bien, del análisis integral e interrelacionado de los mencionados preceptos 292, 294 y 298 del citado código se revela que el auto de "no vinculación a proceso" implica dar a la fiscalía la posibilidad de volver a formular imputación (o de no hacerlo), así como establecer un plazo o límite para ello (seis meses). También se advierte de manera implícita el efecto de reanudación del curso de la prescripción posible de la acción penal, todo lo cual, sin duda, incide en un posible beneficio de la situación jurídica del imputado; así, por razones obvias, el dictado de "vinculación a proceso" repercute negativamente en dichos aspectos que se traducen, en tal caso, en la producción de un estado de perturbación formal e indirecta a la libertad del imputado que debe tomarse en cuenta para efectos del amparo."

Si bien es cierto ésta se refiere al auto de vinculación a proceso, también lo es que ejemplifica de forma clara los efectos que trae consigo la formalización de la investigación objeto de estudio.



Capítulo segundo

La prueba en la etapa intermedia

1 Desarrollo de la etapa intermedia

La etapa intermedia tiene gran relevancia para el tema probatorio, toda vez que es durante esta donde ocurre gran parte de la actividad probatoria, ocurriendo el ofrecimiento de medios de prueba y su exclusión, también tienen lugar los acuerdos probatorios y el análisis sobre la licitud de los medios ofertados, como a continuación analizaremos.

1.1 La acusación como requisito previo a la apertura de la etapa Intermedia

En nuestro nuevo sistema de enjuiciamiento criminal se prevé que el proceso penal será de corte acusatorio¹²⁹ y así tenemos que la acusación se toma como el núcleo fundamental del tipo de proceso y ello es así, si consideramos que la acusación es la materialización de la pretensión punitiva del Estado y que de prescindir de ésta, no se podría dar paso al juicio oral lo que implica no enjuiciar al imputado.

En otra orden de ideas, se observa que la acusación es el resultado de toda la investigación que realiza el Ministerio Público durante la etapa con este nombre, tanto de la inicial como de la formalizada, es decir en la acusación encontramos el cúmulo de datos de prueba y de los medios probatorios con base en los cuales se fija el delito por el que ha de acusar, así como la acreditación de ciertos hechos que la sustentan, siendo estos últimos los que deberán ser objeto de ofrecimiento, admisión y exclusión durante esta etapa dejando de lado ya el estatus de datos de prueba; así tenemos que previo a la apertura de la etapa intermedia debe mediar la acusación como requisito *sine qua non* para que continúe el proceso.

¹²⁹ Artículo 2 inciso a) del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.



1.1.1 Contenido de la acusación

La formulación de la acusación debe ser presentada por escrito ante el Juez de control quien la revisara en la forma, es decir, sólo podrá verificar que cumpla con los requisitos de forma que establezca el código adjetivo penal, sin que pueda ir más allá de tal directriz, o sea que, nunca podrá ejercer un control de fondo sobre la clasificación legal de los hechos atribuidas a los preceptos legales aplicables, pues únicamente podrá acordar la admisión de los medios de prueba ofertados, los acuerdos probatorios a que lleguen las partes, la exclusión de medios convictivos ilícitos así como la apertura a juicio oral, entre otras actividades, pero nunca podrá hacer pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Así tenemos que los requisitos formales de la acusación son los que establece el diverso 307 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México a saber:

I. La individualización del acusado y su defensor.

II. La individualización de la víctima u ofendido.

Esta precisión tiene relevancia procesal pues será esta persona quien tendría potencialmente el derecho a la reparación del daño y para instituirse como acusador coadyuvante con los derechos que otorga el artículo 20 apartado "C" de la Constitución Federal.

III. El relato circunstanciado de los hechos atribuidos, sus modalidades y clasificación legal.

Si tomamos en consideración que con fundamento en el artículo 19 quinto párrafo parte primera de la Carta Magna, el auto de vinculación fija los hechos por los que deberá seguirse el proceso, este relato debe referirse a los mismos hechos y personas incluidos en dicho auto, sin perjuicio de que cambie la clasificación legal, es decir reclasifique la conducta en la acusación. Lo anterior en armonía con lo dispuesto por el numeral 307 párrafo *In fine* del Código de



Procedimientos Penales para el Estado de México.

IV. La forma de intervención que se atribuye al imputado.

V. La mención de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que, en su caso, concurrieren.

VI. La expresión de los preceptos legales aplicables.

Esto es la fundamentación a que se refiere la sub garantía de seguridad jurídica a fin de que, en este caso, el acusado conozca y pueda contestar la acusación.

VII. El ofrecimiento de los medios de prueba que el Ministerio Público se propone desahogar en el juicio.

Este es el momento procesal oportuno para que el Ministerio Público ofrezca los medios de prueba (ya no datos de prueba), ya que, es la etapa intermedia donde se abrirá el debate sobre la exclusión y admisión de los medios de prueba que se pretendan desahogar durante la audiencia de debate de Juicio oral, por lo que el representación social deberá ofertarlos colmando los requisitos que en particular requiera cada elemento probatorio para su admisión.

Cabe hacer mención que a pesar de que no se mencione en dicha fracción a mi parecer el Ministerio Público también tendrá que precisar en su acusación, la prueba que haya sido objeto de desahogo anticipado, así como en su caso, las actuaciones realizadas en la fase de investigación, por no ser posible su reproducción en la audiencia de debate de juicio oral por existir riesgo para testigos o víctimas, en tratándose de delincuencia organizada a que se refiere el artículo 20 apartado "B" fracción V segundo párrafo Constitucional.

VIII. Las penas y medidas de seguridad que el ministerio público solicite, incluyendo en su caso, el concurso de delitos.

IX. Los daños que, en su caso, se considere se causaron a la víctima u ofendido y los medios de prueba que ofrezca para acreditarlos.



Estos medios de prueba son distintos a los que se aportan para acreditar la responsabilidad penal del acusado, más bien estos tienden a acreditar la procedencia de la reparación del daño así como el monto que es procedente reclamar, mismo que el Ministerio Público debe solicitar el pago de ésta ante el Juez o Tribunal oral.¹³⁰

X. En su caso, la solicitud de que se aplique el procedimiento abreviado.

1.1.2 El ofrecimiento de los medios de prueba

El artículo 341 del Código adjetivo penal mexiquense, establece la posibilidad de ofertar como elemento convictivo cualquier medio que conduzca al esclarecimiento de los hechos, estableciéndose como únicas limitantes que sean incorporados y producidos conforme a las reglas del Código, es decir que no se conculquen derechos fundamentales de conformidad con el artículo 20 apartado "A" fracción IX de la Constitución Federal.

Por otra parte se advierte que dicha legislación procesal regula como medios de prueba que pueden ofrecer las partes, los testimonios, los peritajes, los documentos, la prueba material y de forma excepcional las inspecciones y la reconstrucción de hechos.

1.1.2.1 Ofrecimiento de testimonios

El diverso 308 primer párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México dispone que al ofrecer la testimonial el Ministerio Público deberá proporcionar sus nombres, domicilios y los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones, es decir, la materia o tipo de ateste, pues recordamos que existen diversos tipos de testigos, así, tenemos testigos de hechos, de capacidad económica, de identidad, de buena conducta de coartada, de existencia y falta posterior, de evidencia, entre otros; es inconcuso que la materia de la declaración deberá atender al tipo de testigo, verbigracia, si se ofrece un testigo de identidad no podrá interrogársele sobre los hechos o

¹³⁰ Artículo 131 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.



sobre su capacidad económica aun y cuando declare sobre estos puntos no deberá tener valor probatorio su ateste.

En otro orden de ideas los artículos 95 y 344 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México establece la obligación de que toda persona que tenga conocimiento sobre un hecho delictuoso ocurra ante el requerimiento judicial a declarar sobre ellos, exceptuando a aquellos que tengan el deber de guardar secreto en razón de su profesión¹³¹.

Además de aquellas que tienen derecho abstenerse como el cónyuge, concubina o concubinario, tutor, curador o el pupilo del imputado, sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o civil y tercero por afinidad en atención a lo que dispone el artículo 345 primer párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en este último caso se podrán ofrecer como testigos a las personas mencionadas pero antes de rendir su declaración se le deberá informar de la facultad que tienen de abstenerse, si aceptan declarar no podrán negarse a contestar las preguntas formuladas.

Ahora bien, al ofrecer testimonios la parte oferente podrá comprometerse a presentarlo y en caso de que el testigo no comparezca se le tendrá por desistido de la prueba, así lo prevé el artículo 347 del Código adjetivo penal mexiquense en sus partes primera y segunda, a su vez la cuarta parte del numeral antes citado dispone que el testigo puede presentarse sin previa cita.

Las partes, para examinar a sus testigos en su ofrecimiento podrán solicitar al órgano jurisdiccional de control libre una orden de citación¹³² para efectos de que comparezca a la audiencia de juicio, empleando un doble apercibimiento, pues debe apercibir al testigo en términos de los artículos 96 primer párrafo segunda parte y 348 primer párrafo primera parte del Código de enjuiciamiento criminal para el Estado de México, que de no comparecer sin justa causa el Juez acordará su comparecencia ordenando a la Policía su localización e

¹³¹ Artículo 346 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

¹³² Artículo 347 Primera Parte del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.



inmediata presentación a la audiencia, sin ser necesario enviar nueva citación o agotar previamente algún otro medio de apremio, por otra parte también se puede solicitar al Juez de control en términos de los numerales 96 primer párrafo parte primera en relación con el 99 del ya mencionado Código que la Policía encargada de efectuar la citación emita un informe señalando la forma en que se llevó a cabo dicha citación, apercibiéndolo que en caso de no hacerlo se le impondrá una de las medidas de apremio prescritas en el artículo 76 del Código adjetivo penal mexiquense.

Cuando se pretenda la citación a militares y servidores públicos se hará por conducto del superior jerárquico respectivo¹³³; si se trata de servidores públicos que gocen de fuero, extranjeros que gocen de inmunidad diplomática, autoridades judiciales de mayor jerarquía y las autoridades judiciales federales que ejerzan jurisdicción dentro del territorio del Estado podrán ser examinados en sus oficinas¹³⁴; las personas que no puedan concurrir al juzgado por impedimento físico serán examinadas en el lugar donde se encuentren¹³⁵ y en los dos casos anteriores, dispone el artículo 351 del Código de enjuiciamiento penal para el Estado de México, que de ser posible el ateste se transmita por sistemas de reproducción a distancia, o bien se graben por cualquier medio para su reproducción en el momento oportuno en el juzgado.

El numeral 352 del mismo ordenamiento prevé que cuando se tenga que recibir el testimonio de menores de edad y víctimas de los delitos de violación o secuestro el juzgador podrá ordenar su recepción en sesión privada y con auxilio de familiares o peritos, utilizándose técnicas audiovisuales adecuadas; en casos graves el Juez podrá ordenar las medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo por un tiempo razonable, renovándose cuantas veces sea necesario, de igual manera el Ministerio Público deberá adoptar estas medidas de protección, así lo prevé el artículo 353 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

¹³³ Artículo 97 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

¹³⁴ *Ibidem*, Artículo 349.

¹³⁵ *Ibidem*, Artículo 350.



Para finalizar tenemos que en las audiencias las citaciones se harán de forma verbal a las personas que estuvieren presentes¹³⁶ y para el caso de que se ignore el domicilio de la persona que deba ser citada, se encargará a la Policía a que lo averigüe y lo proporcione en el plazo que se le fije o informe lo conducente¹³⁷.

1.1.2.2 Ofrecimiento de peritaciones

Este medio de prueba tiene como finalidad aportar al juzgador máximas, de la experiencia, científicas o culturales con las que él no cuenta, es por ello que únicamente cuando se requieran conocimientos especiales se procederá a su intervención, facilitándole al juzgador la percepción y apreciación de los hechos.

Para el ofrecimiento de experticias se debe cumplir con ciertos requisitos específicos, el primero de ellos se deriva del artículo 308 segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, el cual impone la obligación de individualizar al perito cuya comparecencia se solicita, con independencia de que pueda ser presentado por el oferente de la prueba, siguiéndose las mismas reglas que para la citación de los testigos, para el caso de que la parte oferente no presente al perito.

Un el segundo requisito se deriva del mismo numeral y es el inherente a indicar los títulos o calidades con respecto a la profesión, arte u oficio del experto¹³⁸; con fundamento en el diverso previamente citado se desprende un tercer requisito el cual se exige sólo al Ministerio Público (según mi apreciación) inherente a acompañar el informe pericial respectivo; es decir, el ofrecimiento de dicha experticia debe estar precedida del informe que se haya rendido en una etapa anterior, considero que esto tiene por objeto privilegiar una defensa adecuada pues dicho informe estará a la vista de la defensa para en su caso ofrecer prueba pericial en la misma materia, o bien preparar objeciones en cuando a su idoneidad, calidad profesional o sobre las conclusiones a que haya llegado.

¹³⁶ *Ibíd*em, Artículo 98.

¹³⁷ *Ibíd*em, Artículo 99.

¹³⁸ Artículo 356 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.



Un cuarto requisito es que dicho informe cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 268 tercer párrafo del Código adjetivo penal mexiquense (mismo que agotamos al estudiar la práctica de peritajes como acto de investigación); para fijar la idoneidad de la pericia al igual que los testimonios se debe señalar la materia y los puntos sobre los cuales versara y su relación con los hechos a fin de establecer su necesidad.

Por último se establece como requisito que cuando la pericia verse sobre elementos materiales y evidencia física se deberán anexar los documentos que acrediten, en su caso la cadena de custodia en términos del artículo 287 del Código de enjuiciamiento criminal para el Estado de México.

Cabe hacer mención, que no obstante en el nuevo proceso de juzgamiento criminal sólo se considera prueba a la practicada en la audiencia de Juicio, en tratándose de las pericias esto se refiere a que el perito ocurra a dicha audiencia a exponer el dictamen y a someterse a un interrogatorio cruzado no en cuanto a su actividad principal, ya que, en la mayoría de las veces el perito la realiza fuera de la sala de audiencias, en el lugar de los hechos o del hallazgo o laboratorios, por lo que en la audiencia de debate de juicio oral sólo ocurre para explicar sus procedimientos y conclusiones.

Es menester recordar que cuando el Ministerio Público provea la práctica de pericias durante la investigación debe *“siempre que sea posible”* (ya se criticó el hecho de que no existan criterios para determinar en qué casos no existe la obligación de informar al imputado) autorizar a la defensa y a sus consultores presenciar la práctica del peritaje y solicitar aclaraciones pertinentes.

Lo anterior sale a relación pues no siempre las partes tienen la oportunidad de que sus peritos tengan el punto de referencia o base de opinión directa; es decir, habrá ocasiones en que, sólo el Ministerio Público en su carácter de autoridad pueda proveer la práctica de un peritaje que quizá el perito de la defensa no pueda observar en la fuente; por ejemplo en una pericial en materia de tránsito terrestre donde el lugar tiende a destruirse y alterarse, el Ministerio Público ordenará su práctica y para cuando el imputado quiera hacer lo propio



el lugar ya estará tan alterado que quizá ya no haya ninguna posibilidad de practicarla; en tal caso, se estaría en presencia de un peritaje irreproducible mismo que al momento de ofrecerse debe precisarse que se cumplió con las reglas establecidas en el diverso 284 del Código de enjuiciamiento penal para el Estado de México y aunque dicho Código no la regule –según mi aprecio- esta ocurriría sin perjuicio de que otro perito pueda rendir su informe tomando como base de opinión un tercer elemento como fotografías, videos o informes.

Fuera de estos casos, la defensa puede solicitar al Ministerio Público o al Juez que controla la investigación la autorización para practicar peritajes sobre objetos, muestras o bienes asegurados, atento a lo dispuesto por el numeral 248 tercer párrafo primera parte del Código adjetivo penal mexiquense a fin de ofertarlas en la etapa respectiva.

1.1.2.3 Ofrecimiento de documentos

El artículo 359 del Código de enjuiciamiento penal para el Estado de México nos define que debe entenderse por documentos, siendo cualquier objeto dotado con poder representativo, con la reforma judicial prevalece la clasificación de documentos públicos y privados, con la diferencia de que ahora no se le debe dar el valor de prueba plena a los primeros con el fin de no contravenir el sistema de valoración de pruebas de la libre convicción y la sana crítica, con dicha reforma los documentos públicos gozan de la presunción de ser auténticos en términos del dispositivo 360 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, razón por la cual no pueden ser objetados sino más bien se les puede redargüir de falsos únicamente.

Por otra parte el numeral 361 del mismo dispositivo legal establece los medios a través de los cuales se pueden identificar y autenticar los documentos privados.

Por lo que hace al ofrecimiento de documentos el nuevo tipo de enjuiciamiento penal mexiquense, establece reglas muy peculiares, pues en este tipo de proceso donde se pregona la producción de prueba dentro de la audiencia de debate, las pruebas más fuertes son aquellas susceptibles de producción como



los testimonios y experticiales; ahora bien, al carecer los documentos de tal dinámica, es decir, que no son susceptibles de producirse con inmediación judicial (ya que el juzgador no está presente cuando se celebra un contrato, se suscribe una receta médica o un título ejecutivo), ni ser sometidos a contradicción adversarial propiamente dicho, se les da un trato especial para su incorporación como medio de prueba al juicio oral.

Así tenemos que el artículo 376 primer párrafo parte primera del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México dispone que los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen, siendo la única forma en que medianamente se pueden producir en juicio sin contravenir el principio de oralidad, que impide a los jueces ya de control o de juicio oral la recepción de escritos o documentos que no sean los estrictamente autorizados.

Por tal motivo los documentos se ofertan haciendo la mención de su incorporación por medio de la lectura en la parte conducente, así como su exhibición la cual puede ser materialmente o a través de su proyección previa digitalización del documento a fin de que los intervinientes y el público lo conozcan, esta forma de exhibición se equipará a lo que sucede con los datos de prueba que, ante la imposibilidad de que el Juez pueda revisar la carpeta de investigación el Ministerio Público se auxilia digitalizando los datos y proyectándolos a través de medios tecnológicos tal y como lo prevé el numeral 63 segundo párrafo del Código de enjuiciamiento penal para el Estado de México.

Cabe destacar que sólo se pueden ofrecer aquellas que tengan como finalidad ser medios de prueba y no aquellos que se pretendan usar para interrogar a los testigos o referirles sus declaraciones anteriores cayendo en la imprecisión de ofrecer éstos como medio de prueba, pues no se debe confundir la finalidad entre la incorporación y el uso de documento, se debe buscar su autenticación en términos del artículo 361 del Código adjetivo penal mexiquense ya sea que se cite a la persona que lo suscribió o en contra de la cual se aduce para que concurra a la audiencia de juicio a reconocer y ratificar el documento, su



almacenamiento, contenido y firma o bien, mediante su certificación o dictamen pericial, en caso de que se trate de las primeras hipótesis se podrá citar a las personas como si se tratase de testigos; es decir, se podrá solicitar su comparecencia con un doble apercibimiento.

1.1.2.4 Ofrecimiento de medios de prueba tangibles

Este medio de prueba también es conocido como prueba material o evidencia física, mismo que se encuentra regulado por el artículo 376 primer párrafo segunda parte del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, disponiendo condiciones similares a los documentos para su ofrecimiento y desahogo, pues dicho ordinal establece en esencia que los objetos que constituyen evidencia deberán ser exhibidos y podrán ser examinados por las partes.

Para incorporar estos medios de prueba tangibles es necesario un ateste o una experticia pues, por sí solos no generan convicción alguna si no se conoce su origen o relación directa con algún hecho controvertido, por lo que para acreditar su pertinencia e idoneidad a efectos de su admisión será necesario que sea referida en un ateste o un informe pericial, pues en caso contrario no podría ser admitida.

Así, al ofrecer la prueba material se debe hacer mención que es el ente referido por un perito o testigo y que se ofrece a fin de que el perito o testigo lo reconozcan e identifiquen, pudiendo ser utilizado para otros atestes, de esta forma se estarán cumpliendo los requisitos para su incorporación pues podrá exhibirse y examinarse en la audiencia.

Al hablar de evidencia física surge de la figura de la cadena de custodia la cual tiene como finalidad según el diverso 287 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México demostrar la autenticidad de la evidencia; es decir, que los objetos presentados en la audiencia de juicio oral no se encuentran alterados o modificados, sino que efectivamente corresponden a los referenciados por los peritos o testigos.

Ahora bien, la admisión de dicho instrumento de prueba está supeditado a los



registros de la cadena de custodia de la evidencia, pues de un valor preponderante se torna ésta al momento de que el Juez excluye aquellos medios de prueba ilícitos, o bien que no se incorporen conforme a las reglas del Código instrumental penal mexiquense, siendo lógico que al no poder demostrar la parte oferente la integridad de la cadena de custodia de la evidencia física así como el registro de su continuidad, dicho instrumento debe desecharse si al momento de su ofrecimiento no se acompañan los documentos que demuestren que no se ha alterado ninguno de sus eslabones.

1.1.2.5 Ofrecimiento de medios informáticos

Cabe contextualizar que nuestra sociedad moderna se caracteriza por una cultura audiovisual donde las representaciones de imagen y sonido son una de las principales formas de acceso a la información, comunicación, educación e incluso diversión, por tal motivo no escapan de la relevancia probatoria al estar vinculado con el que hacer social.

Al respecto el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México regula que estos medios informáticos, pueden ser incorporados al juicio oral para crear convicción sobre algún hecho controvertido y al igual que los documentos y objetos pueda ser usado para que un testigo o perito complemente su dicho o se superen contradicciones.

La forma de ofrecerlos (según mi aprecio) obedece a su finalidad pues, si se trata de que se reconozcan por los testigos o peritos o bien se busque complementar su dicho o superar contradicciones como lo prevé el artículo 376 del Código de enjuiciamiento criminal para el Estado de México estos deberán ser referenciados previamente en el ateste o informe experticia, tal y como sucede con la prueba tangible.

Ahora, si se trata de que dicho medio informativo genere convicción como medio de prueba se deben seguir las reglas que establece el artículo 376 Segundo Párrafo del Código adjetivo penal mexiquense que dispone en esencia, que tratándose de grabaciones, elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe,



se reproducirán en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción, lo anterior es así para que el Juez y las partes lo verifiquen y se imponga de su contenido, siendo menester que la parte oferente procure su reproducción en juicio a través de medios electrónicos adecuados, asemejándose su ofrecimiento al de las inspecciones y los documentos, tal y como ocurriría antes de la reforma donde un video o información proveniente de internet se tenía que ofrecer en un doble aspecto, como inspección y como documental a pesar de que el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México no lo exige explícitamente.

Considero que al ofrecer estos medios de prueba se debe acreditar la viabilidad del método en que se haya generado y almacenado así como la integridad e inalterabilidad de la información a partir del momento en que se generó; es decir, también debe demostrarse su autenticidad conforme a las reglas de la cadena de custodia¹³⁹.

1.1.2.6 Ofrecimiento de comunicaciones privadas

A pesar de que el Código de enjuiciamiento penal para el Estado de México no las regule, es evidente que se pueden ofertar como medio de prueba, estando vinculados en gran medida con los medios informáticos o electrónicos.

Así tenemos dos modalidades de comunicaciones privadas, la primera de estas es a la que se refiere el numeral 16 párrafo décimo segundo parte segunda de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que prevé el caso en que no se considera violación de comunicaciones privadas cuando éstas sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que en ella participen, a su vez la tercera parte y la parte *In fine* de dicho párrafo otorgan la facultad al juzgador de admitirlas y valorarlas en este supuesto.

Ahora para su ofrecimiento se tendrá que atender al instrumento que contenga dicha comunicación, ya sea video grabación, audio grabaciones u otros análogos, deberá ofertarse conforme a las reglas previstas para la incorporación de medios informáticos o electrónicos, por supuesto

¹³⁹ Artículo 287 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.



acompañando los elementos que acrediten fehacientemente que la comunicación fue aportada por un particular que participo en ella.

La segunda modalidad son las comunicaciones obtenidas mediante un procedimiento judicial que autorizó su intervención el cual ya analizamos como acto de investigación, se deben seguir las mismas reglas establecidas para ofrecer el instrumento que la contenga ya sea documentos, medios electrónicos u otros análogos, además de anexar los registros en que obre la autorización y el que acredite que la intervención se sujetó a las condiciones establecidas en ésta.

1.1.2.7 La reclasificación ministerial del delito

Hemos hablado sobre la reclasificación judicial del delito, sobre lo incorrecto que resulta que se reclasifiquen los hechos con motivo del libramiento de una orden de aprehensión, también se ha dicho la importancia que ésta tiene cuando se realiza durante el dictado de la vinculación del imputado a proceso, por ser en esta etapa donde se fijan los hechos y el delito material del cual versará el juicio.

Durante la formulación de acusación el Ministerio Público tiene la facultad de reclasificar la conducta, así lo prevé el numeral 307 párrafo *In fine* del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México; siempre y cuando se trate de los hechos y personas aludidas en el auto de vinculación a proceso, esto es criticado por la doctrina porque dicha atribución puede resultar prematura pues hay que considerar que aún no se ofrecen los medios de prueba y mucho menos se han desahogado, pues de ser así el Ministerio Público tendría ya una apreciación más amplia para poder reclasificar su acusación de forma correcta en los alegatos de clausura, (antes conclusiones) tal como lo prevé el artículo 160 fracción XVI de la Ley de Amparo.

Ahora bien, con motivo de dicha reclasificación se pueden originar diversas problemáticas e interrogantes que han tenido a bien revelar el Maestro Oscar Sotomayor López quien refiere *“Agregando a la conclusión, ¿Qué pasaría cuando se dicte una vinculación a proceso y se le imponga como medida*



cautelar la prisión preventiva por determinado delito y se promueva la apelación o el juicio de amparo contra tales autos y resulte después al cerrarse la investigación, acuse por otro delito el Ministerio Público? ¿Se dictará auto de sobreseimiento? ¿Quedará sin materia el recurso de apelación? En virtud de que se pudieron haber impugnado determinados elementos, ya sea materiales, normativos o subjetivos de determinado hecho delictuoso...¹⁴⁰.

Como bien apunta el doctrinario en cita existen diversas repercusiones procesales que vienen aparejadas con dicho cambio de nomenclatura que realiza el representante social, además se aúna la interrogante sobre hasta ¿Qué etapa procesal se estaría fijando el delito?; contraviniendo lo establecido por el numeral 19 quinto párrafo primera parte de la Constitución Federal, también señalada por el autor; por tales razones, esta atribución que otorga el numeral 307 párrafo final del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México deberá suprimirse debiendo consistir únicamente la otorgada durante los alegatos de clausura una vez se hallan desahogado los medios de prueba, lo anterior debe ser así en aras de no propiciar esta problemática procesal.

1.2 La fase escrita en la etapa intermedia

Una vez analizada la acusación y el ofrecimiento de pruebas como presupuesto para la apertura de la etapa intermedia, es menester hacer alusión a ésta con mayor énfasis. La etapa intermedia o de preparación a juicio oral, como su nombre lo indica se encuentra entre las etapas de investigación y de juicio oral y es ésta la que tiene como función principal el ofrecimiento y admisión de medios de prueba así como la depuración de los hechos controvertidos materia de juicio oral¹⁴¹.

La etapa intermedia está compuesta por dos fases, una escrita la cual inicia con la formulación de acusación misma que inexorablemente debe presentarse por escrito al tenor de lo dispuesto por el artículo 2 inciso c) primer párrafo parte *in fine* del Código de enjuiciamiento penal para el Estado de México y culmina con

¹⁴⁰ Práctica Forense de Derecho Penal y la Reforma Judicial, p. 195.

¹⁴¹ Artículo 309 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.



la apertura de la audiencia intermedia la cual se desarrollará oralmente y durante su desarrollo no se admitirá la presentación de escritos, según lo dispone el artículo 316 del Código citado. Así las cosas, tenemos que una vez que Ministerio Público presente su acusación por escrito, el Juez ordenará su notificación a las partes, citando a audiencia intermedia la cual tendrá lugar después de veinte y antes de treinta días. Corriéndose traslado de la acusación y comunicándoles que los antecedentes de investigación pueden ser consultados en el juzgado¹⁴².

Hasta quince días antes de la fecha señalada para la audiencia intermedia la víctima podrá por escrito en términos del artículo 311 del Código de enjuiciamiento criminal para el Estado de México y al amparo del artículo 20 apartado C fracción II primer párrafo de la Carta Magna.

I. formular acusación coadyuvante

II. señalar vicios formales del escrito de acusación

III. ofrecer pruebas para complementar la acusación

IV. solicitar el pago de la reparación del daño y cuantificar su monto.

1.2.1 La acusación coadyuvante

Esta calidad de auxiliar al Ministerio Público a sustentar la acusación se desprende del artículo 20 apartado C fracción II parte primera de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con este estatus gana mayor peso dentro del proceso; es decir, que su criterio es vinculante para algunas decisiones procesales; verbigracia, el artículo 388 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México señala en su primer párrafo que para la apertura de un procedimiento abreviado debe mediar el consentimiento del acusador coadyuvante. Dichas atribuciones también se hacen más extensas en materia de prueba como se verá a continuación.

¹⁴² Artículo 310 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.



1.2.1.1 Ofrecimiento de medios de pruebas para desahogar en juicio

Hasta 15 días antes de que se celebre la audiencia intermedia el acusador coadyuvante deberá formular por escrito su gestión y le serán aplicables, en lo que corresponda las formalidades previstas para la acusación del Ministerio Público.

El artículo 312 tercer párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México señala que en dicho escrito (de formulación de acusación coadyuvante) deberá ofrecer la prueba que pretenda se le reciba en juicio, ya se anotó que a dicho escrito le serán aplicables las reglas en lo que correspondan a las formalidades previstas para la acusación; es decir, que su oferta de medios de prueba se deben seguir las condiciones que ya hemos analizado.

En tal tesitura, cabe la cuestión, ¿Si podrá el acusador coadyuvante ofrecer los medios de prueba con tales condiciones tan estrictas? Y otra ¿Podrá el acusador acreditar la integridad de la cadena de custodia? Es evidente que en un proceso penal con tantos tecnicismos sea imposible que un particular que no cuente con estudios especializados en derecho, pueda realizar esta actividad por sí sólo, por lo que éste también tiene derecho a una defensa vicial oficiosa que lo asista, así, el acusador coadyuvante puede solicitar dicha asistencia al amparo de los artículos 13 fracción VIII y 20 fracción XI de la Ley de la Defensoría Especializada para Víctimas y Ofendidos del Delito del Estado de México.

1.2.2 Pruebas para complementar la acusación

El artículo 311 del Código adjetivo penal mexiquense señala las diversas actitudes que puede tomar la víctima u ofendido, haciéndola valer a través de un escrito, la fracción I de dicho numeral hace referencia a la formulación de acusación coadyuvante misma que se abordó con anterioridad, inherente a nuestro tema central que es el probatorio, encontramos a su vez que la fracción III del dispositivo citado prescribe que la víctima u ofendido puedan ofertar medios de prueba que estime necesarios para complementar la acusación del



Ministerio Público, sin que por tal motivo se constituya como acusador coadyuvante; es decir, que *a contrario sensu* de lo que pasa con tal acusador, la víctima u ofendido que sólo opta por complementar la acusación no tendrá criterios vinculantes en cuanto a algunas decisiones dentro del proceso.

En otro contexto, la víctima u ofendido que decida realizar esta actividad deberá apegarse a las reglas establecidas para el ofrecimiento de cada medio de prueba en particular, por supuesto tendrá que estar auxiliado técnicamente por una defensa víctimal la cual podrá solicitar con fundamento en los diversos 20 fracción II primer parte, 13 fracción VIII, 21 fracción XIX de la Ley de la Defensoría Especializada para Víctimas y Ofendidos del Delito del Estado de México.

1.2.3 Pruebas para acreditar y cuantificar daños

En atención a lo que disponen los artículos 20 apartado C fracción IV primer párrafo segunda parte de la Constitución Federal y 131 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México. El Ministerio Público tiene la obligación de solicitar de oficio la reparación del daño proveniente de la comisión de un delito, debiendo acreditar su monto y procedencia, se suma a este dispositivo constitucional en cita, con lo dispuesto por el artículo 132 del Código pre citado que facultan a la víctima u ofendido a solicitarla directamente ante el juzgador.

Así, tenemos que el artículo 311 fracción IV del Código adjetivo penal mexiquense señala la etapa en que la víctima u ofendido puedan solicitar la reparación del daño y cuantificar su monto, y para tal efecto deberá ofrecer los medios de prueba que (independientemente de los medios ofrecidos para acreditar la responsabilidad penal) tiendan a establecer su procedencia y monto, de igual forma podrá solicitar la asistencia de un defensor víctimal público para hacer valer este derecho, lo anterior en términos de los artículos 20 apartado C fracción IV primer párrafo parte primera de la Constitución Federal, 20 fracción VI y 21 fracción VI de la Ley Defensoría Especializada para Víctimas y Ofendidos del Delito del Estado de México.



1.2.4 Contestación por escrito de la acusación

Hemos visto que la acusación que haga el Ministerio Público como la acusación coadyuvante debe ser por escrito, a fin de que se le dé copia al imputado para que se imponga de su contenido y pueda contestar la acusación; así pues, el numeral 314 primer párrafo del Código de enjuiciamiento criminal para el Estado de México otorga al imputado dos oportunidades para dar contestación a dicha acusación.

La primera de estas puede ocurrir por escrito hasta antes de la audiencia intermedia esto es lógico, pues ya se ha visto que en aras de propiciar el principio de oralidad no serán admisibles los escritos; por otro lado, cabe precisar que no se trata propiamente dicho de una contestación, como si ocurre en la audiencia de formulación de imputación y el imputado declara dando contestación a los hechos que le atribuyen, en estricto sentido esto no ocurre con dicho escrito; empero puede controvertir algunos puntos de la acusación, propiciando un choque adversarial, he dispuesto que a este escrito se le dé esa denominación al amparo del numeral 317 primer párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

En otro orden de ideas, se destaca que en la contestación de la acusación el imputado puede realizar varias actividades procesales a saber: puede señalar los vicios formales en el escrito de acusación y solicitar su corrección; solicitar la suspensión del proceso a prueba; solicitar el procedimiento abreviado; deducir excepciones y exponer sus argumentos de defensa que considere necesarios y ofrecer los medios de prueba que desea se le reciban en la audiencia de juicio oral. Por ser relevantes para el tema probatorio y para no ir más allá de esa directriz analizaremos únicamente estos dos últimos puntos.

1.2.4.1 Pruebas para deducir excepciones

Las excepciones se pueden plantear desde el escrito de contestación a la acusación tal y como lo prevé el artículo 314 fracción II del Código de enjuiciamiento criminal para el Estado de México el acusado podrá oponer las excepciones establecidas en el artículo 315 del ordenamiento antes invocado el



cual autoriza plantear como excepción la incompetencia, litispendencia, cosa juzgada, falta de algún requisito de procedibilidad y la extinción de la pretensión punitiva. Estas excepciones también pueden plantearse y discutirse en la audiencia de juicio oral¹⁴³.

Por lo que hace a la actividad probatoria, esto se torna muy peculiar pues, al plantear las excepciones ya sea por escrito o verbalmente en la audiencia intermedia, es hasta ésta (audiencia Intermedia) donde se podrán ofrecer los medios de prueba que tiendan a acreditar que se ha actualizado dicha excepción, siempre que el Juez lo estime pertinente y se trate de instrumentos idóneos, sólo en ese supuesto abrirá el debate y habrá de permitir la producción de prueba resolviendo de inmediato, lo anterior encuentra su fundamento en el ordinal 322 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

No se debe perder de vista que al ofrecer medios de prueba que deducen excepciones se deben cubrir las reglas establecidas para la incorporación de cada medio convictivo, en especial si se trata de testimoniales o periciales.

1.2.4.2 Ofrecimiento de los medios de prueba para su desahogo en juicio oral

Este es el primero de los momentos procesales oportunos para que la defensa ofrezca los instrumentos probatorios que permitan sustentar su teoría del caso, este ofrecimiento versa sobre los medios que tienden a exculpar de la responsabilidad al acusado, en esta etapa la oferta de los medios de prueba es por escrito siguiendo las formalidades que se establecen para cada instrumento de prueba en particular (adjuntando los documentos que acreditan su autenticidad), los cuales hemos analizado con anterioridad.

Estos elementos convictivos ofertados pasarán por un proceso de decantación, pues serán sometidos a debate de las partes y a la exclusión probatoria, este primer momento de ofertar se encuentra regulado por el diverso 314 fracción III del Código adjetivo penal mexiquense, curiosamente el mismo dispositivo faculta un segundo momento para la oferta de dichos medios, señalando que

¹⁴³ Artículo 315 Parte In fine del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.



durante la audiencia intermedia de forma verbal se podrán ofertar.

1.2.5 Justificación de la fase escrita

Al inicio de la reforma Constitucional que incorpora el sistema de justicia penal acusatorio y oral, se criticaba (por el desconocimiento) e incluso se equiparaba al sistema escrito en virtud de lo que dispone el artículo 2° inciso c) primer párrafo parte *In fine* del Código de Procedimiento Penales para el Estado de México el cual establece: que la acusación y la sentencia siempre serán por escrito; sin embargo, al paso del tiempo nos hemos dado cuenta que no son para nada similares como se creía a pesar de que éstas (determinación y resolución) sean por escrito, pues ello tiene su razón de ser y por lo que hace a la acusación no puede entenderse de otra forma porque con esto se propicia una defensa adecuada al conocer su contenido y estar en posibilidad de contar con el tiempo y elementos necesarios para su defensa.

En voz del Juez de control y de Juicio oral región Texcoco Maestro en Derecho Arturo Márquez González para el caso *“que la acusación no conste por escrito (aun tratándose del procedimiento abreviado) daría lugar a la reposición del procedimiento”*.

De ahí, que no puede considerarse como sólo una similitud con el proceso anterior, sino que más bien como un requisito *sine qua non* para considerar una defensa adecuada.

1.3 La fase oral en la etapa intermedia

Es importante precisar que esta fase oral de la etapa intermedia conoce el mismo Juez de control que ha intervenido durante la etapa de investigación sin que se confunda con ésta; una vez estudiado el punto referente a la fase escrita y su importancia, es el turno de entrar al estudio de la fase oral de la multicitada etapa intermedia, la cual se inicia con la audiencia de igual nombre y culmina con el auto de apertura a juicio oral, a continuación analizaremos esta segunda fase.



1.3.1 La audiencia intermedia y la prohibición de presentar escritos

En la fecha que haya señalado el Juez de control al recibir la acusación, se llevará a cabo la audiencia intermedia en la cual se deberá observar inexorablemente el principio de oralidad e inmediación, además por supuesto de seguirse la contradicción durante su desarrollo; luego entonces, tenemos que el Juez de control debe encontrarse presente durante el desarrollo de ella, so pena de invalidez, dicha condición también se extiende al Ministerio Público, defensor y acusado según el ordinal 319 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, a su vez se colige que debe pregonar la oralidad iniciada la audiencia y es por tal motivo que el numeral 316 del mismo ordenamiento prohíbe la presentación y admisión de escritos.

Bajo estas condiciones el Juez de garantía al iniciar la audiencia solicitará a los comparecientes se individualicen para efectos de que quede registro en audio y video. Hecho anterior según lo dispone el numeral 317 del Código antes citado el juzgador señalara el objeto de la audiencia; es decir, resolver sobre el ofrecimiento y admisión de pruebas, así como la depuración de los hechos controvertidos materia de juicio oral.

Acto seguido según dispone el numeral en cita el órgano jurisdiccional deberá conceder el uso de la palabra a los intervinientes para que expongan de manera sucinta la acusación, acusación coadyuvante y su contestación respectivamente, también se le concederá la palabra a la víctima u ofendido que se hayan constituido como acusador coadyuvante para que exponga lo que a su derecho convenga.

Ya adelantamos que la falta del Juez, del Ministerio Público y acusado a la audiencia aducida genera la invalidez de lo actuado; así, el Código de Procedimientos Penales procura subsanar la falta del Ministerio Público de forma inmediata, donde el Juez lo hará del conocimiento del Procurador General de Justicia del Estado¹⁴⁴, no se debe confundir eso con que el Juez

¹⁴⁴ Artículo 319 Segundo Párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.



sustituya al Ministerio Público es obvio que eso no puede suceder y menos en este sistema que tiene como pilar fundamental esta trilogía procesal, lo anterior debe entenderse como que el Juez provea lo necesario para su inmediato reemplazo, si el que faltará fuera el defensor el Juez declarará abandonada la defensa y designará un defensor público al acusado, suspendiendo la audiencia para que el nuevo defensor se instruya de los autos¹⁴⁵.

Cuando el Juez de control con fundamento en el artículo 320 del Código adjetivo penal mexiquense de oficio o a petición de parte, considere que la acusación del Ministerio Público o del acusador coadyuvante, presente vicios formales ordenara se subsanen sin suspender la audiencia; de no ser posible señalará un plazo de tres días para continuarla. De no subsanarse la acusación se continuará con la secuela procesal dando vista al Procurador General de Justicia del Estado.

1.3.2 Contestación oral a la acusación

No perdiendo de vista lo anotado con anterioridad, vemos que durante la audiencia intermedia (fase oral) puede ocurrir la contestación de la acusación y por supuesto una segunda oportunidad para ofrecer los medios de prueba si es que no se hizo por escrito, la defensa tiene la oportunidad de hacerlo verbalmente pues así lo prescribe el dispositivo 314 primer párrafo del multicitado Código adjetivo penal de la entidad.

En otra tesitura se insiste que sólo si el acusado o su defensor no contestaran la acusación por escrito, el Juez les otorgará la oportunidad de hacerlo verbalmente¹⁴⁶, sin que se entienda que se puede dar contestación dos veces a la acusación, ya que, podemos ver que para tener la oportunidad de realizarlo verbalmente es menester que no se haya hecho por escrito.

En esta oportunidad se observarán las mismas reglas que en la forma escrita a diferencia, obvio es, que todos los argumentos de defensa y ofrecimiento de medios convictivos debe realizarse de forma verbal; a su vez se colige, que de

¹⁴⁵ *Ibidem.* artículo 319 *parte In fine.*

¹⁴⁶ Artículo 318 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México.



igual forma (verbalmente la audiencia intermedia) el imputado o su defensa podían tomar las posturas señaladas en el numeral citado en el párrafo que precede; es decir, señalar vicios formales, deducir excepciones, solicitar la suspensión del proceso a prueba y solicitar el procedimiento abreviado.

1.3.3 Debate sobre la admisión de elementos probatorios

Dentro de esta etapa y propiamente dicho durante la audiencia intermedia se debe pregonar el choque adversarial entre las partes, lo cual es distintivo de este nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, luego entonces, deben observarse todos los principios procesales y en especial el de contradicción prescrito por el ordinal 4° inciso b) el cual se adminicula con el artículo 7° tercer párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, pues precisamente durante esta audiencia donde se abre el debate sobre las alegaciones y la admisibilidad de los instrumentos probatorios así como otras solicitudes.

Por tal motivo es de suma importancia lo que acaece en esta audiencia ya que, no debemos perder de vista que ésta tiene por objeto depurar las que han de llegar a juicio oral, siendo la única oportunidad de solicitar la exclusión de aquellos medios de prueba ilícitos o que no estuvieren incorporados conforme a las reglas del Código adjetivo penal mexiquense, toda vez que en caso contrario (que llegasen a juicio oral) no se podía solicitar su exclusión, más bien se tendría que pedir su nulidad y en el extremo de los casos su depreciación convictiva so pena, de quizá ya haber generado algún efecto persuasivo en el ánimo del juzgador.

Se concluye que este debate o propiamente esta contienda entre las partes consisten en que cada una puede formular las solicitudes (acuerdo probatorio o de exclusión de prueba), observaciones y planteamientos (inadmisión de un medio de prueba por ejemplo) que estime relevantes con relación a las pruebas (genéricamente hablando puesto que, hemos planteado que la prueba en estricto sentido se constituye una vez que es desahogada y valorada en términos del diverso 20 fracción III parte primera de la Carta Magna) ofrecidas



por las demás, para efectos de su inadmisión¹⁴⁷.

Por otra parte se destaca que el Código adjetivo penal para el Estado de México no señala la posibilidad de que se puedan desahogar medios de prueba que tiendan a acreditar la ilicitud de algunos elementos demostrativos de la contraparte, esto durante la audiencia intermedia, motivado quizá porque sería incorrecto que ese acto de prueba pueda ocurrir durante dicha etapa procesal, lo cierto es que deberán ser ofrecidas para desahogarse durante el juicio oral, ya no para efectos de que se excluya, obvio es, sino que su ilicitud demostrada traerá como efecto que dicho elemento sea nulo; es decir, no tenga la oportunidad de ser valorado.

1.3.4 Los acuerdos probatorios

Se ha comentado a lo largo del estudio de la etapa preparatoria a juicio oral, que una de sus finalidades es depurar aquellos hechos controvertidos que han de llegar a la audiencia de debate, pues bien, ésta se cumple una vez que el Juez excluye pruebas impertinentes que tiendan acreditar hechos probados o notorios o cuando limita su número por resultar dilatorio, pero principalmente los hechos se tienen por acreditados cuando el Juez es quien se los propone a las partes y estos aceptan, en esta directriz tales hechos no serán objeto de debate.

Al respecto el Código adjetivo penal del Estado de México estatuye en el numeral 326 párrafos primero y segundo que en esencia prevén, que las partes podrán solicitar (en conjunto), al Juez de control que dé por acreditados ciertos hechos que no podrán ser discutidos en el juicio.

Es de advertir, que para que esto suceda tal y como lo establece dicho ordinal debe existir un acuerdo de voluntades, que para el maestro Treviño García Ricardo esto *“Implica la existencia un interés jurídico”*¹⁴⁸; en el caso particular ese interés consiste en tener por acreditados determinados hechos, por así

¹⁴⁷ Vid. artículo 323 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

¹⁴⁸ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, Los Contratos Civiles y sus Generalidades, sexta edición, Mc Graw Hill, México, 2007, p. 9.



convenir a ambas partes; como por ejemplo tener por acreditado que se suscribió un título ejecutivo, la edad de alguna persona, la propiedad de algún bien, entre otras circunstancias.

Por otra parte el segundo párrafo del dispositivo 326 del ordenamiento en cita prevé que el juzgador pueda formular proposiciones sobre el tema a las partes (convenciones probatorias), quienes de estar de acuerdo se tendrán por acreditados.

Por último se dispone que las estipulaciones probatorias deban integrarse a la resolución del auto de apertura a juicio oral, evitando que en juicio se discutan cuestiones incontrovertibles, por ser notorios, públicos o porque se acuerde su acreditación, sin duda esto agiliza en gran medida el trámite del juicio oral.

1.3.5 La exclusión de pruebas

Una de las actividades más importantes de esta etapa es precisamente la exclusión de los medios de prueba, evitando que puedan desahogarse en juicio aquellas que se hayan obtenido violando derechos fundamentales; excluyendo además aquellos ofrecidos para demostrar hechos públicos o notorios, o que se hayan ofertado con fines dilatorios, a continuación analizaremos estas causas de exclusión.

1.3.5.1 La prueba impertinente

El artículo 327 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México dispone en esencia que el Juez, luego de examinar los medios de prueba ofrecidos y de haber escuchado las partes inadmitirá las que sean impertinentes, así tenemos que la prueba impertinente es aquella que no guarda relación alguna con los hechos materia de la acusación o de las alegaciones de la defensa; es decir, que no existe ese enlace más o menos lógico o jurídico entre el hecho y el instrumento que pretende probarlo, tanto que la impertinencia sea manifiesta, esto es, que se advierta de forma evidente la ausencia de esa relación entre el hecho y el medio de prueba.

La exclusión probatoria, con fundamento en esta causal obliga a que tanto



Ministerio Público como la defensa ofrezcan material probatorio compatible con la acusación y la estrategia de defensa respectivamente, a fin de que no se introduzcan al juicio instrumentos inútiles para la acreditación de determinados hechos; siendo un ejemplo clásico de un instrumento de prueba impertinente, pretender acreditar el parentesco consanguíneo a través de testimonios o inspecciones (medios Impertinentes), teniendo al alcance otros como la documental pública consistente en un acta de nacimiento o bien la pericial en materia de química genética (pruebas idóneas).

1.3.5.2 La prueba dilatoria

Es aquella que atenta contra la celeridad del proceso, teniendo por objeto retardarlo inútilmente, al respecto el artículo 327 segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México señala *“si el juez estima que la admisión en los términos en que las pruebas testimonial, documental y pericial, hayan sido propuestas producirán efectos dilatorios en la audiencia de juicio oral, dispondrá que la parte que las ofrezca reduzca el número de testigos, documentos o peritos, cuando mediante ellos deseé acreditar los mismos hechos o circunstancias que no guarde con la materia de juicio”*.

Se advierte que el Juez deberá solicitar a las partes la reducción en el número de instrumentos convictivos, dejando al arbitrio de los oferentes cuales son lo que han de excluir, el dispositivo no señala que sucederá para el caso de que las partes decidan no hacerlo; pero por supuesto considero que al ser un objeto principal de esta audiencia la exclusión de medios de prueba, el juzgador podrá proceder a hacerlo mediante su negativa.

Otro punto que se destaca es el inherente a que dicho ordinal únicamente hace referencia a ciertos medios de prueba, pareciendo que sólo los documentos, testimonios o experticias son susceptibles de crear efectos dilatorios, considero, (bajo mi óptica) que cualquier medio probatorio en exceso es capaz de generar dilación, por lo que dicho criterio reductor se debe extender a todos los medios de prueba y no sólo a los señalados en dicho numeral.



1.3.5.3 La prueba que acredita hechos públicos y notorios

De la redacción del ordinal 327 primer párrafo se advierte que el juzgador también inadmitirá aquellos medios convictivos que tengan por objeto acreditar hechos públicos y notorios, como es bien conocido estos hechos son aquellos generalmente conocidos, como los acontecimientos históricos, sucesos naturales, así como, genéricamente todos aquellos que normalmente conocen las personas, ya sea por sí o a través de los medios de comunicación.

Para mayor precisión en la definición de éstos, cito una Tesis de Jurisprudencia localizable en el Semanario Judicial de la Federación, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis de Jurisprudencia, Novena Época, Página: 963. Controversia Constitucional 24/2005. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. 9 de marzo de 2006. Once votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz.

“HECHOS NOTORIOS. CONCEPTOS GENERAL Y JURÍDICO.

Conforme al artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles los tribunales pueden invocar hechos notorios aunque no hayan sido alegados ni probados por las partes. Por hechos notorios deben entenderse, en general, aquellos que por el conocimiento humano se consideran ciertos e indiscutibles, ya sea que pertenezcan a la historia, a la ciencia, a la naturaleza, a las vicisitudes de la vida pública actual o a circunstancias comúnmente conocidas en un determinado lugar, de modo que toda persona de ese medio esté en condiciones de saberlo; y desde el punto de vista jurídico, hecho notorio es cualquier acontecimiento de dominio público conocido por todos o casi todos los miembros de un círculo social en el momento en que va a pronunciarse la decisión judicial, respecto del cual no hay duda ni discusión; de manera que al ser notorio la ley exime de su prueba, por ser del conocimiento público en el medio social donde ocurrió o donde se tramita el procedimiento.”

En conclusión al tenerse los hechos públicos y notorios como ciertos e indiscutibles es inconcuso que se excluyan aquellos medios que pretendan probarlos, toda vez que será inútil y dilatoria su admisión.



1.3.5.4 La exclusión de la prueba inconstitucional o ilícita

A mi entender este es un tema apasionante y de suma importancia, además de muy extenso y aunque no se agote en su totalidad trataré de abordar las cuestiones más elementales de éste dentro del proceso penal que se estudia.

Para la doctrina la ilicitud de la prueba puede dividirse en dos, atendiendo a la norma que contiene el derecho fundamental conculcado¹⁴⁹ en su primer ámbito es denominada como trasgresiones de aspecto formal o directo, las cuales consisten en el incumplimiento de formalidades especificadas en la ley procesal¹⁵⁰ o por normas especiales para la obtención de las fuentes de prueba o evidencias (como la Guía Básica de Cadena de Custodia del Estado de México). El segundo aspecto indirecto o material se refiere a la obtención probatoria mediante tortura, coacción o conculcación de los derechos fundamentales¹⁵¹.

Ahora bien, han surgido diversas denominaciones, donde se destacaran varias divergencias conceptuales, así, tenemos que la doctrina ha llamado a este fenómeno como prueba prohibida, prueba ilegal, prueba nula, prueba ilícita, prueba irregular y prueba inconstitucional; bajo mi apreciación, se debe enfatizar en el estudio de la prueba inconstitucional, la cual aborda aquellos instrumentos probatorios que fueron obtenidos violando derechos fundamentales.

Para algunos el término de prueba ilícita sólo engloba aquellos medios de prueba que salen de la directriz de la norma positiva vigente, o sea, no son incorporadas ni desahogadas respetando las reglas pre-existentes dentro del Código instrumental penal mexiquense.

Lo anterior no lo considero así, porque aprecio que tanto la prueba inconstitucional como la ilícita forman parte de un género, e incluso pienso que la prueba ilícita se integra a la inconstitucional y a contrario sensu, es entonces,

¹⁴⁹ Vid. PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo, Fundamentos del Sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal, Temis S. A., Bogotá, 2005, pp. 86-87.

¹⁵⁰ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 21 primer párrafo.

¹⁵¹ *Ibidem.* artículo 21 segundo párrafo.



que dentro de este apartado se estudiará la prueba inconstitucional y la prueba ilícita, entendiendo a esta última como la ilicitud de la norma fundamental y de la norma secundaria utilizando indistintamente los términos.

Quizá se disienta de esta apreciación pero estimo que al hablar de prueba inconstitucional se entenderá que es aquella que viola derechos fundamentales, dentro de ellos el debido proceso, o sea, el respeto a las normas procesales preestablecidas, a lo que limitan el término ilicitud, con el cual discrepo, pues por ilicitud no se debe entender fuera de la norma secundaria, sino que en un sentido genérico que abarca también la norma fundamental.

En otro rubro, se encuentra lo inherente a las doctrinas bajo las cuales dichos instrumentos convictivos se excluyen; es decir, los criterios de valoración que deberá tener el Juez de control para considerar la exclusión; las directrices a seguir sobre el tratamiento que deberá dársele a los instrumentos probatorios derivados de uno inconstitucional o ilícito; se adicionan también las cuestiones inherentes al saneamiento de la prueba inconstitucional e ilícita.

Desafortunadamente nuestro país presenta un rezago impresionante en la regulación sobre las pruebas que violan derechos fundamentales, respecto de otros países de América Latina, la regulación Constitucional sobre este tema en México es nimio casi intocado limitándose a realizar sólo algunas referencias de carácter por demás genérico; por tal motivo las leyes secundarias no presentan una doctrina uniforme (propia de un país según su cultura jurídica), derivan de que cada legislación estatal adopte una doctrina específica contradictoria respecto de la implementada por otra entidad; pero, así son las cosas en un país que no ha adoptado una doctrina genérica sobre las pruebas que conculcan derechos fundamentales.

Por tal razón es que durante este apartado se trate de dar una interpretación con base en lo que acontece actualmente con el nuevo sistema, para descubrir que doctrina es la que aplica o debiese aplicar en el país y por ende en el Estado de México sin perder de vista la delimitación de nuestro tema.



1.3.5.5 El papel fundamental de los cuerpos policiacos

Mucho se ha debatido sobre la eficacia del nuevo proceso acusatorio adversarial y oral adoptado, concluyendo en ocasiones que su éxito deriva de la actuación que tengan los órganos policiales al ser los primeros que tienen contacto con las evidencias y fuentes de prueba que han de incorporarse a proceso, comparto el criterio que le otorga valor fundamental a las actuaciones que la Policía realiza, pues en un proceso penal en que la prueba (genéricamente hablando) pasa por diversas etapas antes de ser considerada como tal, se establece que su fase originaria o primigenia es la más importante, de ahí que la función policiaca resulte fundamental.

En relación con lo anterior el doctrinario Hidalgo Murillo señala: *“Ahora bien, si la evidencia es el testigo que no miente y el tiempo es la evidencia que le aleja, el momento más importante no es el juicio, sino la escena que facilita y define el mejor momento del medio probatorio: su hallazgo y acopio”*¹⁵².

Ya se ha mencionado al inicio de éste trabajo que en términos de los artículos 142 segundo párrafo parte *In fine* del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México y el artículo 21 fracción I de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, los cuerpos de la Policía tienen la facultad de acopiar las evidencias y fuentes de prueba, incluso se ha criticado esta facultad, en especial tratándose de la Policía ministerial, los servicios periciales también están facultados para ello en términos del artículo 22 tercer párrafo de la Ley Orgánica antes citada.

En este orden de ideas se considera fundamental la actividad realizada por esta autoridad, para el autor antes citado tal es la importancia, que incluso no concibe que en el sistema penal adoptado exista un gran nivel de desconfianza a la actuación indagatoria; la funcionalidad del nuevo sistema de enjuiciamiento penal, está en gran medida supeditada a que el órgano acusador obtenga los medios de prueba con observancia de los derechos fundamentales, so pena de

¹⁵² HIDALGO MURILLO, José Daniel, La Etapa de Investigación en el Sistema Penal Acusatorio, Porrúa, México, 2009, p. 21.



nulidad y exclusión para el juicio oral, ya que, si recordamos la fama que guardan los cuerpos policiales y en especial los agentes del Ministerio Público de suplir sus deficientes técnicas de investigación con la violación de derechos fundamentales, resulta inconcuso, que para la sustentabilidad y credibilidad del proceso penal acusatorio es necesaria su profesionalización toda vez, que de continuar con los vicios que se venían observando en el sistema anterior, el nuevo, estaría al borde del colapso pues se propiciaría un grado de impunidad ya que, los jueces de control deben excluir todo el material probatorio inconstitucional, desafortunadamente este fenómeno se ha presentado en otros Estados, en donde se debe absolver a sujetos incluso confesos, como resultado de la exclusión de pruebas ilícitas dejando al Ministerio Público sin elementos de convicción para sustentar su acusación, en ocasiones generando un grado de impunidad y de desconfianza hacia el nuevo proceso.

De ahí que se advierta la importancia que reviste el hecho de que México adopte un sistema de valoración de pruebas inconstitucionales que incluso prevean algunos casos de excepción, pues no es concebible que se tome como pilar fundamental para la operatividad y credibilidad del proceso acusatorio (al menos para la sociedad), la actuación del Ministerio Público y sus auxiliares, si tomamos en consideración la situación actual y el bajo nivel de confianza que guarda esta Institución frente a la sociedad, siendo tal la necesidad de adoptar una doctrina tendiente a admitir el saneamiento de los instrumentos probatorios ilícitos.

1.3.5.6 La cadena de custodia de la evidencia física

La cadena de custodia no es más que el conjunto de reglas de procedimiento para la obtención y conservación de las evidencias con el fin de demostrar la autenticidad de los instrumentos probatorios obtenidos durante la investigación.

La cadena de custodia de la evidencia, se encuentra regulada en el artículo 287 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, el cual en esencia prevé las reglas procedimentales a seguir para demostrar la autenticidad de los elementos probatorios materiales y evidencia física,



teniendo en consideración los factores de identidad, estado original (fijación) condiciones de recolección, preservación (almacenaje; y no alteración) embalaje y traslado, lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado y en su caso el nombre e identificación de todas las personas que hayan tenido contacto con estos elementos.

Como podemos advertir la cadena de custodia de la evidencia es trascendental en la investigación de los delitos ya que, a través de ésta se legitiman los instrumentos materiales y la evidencia.

Actualmente existen diversos protocolos criminalísticos que señalan el procesamiento de los instrumentos tangibles y las evidencias, distinguiendo que la cadena de custodia y su registro son dos cosas totalmente distintas, mientras la primera de éstas se refiere al conjunto de procedimientos para la obtención y conservación de la evidencia, el segundo se refiere al registro fiel del curso seguido de los indicios, evidencias y objetos desde su descubrimiento hasta su resguardo final.

Ahora bien, puntualizadas las reglas genéricas para la cadena de custodia establecidas en el artículo 287 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, es menester para abundar en su estudio, remitirnos a los artículos 5.5., 5.6. y 5.7. del Acuerdo General número 01/2010 del Procurador General de Justicia del Estado de México por el que se establecen diversas disposiciones en materia de organización, de orden sustantivo y administrativo y de actuación ministerial y policial de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México¹⁵³, en los que se establecen la obligatoriedad en su observancia y autorización y expedición de una Guía Básica de Cadena de Custodia, por lo que se establecen *“los procedimientos para el registro eficiente de localización, fijación, levantamiento, embalaje, etiquetado, preservación, traslado y resguardo de indicios para garantizar que éstos mantengan sus*

¹⁵³ Disponible en línea: <http://www.edomex.gob.mx/legistelfon/doc/pdf/gct/2010/abr273.PDF>. 18 de septiembre de 2012. 12:28 PM.



*características de originalidad y autenticidad, con la finalidad de que dichos elementos conserven su calidad probatoria*¹⁵⁴.

Dicha Guía Básica de la materia, prevé el procedimiento a seguir en una gran gama de indicios evidencias y pruebas tangibles individualizándolos según sus características, así; tenemos reglas para el procesamiento de muestras biológicas, abarcando sangre, saliva, semen, elementos pilosos, referencia de cabello, vellos, muestras químico toxicológicas, tejidos, uñas, restos óseos, capsulas, pastillas, polvos, entre muchas otras en materia de criminalística de campo, balística y siniestros.

Es evidente que no tratamos de hacer un análisis exhaustivo de la cadena de custodia de cada evidencia en particular, pues ello sale de la directriz de nuestro tema central que es todo lo inherente a la prueba dentro del proceso penal mexiquense, es por tal motivo que analizamos genéricamente los eslabones que integran la cadena de custodia, así tenemos:

1. Localización.- marcado con el punto 1.3 dentro del capítulo primero de la Guía Básica de Cadena de Custodia, en esencia esta actividad consiste en verificar un hecho delictuoso e iniciar la recopilación de información general para su confirmación, hecho lo anterior los cuerpos de Policía competentes se constituirán en el lugar de los hechos y verificarán su dirección exacta, debiendo mantener la originalidad del lugar de los hechos o hallazgo e indicios que se encuentren.

2. Protección y Preservación.- la finalidad perseguida al proteger y preservar el lugar de los hechos, hallazgo o enlace, tiene como propósito fundamental que el mismo permanezca tal cual lo dejó el infractor para que todo indicio conserve su situación, posición, estado original para llegar a constituir los hechos e identificar al sujeto activo¹⁵⁵. Por otra parte en los casos de urgencia la primera autoridad que tenga conocimiento de los hechos, debe evitar tocar o mover los muebles y objetos; cuidando que nada sea cambiado, modificado, destruido o

¹⁵⁴ Vid. Guía Básica de Cadena de Custodia del Estado de México, capítulo I numeral 1.2.1.

¹⁵⁵ Guía Básica de la Cadena de Custodia del Estado de México, numeral 2.1.



alterado antes de la llegada del Ministerio Público y peritos si se requieren, así lo establecen los numerales 2.2 y 2.5 último párrafo de la Guía Básica de Cadena de Custodia para el Estado de México.

3. Observación y fijación del lugar.- antes de que se proceda a la recolección se debe fijar la evidencia o indicio para recoger, quedando registro de los detalles de la escena efectuándose mediante descripción escrita, que irá de lo general a lo particular detallando condiciones del clima, iluminación, condición y posición de evidencias e indicios; fotografías; croquis, aplicando en un dibujo sobre las condiciones de la escena como distancias, dimensiones, accesos y el modelado, es un complemento de las últimas dos se utiliza en caso de huellas de pisada, marcas, zanjas, entre otras; permitiéndose incluso cualquier otro medio, es evidente que uno de los idóneos sería las video filmaciones y audio grabaciones.

4. Recolección.- según el punto 4.1.3.1 de la Guía Básica de Cadena de Custodia para el Estado de México, establece reglas como la utilización de guantes y fijarlos antes de coleccionar, lavar antes y después de usar los instrumentos utilizados para levantar los indicios evitando su contaminación, coleccionar todos los indicios, usar pinzas de goma o caucho al recolectar objetos pequeños y reportar por escrito el daño de algún indicio.

5. Embalaje.- al igual se establece la fijación y utilización de guantes, embalar en empaques limpios e individuales, los envases y contenedores deben ser de tamaño apropiado que debe sellar y engrapar, este proceso varía en atención a la evidencia.

6. Etiquetado.- deberá contener datos que lo individualicen es decir el número de carpeta de investigación, lugar de los hechos, hallazgo o enlace proporcionando su dirección, el sitio de recolección, fecha y hora de levantamiento, su clasificación, descripción, individualización del perito que la recolecta y el laboratorio a donde se remite. Además se observarán los requisitos y condiciones previstas en el numeral 5.1.1 de la multicitada Guía Básica de la Cadena de Custodia respecto de los formatos de las etiquetas, las



cuales no deberán presentar alteraciones, tachaduras, enmendaduras o correcciones.

7. Transporte y remisión.- como ya se señaló, el criterio a seguir será que en el transporte el indicio no sufra ningún tipo de alteración, por ello debe ser debidamente embalado y etiquetado, conservándose de acuerdo a sus características propias.

Como es de advertirse (aunque de forma nimia aclaro) son una serie de procedimientos y formalismos nada sencillos y además se le suman las antinomias entre la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, del Manual Básico de la Policía ministerial y del manual de Cadena de Custodia en comento, en el que la ley Orgánica faculta el actuar policiaco incluso hasta el punto 4 de la cadena de custodia que analizamos; y dichas guías sólo facultan los puntos 1 y 2 prohibiendo sus restantes.

Resulta muy confuso entender las atribuciones y prohibiciones policiales de ahí que en el tema anterior se considere como fundamental su modificación y armonización, pues como ya analizamos tienen participación en la fase más importante de la prueba que es su hallazgo y preservación, en tal tesitura, observamos que se requiere de la profesionalización de la Policía para que observen las reglas de la cadena de custodia y no terminen por excluirse los instrumentos probatorios a causa de su inobservancia generando impunidad y descontento social.

En otro orden de ideas, cabe precisar que al momento de ofrecer los medios de prueba el Ministerio Público deberá adjuntar los registros en los que obre el procedimiento conforme a las reglas estatuidas por la Guía Básica de Cadena de Custodia, para que a su vez la defensa tenga la oportunidad de vigilar su observancia al igual que el Juez de control, en caso de no garantizarse mediante sus registros la cadena de custodia dicho material convictivo debe excluirse en la audiencia intermedia como ya hemos mencionado.



1.3.6 Regla general sobre la exclusión de pruebas ilícitas y de las que se originan con motivo de éstas

Antes de entrar al estudio de la regla de exclusión es importante precisar que se entiende por prueba ilícita, es evidente que el término prueba se emplea de forma genérica al igual que el de prueba inconstitucional, así, la prueba ilícita es aquella que se obtiene a través de la violación de derechos fundamentales además de las pruebas que derivan de éstas, y de aquellas que no son incorporadas al proceso conforme a las reglas pre establecidas.

Por derechos fundamentales se debe entender aquellas prerrogativas Constitucionales y legales, sin dejar de lado los derechos consagrados a nivel supra nacional, pues es inconcuso que con la reforma Constitucional de 10 de junio de 2011 el Estado Mexicano debe velar por el respeto de los derechos humanos; es decir, tanto los consagrados en la Constitución Federal y en las leyes que de ésta emanen como los tratados internacionales tal y como se desprende del numeral 1° segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México;

Así, con motivo de esta reforma los jueces del fuero común bajo un sistema de control difuso y los jueces de distrito bajo el control convencional deben velar por el respeto de dichos derechos fundamentales, en específico el artículo 20 apartado B de la Constitución Federal prevé algunas garantías a observar dentro del proceso penal; esto es enunciativo más no limitativo, ya que como hemos acotado los derechos fundamentales abarcan prerrogativas supra nacionales las cuales limitan la obtención de los instrumentos de prueba, a la observancia estricta de éstas, so pena de nulidad, en atención a lo dispuesto por el ordinal 20 apartado A fracción IX del Pacto Federal que estatuye en esencia que cualquier prueba obtenida violando derechos fundamentales será nula, y es bajo estas premisas el Juez de control debe excluir las pruebas ilícitas a la vez que cumple con un control difuso sobre el respeto de los derechos humanos.



En relación a la cláusula de exclusión o regla general de exclusión sobre la ilicitud probatoria, nuestro país muestra un atraso significativo como ya adelantamos, ya que, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se establece una corriente epistemológica con la cual deban ser tratados aquellos medios de acreditación que violan derechos fundamentales, nuestra carta magna apenas se limita a realizar algunas referencias sobre la nulidad y desestimación de los instrumentos de acreditación ilícitos.

Así tenemos que el artículo 20 apartado A fracción IX de la Ley Fundamental prescribe, que *“Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula...”*, si tomamos en consideración que al hablar de prueba ilícita nos referimos indefectiblemente a aquellos medios que *per se* son obtenidos conculcando estas prerrogativas de carácter fundamental (a las que llamare medios principales), así como a aquellos que son consecuencia de éstos o que sólo tengan su origen en razón del medio ilícito principal (a los que denominare derivados y que la doctrina señala como prueba refleja); luego entonces, nuestra norma fundamental en el ordinal invocado, únicamente alude a los instrumentos ilícitos principales, afectándolos de nulidad, lo cual no necesariamente significa su exclusión, pues la nulidad consiste que el juzgador no valore dicho material, esto ya durante el juicio oral, lo que no se traduce en que el medio convictivo haya sido excluido durante la audiencia intermedia

Bajo esta premisa, advertimos que la norma Constitucional regula únicamente la nulidad, (su falta de valor y la prohibición de valorar) de los instrumentos de prueba obtenidos con violación de derechos fundamentales (medio principal), sin regular en estricto sentido la exclusión y el trato que deberá dársele a las pruebas reflejas o derivadas (esto según mi criterio), quizá se difiera con esta idea tomando como argumento, que la norma Constitucional establece el término “cualquier prueba” lo que puede interpretarse en el sentido de que la prueba derivada también se integra dentro de esta generalidad; sin embargo, considero que no se les debe tratar de igual manera y ante la falta de una corriente epistemológica sobre el tratamiento de éstas en nuestro sistema jurídico, es importante que se separen los medios de prueba principales ilícitos



y sus derivados pues el hecho de que estos (los derivados) provengan de una fuente viciada, no necesariamente implica que la derivada lo estará; de ahí la urgencia de que nuestro país adopte una doctrina sobre este tema.

La regla de exclusión probatoria en estricto sentido, la podemos encontrar en el numeral 16 párrafo décimo segundo parte *in fine* de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el cual prevé, que “*En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.*”

Es de advertir que de la redacción de dicho ordinal se destaca el término que alude a la inadmisión, lo que debe entenderse, dentro de nuestro nuevo proceso penal acusatorio como la exclusión ante su ofrecimiento durante la audiencia intermedia, en donde ocurre la admisión de los medios de prueba; empero, dicho numeral es abstracto y no resuelve el problema de la falta de identidad jurídica respecto del tema de los medios de prueba inconstitucionales.

Como ya se ha dicho, es necesario una regularización en materia de prueba ilícita; la cual norme el trato que deba dárseles dentro del proceso, existen diversas corrientes del conocimiento que regulan la naturaleza y alcance de la prueba ilícita; así tenemos, *a grosso modo*, la tradición anglosajona donde se observan dos tendencias una donde la regla general de exclusión es imperativa y semi rígida no dando margen a la discrecionalidad judicial (E.U.A.), y otra donde el Juez cuenta con discrecionalidad para sopesar la prueba y aplicar algunos factores de ponderación (Gran Bretaña, Canadá, Australia).

Encontramos la tradición Romana donde se encuentra una regla de nulidades rígida donde el Juez sólo debe fundamentar su aplicación y la tradición Germana donde no se observa una regla general de exclusión ni un sistema de exclusión o nulidades sino un sistema en el que el juzgador tiene la facultad libérrima para determinar en cada caso concreto cuando una prueba ilícita debe excluirse o desestimarse, aplicando un método de factores de ponderación.

Ahora bien, una vez que se ha acotado, aunque de forma mínima, estos tres sistemas de tratamiento de medios convictivos ilícitos, es menester analizar la aplicabilidad de alguno de estos en nuestro sistema jurídico mexicano; así



tenemos, que si tomamos en consideración que en nuestra Carta Magna estatuye una regla de nulidad y de exclusión –aunque de forma por demás abstracta, de *ipso facto* descartamos el sistema Germánico y el Anglosajón en su aspecto que pregonan una forma de discrecionalidad judicial, que permite a través de factores de ponderación excluir o admitir algún medio probatorio ilícito.

Hecho lo anterior, nos queda el sistema Anglosajón en su aspecto de exclusión imperativo y semi rígido de Estados Unidos de América y el sistema Romano de nulidad rígida (no admite ninguna excepción).

Para concluir cuál de estas dos corrientes tienen mayor similitud con nuestro nuevo proceso penal acusatorio, nos debemos remitir a los Códigos Procesales Penales de las entidades en que hayan adoptado el sistema acusatorio pues como se ha dicho antes, la norma Constitucional sólo establece una regla de nulidad genérica que no regula la exclusión ni el tratamiento que deberá dársele a la prueba que deriva de una ilícita (esto bajo mi óptica) por lo que la ley secundaria nos dará un mejor panorama para entender estas reglas de nulidad y exclusión.

Ahora, con el sistema penal anterior al acusatorio y oral, ya se regulaba la prueba ilícita, pues a criterio del Juez o del Tribunal eran inadmisibles los medios de prueba que fueran en contra del derecho, así lo estatuye el numeral 206 parte primera del Código Federal de Procedimientos Penales.

Bajo las ideas vertidas con anterioridad, observamos que la legislación procesal penal del Estado de Oaxaca nos aclara el tema sobre la ilicitud de la prueba, pues de lo estatuido por el numeral 333 del cuerpo legal invocado se advierte que *“Los elementos de prueba no tendrán valor si no han sido obtenidos por un medio lícito, o si no fueron incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este código, ni las pruebas que sean consecuencia directa de aquellas, salvo si se ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado”*.



El texto anterior también se encuentra en armonía con lo que establece el criterio de la primera sala de la corte en la tesis localizable en el Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, Novena Época, página: 226.

“PRUEBA ILÍCITA. LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO DERECHOS FUNDAMENTALES, NO SURTEN EFECTO ALGUNO.

La fuerza normativa de la Constitución y el carácter inviolable de los derechos fundamentales se proyectan sobre todos los integrantes de la colectividad, de tal modo que todos los sujetos del ordenamiento, sin excepciones, están obligados a respetar los derechos fundamentales de la persona en todas sus actuaciones, incluyendo la de búsqueda y ofrecimiento de pruebas, es decir, de aquellos elementos o datos de la realidad con los cuales poder defender posteriormente sus pretensiones ante los órganos jurisdiccionales. Así, a juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violando derechos fundamentales, no surtirán efecto alguno. Esta afirmación afecta tanto a las pruebas obtenidas por los poderes públicos, como a aquellas obtenidas, por su cuenta y riesgo, por un particular. Asimismo, la ineficacia de la prueba no sólo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental, sino también a las adquiridas a partir o a resultas de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales. Tanto unas como otras han sido conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental -las primeras de forma directa y las segundas de modo indirecto-, por lo que, en pura lógica, de acuerdo con la regla de exclusión, no pueden ser utilizadas en un proceso judicial.”

Este numeral y dicho criterio parecen ser la panacea a nuestras inquietudes, pues se prevé la exclusión de prueba ilícita principal, así como de las derivadas; además, se colige la premisa que contiene una excepción a la regla imperativa de exclusión, lo que coloca (al menos en el Estado de Oaxaca) la corriente sistemática de la regla imperativa, tradicional de los Estados Unidos de



América, España, Costa Rica, Colombia, Puerto Rico y Argentina, por mencionar algunas, que en sus legislaciones y jurisprudencia han adoptado esta doctrina, también muy conocida por su denominación metafórica de la teoría de los frutos del árbol envenenado, que cobija no sólo la exclusión de la prueba directamente obtenida con violación de derechos fundamentales (metafóricamente hablando sería el árbol), sino además las que son consecuencia de éstas (en la metáfora serían los frutos).

En suma, se advierte que esta teoría imperativa de exclusión denominada “los frutos del árbol envenenado” también es muy conocida por dar origen a diversas excepciones en materia de ilicitud convictiva, con la excepción de la fuente independiente, el vínculo atenuado, el descubrimiento inevitable y la excepción de la buena fe, lo que da esa semi rigidez a dicho sistema de exclusión.

De la redacción del citado artículo 333 del Código de Procedimientos Penales de Oaxaca se observa la regulación de la excepción de la fuente independiente, misma excepción también es adoptada por el artículo 375 párrafo *In fine* parte final del Código de Procedimientos Penales del Estado de Zacatecas legislación que incluso va más allá, pues en el segundo párrafo de dicho dispositivo también prevé la excepción en que podrán ser valorados aquellos elementos probatorios ilícitos que favorezcan al imputado.

En la legislación Procesal Penal mexiquense que nos ocupa, el diverso 21 párrafo *In fine* refiere que “no tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, amenazas u violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida a partir de información originada en un procedimiento o medio ilícito”, de dicha disposición se observa una regla que excluye las pruebas ilícitas principales y derivadas; empero, a lo largo de dicho cuerpo normativo no se advierte que exista disposición expresa sobre algún caso de excepción a esta regla general como si observamos al analizar los dispositivos citados del Estado de Oaxaca y Zacatecas, lo que sin duda muestra un sistema que no admite excepciones pero que parece emular la teoría de los frutos del árbol



envenenado, aunque no regule ninguna de las excepciones a que ha dado origen dicha teoría.

No obstante la conflictividad normativa en materia de ilicitud probatoria, es importante señalar que tanto los jueces y los tribunales tienen la obligación de invalidar las pruebas que violenten los derechos fundamentales, aunado a que ante ellos el justiciable puede hacer valer su nulidad, argumentando violación a las formalidades del procedimiento, el derecho a ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, este criterio se robustece con la Jurisprudencia localizable en el Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, Décima Época, página: 2057.

“PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES.

Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculpado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculpado de acuerdo con el artículo 20, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido, si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida. De otra forma, es claro que el inculpado estaría en condición de desventaja para hacer valer su defensa. Por ello, la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional. Asimismo, el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales establece, a contrario sensu, que ninguna prueba que vaya contra el derecho debe ser admitida. Esto



deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.”

1.3.7 Excepciones a la regla general de exclusión de pruebas (propuesta legislativa)

Considero, que es menester que en la legislación mexiquense y en general en todo el país se regulen las excepciones de la fuente independiente, vinculo atenuado, descubrimiento inevitable, actuación de buena fe y la referida por el Código Procesal Penal de Zacatecas, aquellas que beneficien al acusado, pues hemos visto que, al menos en la actualidad, no se ha podido tener en su mayoría cuerpos policiales con tal profesionalismo que eviten la contaminación y eventual exclusión de los instrumentos probatorios.

También se ha señalado que tanto el Ministerio Público, Policía y servicios periciales deben tener un conocimiento adecuado de las normas que regulan la exclusión de la prueba ilícita, para evitar que por motivo de su exclusión se genere un grado de impunidad al que ya hemos aludido, con base en esto, es de considerarse la rigidez con que el Estado de México trata los instrumentos de prueba que violan derechos fundamentales, en el sentido de adoptar los criterios de excepción que ante una falla por parte del órgano acusador en cuanto a su obtención, se permita subsanar con alguno de estos criterios de excepción, evitando en cierto grado el fenómeno de tener que absolver a sujetos activos por una falla policial.

Además se suma a lo anterior, que una de las características para configurar la prueba ilícita es la existencia de un nexo real y significativo (no atenuado) entre el material probatorio obtenido y la afectación del derecho fundamental, ante la falta de este nexo es evidente que no se configura la ilicitud probatoria y justamente para analizar la existencia de ese nexo y su grado de intensidad (que sea significativo), es necesario el estudio de dichas excepciones de la regla general de exclusión, que permitirían al Juez de control valorar con mayor exactitud la exclusión de un material probatorio ilícito.



A continuación se hace mayor referencia a las multicitadas excepciones de la teoría de los frutos del árbol envenenado con aparente aplicabilidad en México.

1.3.7.1 La excepción *In dubio pro reo*

Esta excepción ha sido adoptada en el proceso penal acusatorio que instauro el Estado de Zacatecas; así tenemos que el artículo 375 del ordenamiento adjetivo penal para el Estado de Zacatecas dispone, que *“Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este código.*

A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona.

Tampoco pueden ser aquellas pruebas que sean consecuencia directa de ellos...”

Este precepto legal sigue la tendencia e idéntica redacción, del dispositivo 252.2 del Código Modelo para la Federación y los Estados; ahora bien, se destaca que esta disposición puede incluso generar polémica a la vez que puede mostrar sobre quien recae únicamente la obligación de presentar probanzas lícitas, pues al establecer como excepción que los instrumentos convictivos ilícitos pueden ser valorados si favorecen al imputado, eventualmente se impone la obligación de licitud al Ministerio Público y de *ipso facto*, se faculta a la defensa para que pueda ofertar medios ilícitos so pretexto de beneficiar al imputado.

Esta excepción a mi parecer es muy delicada por las consecuencias que puede conllevar a que la defensa y el inculpado busquen a través de la violación de derechos fundamentales elementos convictivos que les favorezcan, lo que sin duda afectaría al Estado Mexicano si recordamos que en la multicitada reforma Constitucional en materia de derechos humanos, ya se prevé que el Estado garantice el respeto de estos derechos incluso ante violaciones de particular a



particular a través del control convencional que hagan los jueces de distrito, siendo reclamable ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos la omisión del Estado Mexicano en sancionar dichas violaciones.

Por tales motivos, quizá haya quien discrepe con la idea de que esta excepción pueda incorporarse a la legislación mexiquense y en general para toda la República, aunque bajo mi aprecio considero que esto puede ser muy útil si tomamos en cuenta que el proceso penal tiene por objeto establecer la verdad histórica de los hechos, tal vez haga falta que esta excepción se regule con mayor precisión haciéndola procedente únicamente como complemento de alguna de las siguientes excepciones.

1.3.7.2 La fuente independiente

Esta excepción se encuentra acogida por el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca en el diverso 333, que en esencia prevé la posibilidad de valorar un medio demostrativo ilícito si se ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado, misma excepción con similar redacción la encontramos en el numeral 375 último párrafo parte *In fine* del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Zacatecas.

Así las cosas tenemos, que la doctrina de la fuente independiente surge como una excepción a la teoría de “los frutos del árbol envenenado”, a través de las jurisprudencias norteamericanas¹⁵⁶, la cual surgió al resolver asuntos como es el caso de una intervención de comunicaciones telefónicas que se practica con violación a las garantías fundamentales, y por lo tanto la evidencia obtenida deberá excluirse o anularse, la fuente independiente nace cuando el procesado en alguna entrevista o declaración de manera libre y espontánea decide confesar los hechos delictivos que son idénticos a los obtenidos por la práctica ilícita, o bien cuando dicha intervención ilegal también es aportada con posterioridad voluntariamente por alguno de los sujetos que en ella intervenga.

¹⁵⁶ MURRAY vs. U.S., 487 U.S. 533 (1988) y SEGURA vs. U.S., 468 U.S. 796 (1984). [En línea]. Disponible: <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/US/487/487.US.533.86-1016.86-995.html>. 13 de abril de 2013. 03:51 PM.



El otro ejemplo clásico es cuando pese a que los cuerpos policiales competentes cuentan con información suficiente para pedir una orden de cateo deciden ingresar al inmueble en el que, saben, encontrarán fuentes convictivas; no tocan nada, y luego solicitan la orden sólo con base en la información con la que contaban antes de la intromisión ilícita.

Como podemos advertir cuando existe una violación de derechos fundamentales, es posible acreditar que el instrumento probatorio que se pretende excluir no se relaciona con la conculcación de éstos, es decir, no existe ese nexo entre probanza y conculcación, pues se demuestra que la información obtenida con motivo de la irregularidad, se ha podido obtener con otra de carácter lícito (a través de la que se incorpora al juicio) que arroje el mismo resultado tal y como lo dispone el numeral 375 último párrafo parte *In fine* del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Zacatecas; 333 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca y diversos ordenamientos procesales penales en nuestro país.

Retomando el ejemplo de la intervención de comunicaciones a pesar de que se hayan obtenido medios demostrativos con motivo de la intervención irregular, si el Ministerio Público los oferta como consecuencia de la comunicación privada que le proporcione voluntariamente un sujeto que en ella intervino y no con base en la intervención ilegal, no existirá ningún nexo entre los elementos convictivos y la violación de derechos fundamentales por tanto el Juez de control no las deberá excluir evitando el sacrificar los intereses de la colectividad por un error del órgano investigador.

1.3.7.3 Descubrimiento inevitable

La doctrina y la jurisprudencia norteamericana adopta la teoría del descubrimiento inevitable, según la cual un medio de prueba ilícitamente obtenido es susceptible de apreciación siempre y cuando el oferente del instrumento probatorio, acredite que en virtud a la inminencia de las actividades investigativas, se pudo concluir que de todas maneras los elementos convictivos se hubiesen obtenido con el uso de medios lícitos.



Esta teoría surge como una derivación de la teoría de la fuente independiente, pues en ambas se pretende la destrucción del vínculo o nexo que ya hace entre los elementos demostrativos y la transgresión de derechos fundamentales, este criterio surge a raíz de la jurisprudencia norteamericana¹⁵⁷ que resolvió un caso en donde durante un interrogatorio ilegal el imputado confeso ser culpable de un homicidio y condujo a la Policía al lugar donde había enterrado el cadáver de la víctima, por lo que la confesión, el cadáver y demás probanzas derivadas de ésta deberían excluirse; sin embargo la fiscalía pudo demostrar que los instrumentos convictivos pudieron haberse obtenido mediante una fuente diversa, en virtud de que el cuerpo se habría descubierto de igual manera puesto que con anterioridad a la confesión ilícita un equipo de búsqueda se encontraba en la zona donde éste se ubicó.

Como podemos observar la diferencia que tiene esta teoría con la fuente independiente es que ésta, la fuente ilegal y la lícita coexisten y el Ministerio Público oferta las probanzas con fundamento en la segunda, mientras que en el descubrimiento inevitable se requiere que previo a la violación de derechos fundamentales el órgano acusador haya instrumentado un operativo en aras de obtener la información, que con posterioridad será igual a la obtenida mediante un proceso ilícito, por lo que para la procedencia de esta excepción, lo único que la actuación ilícita debe hacer es anticipar un resultado inevitable.

1.3.7.4 El vínculo atenuado

Ya se había adelantado que los jueces al valorar la exclusión de la prueba inconstitucional, deben considerar la existencia de un nexo entre la transgresión de garantías y el instrumento demostrativo obtenido y en su caso el grado de intensidad, sobre este último aspecto se refiere la teoría del vínculo atenuado, que al igual que las dos teorías anteriores surge como excepción a la de “los frutos del árbol envenenado”.

¹⁵⁷ NIX VS WILLIAMS 467 U.S. 431 (1984). [En línea]. Disponible: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/case.html>. 13 de abril de 2013 03:56 PM.



Dicha excepción supone la violación de derechos fundamentales y el medio de acreditación obtenido con motivo de ésta, se encuentran conectados tenuemente; es decir que el grado de afectación es tan nimio que no alcanza el estándar de transgresión significativa, este efecto se origina por la mediación de factores externos que disipan el nexo; por lo tanto en el medio convictivo permanece y subyace la ilicitud como origen remoto y un nexo diluido entre violación y probanza, lo que impide sea excluido del caudal probatorio.

Quizá esta excepción sea la más compleja pues requiere que el Juez de control pondere si el grado de afectación amerita el sacrificio de los intereses de la colectividad, esta teoría surge a través de la jurisprudencia norteamericana que resolvió los casos de *Wong Sun vs U.S.* 371 U. S. 471 (1993), en el que (en esencia) una persona fue detenida ilícitamente, se le interrogó sin respetar sus garantías de no autoincriminación, de comunicarse, a su asistencia técnica, (pensemos por un momento en las garantías que establece el numeral 20 apartado B fracciones I y II de nuestra Carta Magna).

Es evidente, que la información obtenida es ilegal y deberá excluirse; empero, el órgano investigador con posterioridad a la conculcación de garantías, le hace saber sus derechos, le da acceso a una defensa técnica y respetando todos y cada uno de sus derechos fundamentales lo vuelve a entrevistar, ratificando la información que previamente se había obtenido con motivo de la transgresión.

Se advierte en el caso anterior que la conculcación de garantías subsiste y que el nexo causal entre ésta y los medios de convicción se ha diluido significativamente cuando se convalida la actuación lícita a través de un procedimiento que ha respetado los derechos fundamentales. Otro ejemplo se puede ver en el caso *U.S. VS Ceccolini*¹⁵⁸.

¹⁵⁸ *Vid. UNITED STATES vs. CECCOLINI*, 435 U.S. 268. [En línea]. Disponible: <http://supreme.vlex.com/vid/united-states-v-ceccolini-19982034> 13 de abril de 2013 04:04 PM.



1.3.7.5 La excepción de la buena fe

Esta teoría otorga reconocimiento a la buena fe de los agentes de la Policía, fue creada por la jurisprudencia norteamericana al resolver tres casos¹⁵⁹, los cuales se complementan entre sí; en el caso U.S. VS León, se afirma que no puede excluirse un elemento demostrativo cuando la Policía lo haya obtenido de buena fe a través de un allanamiento ilícito, pero no en apariencia; es decir, que la Policía actúa bajo la idea de que la orden de cateo era válida, sin saber si la firma que obra en dicha orden no es la del funcionario competente,

En el caso Illinois vs Krull se adiciona al criterio anterior los supuestos en que la Policía ha practicado un allanamiento con fundamento en una ley que con posterioridad se declaró inconstitucional, es inconcuso que los cuerpos policiales actuaron conforme a lo establecido en la norma para ese ámbito temporal de validez, por lo tanto, los medios convictivos obtenidos con motivo del cateo conservan su legalidad.

Otro caso que robustece la teoría de la buena fe es el acaecido en el caso Arizona vs. Evans, en el cual se resolvió que no debe excluirse la probanza obtenida ilícitamente, si la transgresión deriva en el error cometido por el personal de apoyo del poder judicial.

Según los casos mencionados que han dado origen a la jurisprudencia norteamericana, la excepción de la buena fe se traduce en que el órgano investigador tiene una creencia sólida y fundada de que el acto que está practicando se encuentra dentro de la directriz Constitucional, por lo que la exclusión del material potencialmente convictivo, obtenido no debe ser desechado durante la audiencia para tales efectos, ya que resultaría excesivo pues la intensidad del grado de afectación a los derechos fundamentales no alcanza el parámetro de ser significativo, en virtud de que dicha violación de derechos es tan nimia que quizá abarque la ausencia de algún requisito de forma e incluso de fondo, lo cual no es de relevancia pues el juzgador al excluir

¹⁵⁹ U.S. vs. LEÓN, 468 vs. 897 (1984), ILLINOIS vs. KRULL, 480 VS 340 (1987) Y ARIZONA vs. EVANS 514 U.S. (1995). [En línea]. Disponible: <http://www.justice.gov/crt/about/app/briefs/nguyenbrief.pdf> 13 de abril de 2013 04:11PM.



la prueba debe tomar en consideración la ausencia de dolo, culpa o mala fe en el actuar del órgano acusador concluyendo no sacrificar el interés colectivo.

Un ejemplo que nos ayuda a entender con claridad esta teoría es el que deriva de la jurisprudencia española publicada en el Boletín Oficial del Estado¹⁶⁰, siendo el caso que la Policía práctica un cateo en el domicilio del imputado, sin que mediara orden ni el consentimiento de éste para su práctica, sino sólo el de una mujer que dijo ser la esposa del investigado al momento en que se presentaron los policías, consentimiento que tomaron como suficiente para la práctica del registro; aseguran un arma de fuego, la cual con posterioridad se demuestra que fue la utilizada en un homicidio.

Durante la secuela procesal se demuestra que la mujer que otorgo el consentimiento para la práctica del cateo en realidad no era la esposa del imputado, sino una persona que se encontraba de visita, se argumentó que bajo esta circunstancia el cateo (probanza principal) y el arma de fuego encontrada (probanza derivada) eran ilícitas y por tanto se debían excluir; en este caso se resolvió que los policías no actuaron con dolo, error o mala fe, puesto que creyeron que la persona que otorgo el consentimiento estaba facultada para ello; y por lo tanto, no se debían excluir.

Quizá se advirtió de *ipso facto*, que en tal supuesto si se actualiza un grado de culpa por parte del cuerpo policial, pues no tomo las precauciones necesarias para cerciorarse que la persona que otorgo el consentimiento para la práctica del acto de investigación estaba realmente legitimada para hacerlo; en fin, ese no fue el criterio que tomo la Corte española.

1.3.8 La reapertura de la investigación

Durante la secuela del presente trabajo, y en específico al analizar las actuaciones de investigación que el Ministerio Público puede realizar para allegarse de datos de prueba que con posterioridad fundarán sus pretensiones,

¹⁶⁰ STC 22/2003, FJ 10°. [En línea]. Disponible:
<http://www.boe.es/boe/dias/2003/03/05/pdfs/T00065-00074.pdf> 18 de septiembre de 2012.
02:18 PM.



se adelantó que el diverso 245 el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México prevé la facultad que tienen imputado, víctima u ofendido y demás partes procesales para solicitar al representante social, la práctica de diligencias que consideren pertinentes para el esclarecimiento de los hechos.

Esta solicitud se debe hacer durante la etapa de investigación y el Ministerio Público deberá pronunciarse sobre la práctica de aquellas que estime conducentes y podrá rechazar la solicitud en caso contrario, el párrafo segundo de dicho numeral invocado dispone la posibilidad de recurrir la determinación que rechaza la solicitud de practicar alguna diligencia con el superior jerárquico, con el objeto de obtener un pronunciamiento definitivo.

1.3.8.1 La solicitud de diligencias

Ahora bien, con independencia del pronunciamiento definitivo a que hicimos referencia, el diverso 306 primer párrafo del ordenamiento jurídico en cita, prescribe la oportunidad que tienen las partes de solicitar nuevamente la práctica de alguna diligencia siempre que su negativa se deba a causas imputables al que la solicita, y hasta antes de que concluya la audiencia intermedia, curiosamente una vez que ya se declaró cerrada la investigación, dicha reiteración de la práctica de algún acto indagatorio trae aparejada la reapertura de la investigación, si la solicitud proviene del imputado, o la ampliación del plazo para cerrar la indagatoria si el Ministerio Público es quien lo solicita durante la audiencia intermedia, lo cual podrá ocurrir por una sola ocasión, una vez practicada la diligencia deberá cerrarse de nueva cuenta la investigación en términos del artículo 306 segundo párrafo parte *In fine* del ordinal legal en cita.

1.3.8.2 Reapertura de la investigación y ampliación del plazo para su cierre

Una vez que se reitere la reapertura de la investigación el juzgador estimará su procedencia pues según el penúltimo párrafo del multicitado artículo 306 el Juez se abstendrá de decretar la práctica de una diligencia o su renovación, si se hubieren ordenado a petición de las partes y ésta no se hubiere cumplido por negligencia o hechos imputables a ellos, también el juzgador no ordenará la



práctica de aquellas que tuvieran por objeto acreditar hechos públicos o notorios, ni tampoco las que fueren notoriamente impertinentes o tengan fines puramente dilatorios y de ser procedente ordenará al Ministerio Público reabrir la investigación y proceder a la práctica de las diligencias, en un plazo que no deberá exceder de 15 días o antes si ya se hubiere cumplido la diligencia.

1.3.8.3 Cierre de la Investigación

En términos del numeral 306 párrafo *In fine*, una vez “*vencido el plazo o su ampliación, o aún antes de ello si se hubiere cumplido las diligencias, el Ministerio Público cerrará nuevamente la investigación...*”

Ahora bien, la reapertura o ampliación del plazo para la investigación, puede acaecer durante la etapa intermedia; es decir, desde la acusación y su contestación hasta antes de que concluya la audiencia intermedia; así las cosas, surge una disyuntiva, sobre lo que sucederá al cerrarse nuevamente la investigación, si dicha reapertura se solicitó una vez formulada la acusación o su contestación, y si con motivo de la diligencia practicada el Ministerio Público desea ofrecer algún medio de prueba, recordando que dicha representación social debe formular su ofrecimiento por escrito, para que se le dé al imputado la oportunidad de una defensa adecuada,

Quizá no se considere necesario volver a formular acusación, pues bastará con darle vista al imputado para que tenga la oportunidad de realizar argumentaciones; empero, bajo mi apreciación considero que la reapertura de la investigación o ampliación no debe dejarse a “cualquier tiempo” dentro de la etapa intermedia, en virtud de que durante esta etapa ocurren diversos actos procesales, por lo que, en caso de ordenarse la reapertura al casi finalizar la etapa intermedia, implica una serie de vicios puesto que con el nuevo cierre de investigación se retrotrae el proceso al principio de la etapa intermedia debiendo ocurrir todo de nueva cuenta respecto del medio de prueba que surge con motivo del dato de prueba incorporado a la carpeta de investigación; es decir, en estricto sentido debería formularse acusación por escrito, dar contestación, escrita o verbal, abrir el debate, entre otras actividades, cuestión



que no es correcta; y aun que, si bien es cierto no ocurre en la práctica, también lo es que en estricto sentido si debería acontecer, por lo tanto, aprecio que la reapertura de la investigación o su ampliación debería solicitarse durante la fase escrita de la etapa intermedia; o sea, antes de la apertura de la audiencia intermedia, para que durante ésta (en la cual se da el choque adversarial y el imputado puede dar contestación verbal a la acusación) ya se integren los medios de prueba que surjan con motivo de la diligencia practicada.

Concluyendo que el término “cualquier tiempo” dentro de la etapa intermedia, puede afectar nocivamente el desarrollo del proceso e incluso la defensa del imputado si recordamos el porqué de una fase escrita y una oral durante la etapa preparatoria a juicio¹⁶¹.

1.3.9 Auto de apertura a juicio oral

El auto de apertura a juicio oral pone fin a la etapa intermedia y por ende la oportunidad de ofrecer medios demostrativos para su desahogo durante el juicio oral, una vez dictado el proveído de mérito no se podrá optar por el procedimiento abreviado (artículo 381 primer párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México), ni procederán los acuerdos probatorios (artículo 123 primer párrafo), por lo que dicho auto tiene gran trascendencia al poner fin a la etapa preparatoria a juicio y al dar inicio a la etapa de juicio oral donde se deberán producir todos los actos de prueba (salvo las excepciones), sin que se pueda (reitero) ofertar algún medio de prueba con posterioridad a la emisión del auto, a menos que se trate de prueba superveniente o de nuevas pruebas derivadas de la reclasificación que de los hechos, que realice el Ministerio Público o que tengan por objeto contravenir las supervenientes de la contra parte, fuera de estas excepciones no se podrán incorporar medios convictivos durante la audiencia de juicio.

Vista la importancia que reviste la resolución de apertura a juicio oral, es menester mencionar algunos de los requisitos que al tenor de lo estatuido por el

¹⁶¹ Véase comentario del numeral 1.2.5 sobre la justificación de la fase escrita de la etapa intermedia.



artículo 328 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, debe contener el proveído en estudio entre los que destacamos, el juzgado o tribunal competente conforme al turno respectivo; las acusaciones y las correcciones formales, la pretensión sobre el pago de la reparación del daño; los hechos que se tienen por acreditados, o sea, los acuerdos probatorios; y los medios de prueba que deberán producirse en el juicio.

Por último el párrafo *in fine* del numeral invocado con anterioridad dispone la imposibilidad de poder recurrir el tan aludido proveído que apertura el juicio oral.



Capítulo tercero

La prueba en el juicio oral

1 Desarrollo de la etapa de juicio

1.1 Consideraciones preliminares

El Juicio Oral es la etapa culminante del nuevo proceso penal de corte acusatorio, ya que es aquí en estricto sentido donde se observan los principios que lo rigen y se deciden las cuestiones esenciales del proceso en donde se destaca que los jueces que hayan intervenido en las etapas anteriores no podrán conocer lo del juicio oral, siendo la actividad más importante dentro de esta etapa la producción de las pruebas en su doble aspecto objetivo y subjetivo, recordando que el primero de estos hace referencia al medio o instrumento a través del cual se presentara la prueba en si misma o fuente de prueba, lo que se logra con el desahogo de los medios convictivos; mientras tanto, el aspecto subjetivo de la prueba que surge con motivo de esa producción de los medios demostrativos, que generan elementos de convicción que permiten al juzgador tener por acreditados o no, los hechos controvertidos en virtud de una valoración libre y lógica.

1.1.1 La radicación del proceso

Antes de la multicitada reforma Constitucional que implementa los juicios de corte acusatorio, la radicación del proceso, la encontrábamos una vez que el agente del Ministerio Público ejercitaba acción penal y consignaba la averiguación previa junto con el pliego petitorio de consignación, el Juez de la causa debía radicar el proceso ya sea con detenido o sin detenido. Ahora, con la reforma judicial la radicación ocurre en la última etapa del proceso a diferencia del procesamiento penal escrito en donde era la primera resolución judicial.

La radicación del proceso tiene lugar una vez que el Juez de control hace llegar el auto de apertura a juicio oral, al Juez unitario o al que presida al Tribunal de juicio oral, según los casos que prevé el artículo 30 párrafos tercero y cuarto del



Código instrumental penal mexiquense, y cuando en la acusación se contengan delitos de competencia del Juez y Tribunal, éste será competente. La remisión del auto de apertura a juicio oral deberá ocurrir dentro de los dos días hábiles siguientes o su notificación que de dicho proveído se haga a las partes.

Con la radicación las partes se sujetan inexorablemente a la celebración del juicio oral, pues habrá precluido la oportunidad de aplicar medios alternos de solución de controversias, así como la apertura del procedimiento abreviado, también las partes se sujetan a la jurisdicción del Juez o Tribunal de juicio oral a diferencia del proceso escrito en que no necesariamente la radicación implicaba la apertura de un proceso o el sometimiento a su jurisdicción¹⁶².

El dictado del proveído de mérito trae como consecuencia que las personas sometidas a prisión preventiva u otras medidas cautelares queden a disposición del Juez o del Tribunal de juicio oral por lo que hace a dichas medidas.

Una vez “radicado el proceso, el Juez fijará fecha para la celebración de la audiencia de juicio oral, que deberá tener lugar después de quince y antes de treinta días a partir de la radicación y ordenará la citación de los obligados a asistir. El acusado deberá ser citado, por lo menos, con siete días de anticipación a la audiencia”¹⁶³.

1.1.2 Principios rectores

Los principios que rigen el juicio oral en esencia son los mismos que analizamos al inicio de nuestro trabajo, como principios en materia probatoria; sin embargo, encontramos algunas particularidades nimias para la etapa de juicio y así analizamos que:

1.1.2.1 El principio de inmediación

El diverso 333 del Código adjetivo penal mexiquense dispone la observancia del principio de la inmediación, en el sentido de que durante la audiencia de juicio,

¹⁶² Vid. Práctica Forense de Derecho Penal p. 226 y 233

¹⁶³ Artículo 331 párrafo final parte *In fine* del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.



se deberá contar con la presencia ininterrumpida del Juez, y de las demás partes procesales incluyendo sus defensores o mandatarios.

Dicho numeral en cita también prevé que en caso de que el defensor no comparezca, se considerará abandonada la defensa y se reemplazará por un defensor público; si fuere el Ministerio Público quien no acudiera o se ausentara de la audiencia de juicio de igual forma será reemplazado; ante la ausencia o no comparecencia del acusador coadyuvante, se impone una sanción procesal muy severa, toda vez que, le precluirá el derecho procesal que le asiste, pudiéndosele obligar a comparecer como testigo.

El principio en mención, también prevé la comparecencia del imputado, en el que el juzgador dispondrá los medios para que no se evada, si es que se encuentra bajo prisión preventiva, y, para el caso, de que se encontrare en libertad, podrá ordenar su presentación por medio de la fuerza pública o incluso su detección, variando incluso las condiciones bajo las cuales goza de su libertad.

1.1.2.2 El principio de publicidad

Junto a la oralidad constituyen una forma de control público, en virtud de que el debate y propiamente la contienda adversarial se debe desarrollar con observancia por regla general, salvo excepciones en que el debate podrá tener lugar total o parcialmente en privado en los casos que afecten, el pudor, la integridad física o la intimidad de alguna persona que en él haya de participar; cuando se pueda afectar gravemente el orden o seguridad pública; peligro un secreto oficial, particular, comercial o industrial; así como algunas otras de carácter análogo.

Si la restricción es parcial una vez practicados los actos en privacía la audiencia de debate continuará públicamente, en donde el juzgador informara los resultados, cuidando no afectar la confidencialidad, imponiendo a su vez a las partes el deber de reserva sobre las actuaciones que hayan presenciado¹⁶⁴.

¹⁶⁴ *Vid*, Artículo 335 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.



El ordinal 336 del Código adjetivo penal mexiquense, también prevé los casos en que podrá negarse el acceso a personas que se presenten en forma inapropiada con la seriedad y propósito de la audiencia; miembros de fuerzas armadas o de seguridad uniformados que no cumplan funciones de custodia o vigilancia; ni personas que porten distintivos gremiales o partidarios, además podrá limitar el acceso al público según la capacidad de la sala de audiencia.

La publicidad, también queda limitada al orden y la disciplina durante el desarrollo de la audiencia, el juzgador para lograr que esto ocurra, podrá imponer cualquier medida que estime necesaria, ordenar retirar a personas cuya presencia no sea indispensable, incluso podrá suspender la audiencia hasta que se encuentren reunidas tales condiciones.

Para efectos de conservar el orden y la disciplina el numeral 338 del Código instrumental penal mexiquense impone la obligación a los asistentes a la audiencia de comportarse con respeto y en silencio, prohibiendo portar armas u otros objetos aptos para molestar u ofender, ni adoptar comportamientos intimidatorios, provocativos, contrarios al decoro, ni producir disturbios o manifestar opiniones o sentimientos.

1.1.2.3 El principio de continuidad y concentración

El artículo 339 del Código adjetivo penal mexiquense prevé la audiencia de juicio se desarrolle en forma continua, prolongándose en sesiones sucesivas hasta su conclusión, esto tiene vínculo con los principios de inmediatez probatoria y el de concentración que tutela que la prueba se produzca en un sólo momento, siempre que sea posible, así como su aproximación a la inmediatez entre el evento y la producción del elemento demostrativo.

La audiencia podrá suspenderse por un plazo máximo de 10 días cuando se practique algún acto fuera de la sala de audiencias; cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes y deban ser citados nuevamente y sea imposible o inconveniente la continuación de la audiencia; a solicitud del acusado o su defensor con motivo de la reclasificación de la acusación, esta reclasificación es la que sucede durante los alegatos de apertura, no la que se hace en estricto



sentido al presentar el Ministerio Público la acusación que apertura la etapa intermedia, donde no se suspende nada, pues la defensa cuenta con un plazo de casi 15 días (antes de que inicie la audiencia intermedia) para preparar su defensa y dar contestación por escrito; también podrá suspenderse por causas de fuerza mayor o para decidir una incidencia.

1.1.2.4 El principio de oralidad

Es un principio que denomina el nuevo proceso, ya hemos apuntado al analizar éste, su relación con la publicidad y con la inmediación, considerando esencial para que este último principio tenga lugar, durante la audiencia de juicio la oralidad se presenta en todos sus ámbitos, en cuanto se refiere el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México que *“la audiencia de juicio será oral, tanto en lo relativo a los alegatos y argumentos de las partes como a las declaraciones, la recepción de las pruebas, en general, a toda intervención de quienes participen en él”*¹⁶⁵.

De ahí que los elementos demostrativos como objetos y documentos deban exhibirse y leerse en caso de estos últimos, por ser la forma en que medianamente pueden producirse.

1.2 Apertura de la audiencia de juicio oral

Una vez radicado el proceso, llegado el día y hora señalados en que habrá de tener verificativo la audiencia de juicio y verificando se cumpla el principio de inmediación; es decir, que se cuente con la asistencia del Ministerio Público, acusador coadyuvante, acusado, defensor y además intervinientes, debiendo observar el juzgador lo conducente para el caso de su inasistencia (consecuencias ya mencionadas al analizar el principio de inmediación dentro de este capítulo).

El juzgador también verificará la asistencia de los testigos, peritos, interpretes, así como de la existencia de las cosas que deban exhibirse y la declarará abierta, aún y cuando algún perito o testigo no esté presente, si no se afecta el

¹⁶⁵ Artículo 340 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.



desarrollo de la audiencia¹⁶⁶, pues recordamos que la ausencia de éstos puede provocar la suspensión de la audiencia según lo dispone el artículo 339 fracción III del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

1.2.1 Incidencias

Al analizar el principio de contradicción durante este capítulo, hicimos referencia a que la audiencia de debate puede ser suspendida hasta por un plazo de 10 días para decidir sobre alguna incidencia que lo requiera, acorde al numeral 339 fracción I del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

Ahora bien, el artículo 365 del mismo cuerpo legal en cita hace referencia que si durante el desarrollo de la audiencia de debate se presentare alguna incidencia, el juzgador dando vista a las partes resolverá de inmediato, salvo que por su naturaleza o necesidad de prueba, resulte indispensable suspender la audiencia según los términos precitados.

El mismo numeral citado con antelación, también señala en esencia que si dicha incidencia consistiera en que alguna de las partes promoviera el sobreseimiento de la causa o bien el Ministerio Público se desistiera de la acusación, el juzgador podrá resolver en la misma audiencia, desechar de plano la promoción del sobreseimiento planteada por el acusado si es notoriamente improcedente o reservar su decisión hasta la sentencia.

1.3 Alegatos de apertura

Al estudiar la teoría del caso mencionábamos que para algunos autores se iniciaba en estricto sentido hasta esta etapa de juicio oral, lo cual fue negado en su oportunidad por nuestro criterio.

Los alegatos de apertura forman parte de la teoría del caso, pues aquí tenemos adminiculada la hipótesis fáctica, jurídica y probatoria, siendo un discurso que tiene por objeto fijar una versión preliminar de los hechos y la forma en que el relato se corroborará con los elementos demostrativos incorporados al juicio en cuanto a su coherencia y verosimilitud, es aquí donde la versión estratégica de

¹⁶⁶*Ibidem*. Artículo 364 párrafo final.



las partes se expone con claridad para que el juzgador tenga una directriz que le ayude a contextualizar mejor la historia con las piezas demostrativas que la convaliden.

Los alegatos de apertura no son otra cosa que la exposición de una versión de los hechos (elemento factico de la teoría del caso), y la forma en que se demostrará su verosimilitud y coherencia (elemento probatorio de la teoría del caso), tal y como lo acotamos al analizar la forma en que se estructura esta herramienta metodológica, cada proporción de nuestro relato o historia se deberá corroborar y, precisamente los alegatos de apertura tienen la función de anunciar lo que se pretende evidenciar con cada instrumento convictivo desahogado en la audiencia de juicio oral, para que el Juez, las partes y el público contextualicen si los medios demostrativos en realidad demuestran la pretensión planteada.

1.3.1 Regulación normativa

De la redacción del ordinal 364 párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México se desprende la regulación normativa de las exposiciones con las que se habrá de aperturar la audiencia a juicio, lo que bajo mi óptica se puede equiparar a los alegatos de apertura; así tenemos, que dicho numeral dispone: *“Enseguida, concederá la palabra al Ministerio Público y en su caso, al acusador coadyuvante, para que expongan oralmente y en forma breve y sumar las posiciones planteadas en la acusación; luego al defensor, para que si lo desea, indique sistémicamente la posición respecto de los cargos formulados.”*

El precepto en cita establece de forma obligatoria para el Ministerio Público y el acusador coadyuvante, exponer sumariamente sus posiciones planteadas en la acusación y, recordando las posiciones que deben plantearse en ésta, según lo prevé el artículo 307 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México en su fracción III *“relato circunstanciado de los hechos atribuidos...”* (Elemento factico) fracción IV *“preceptos legales aplicables”* (Elemento jurídico) y fracción VII *“el ofrecimiento de los medios de prueba...”* (Elemento



probatorio), tenemos que se trata de la teoría del caso, a la que se refiere el primer artículo en mención que ha previsto lo relativo al tema probatorio, fundamento de toda estrategia de acusación o defensa.

Además se suma, que dicho artículo 364 tercer párrafo otorga a la defensa la facultad discrecional para pronunciarse sobre su teoría del caso, lo que tiene su razón de ser, si tomamos en cuenta que el tipo de proceso pregona el sostenimiento de una acusación por parte del órgano investigador y que también se debe observar la carga probatoria, la presunción de inocencia y la no auto incriminación (derecho a guardar silencio).

Lo anterior no debe ser considerado por los defensores como óbice para no presentar estrategia o alegación alguna, pues al analizar dichos principios hemos hecho mención que para la operatividad de la presunción de inocencia y la carga de la prueba, el imputado queda obligado a demostrar las circunstancias que permitan la procedencia de tales principios; por lo tanto, a pesar de que no sea una obligación jurídica para el imputado y su defensor presentar los alegatos de apertura y en general cualquier otra alegación, si es menester que ello ocurra para no perjudicar de forma irreparable al justiciable.

1.3.2 La oferta probatoria

Como ya hemos advertido, uno de los elementos más importantes que integran la teoría del caso, es el inherente a incorporar medios de prueba, en nuestro discurso de apertura es menester anunciar con que se corrobora o acredita cada una de las proposiciones fácticas de nuestro relato, dotando al Juez de un contexto sobre el que habrá que apreciar cada uno de los medios demostrativos que se desahogaran durante el juicio oral.

Si bien, la oferta de los medios demostrativos no puede acontecer durante esta etapa de juicio oral, salvo la superviniente y las nuevas pruebas, es innegable que la oferta que se haga de éstos en los alegatos de apertura, será el primer contacto oral que tendrá el Juez o Tribunal oral sobre este rubro, pues recordamos que hasta este momento, el órgano jurisdiccional en mención sólo ha tenido a la vista el proveído que apertura el juicio oral, sin conocer de viva



voz de las partes, lo que pretenden demostrar y el cómo lo harán, durante la audiencia de debate.

De lo anterior podemos concluir, que la oferta de medios probatorios en los alegatos de apertura es esencial, puesto que no es concebible una teoría del caso sin elementos que acrediten con exactitud, provean razones del móvil, refuten las de la parte acusadora o demuestren la verosimilitud del relato.

1.4 La reclasificación ministerial del delito

Hemos venido resaltando los momentos en que tanto el Juez como el Ministerio Público pueden variar la clasificación de los hechos, en virtud de la importancia que, para el tema probatorio implica. Durante la etapa de juicio oral el Ministerio Público puede reclasificar el delito, en su primera oportunidad durante los alegatos de apertura y una segunda (la cual es la más correcta e idónea bajo mi criterio), cuando el órgano acusador esgrima sus alegatos de clausura.

El numeral 368 parte primera del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México señala: *“En su alegato de apertura o clausura, el Ministerio Público podrá plantear una clasificación jurídica distinta de los hechos a la invocada en su escrito de acusación.”*

De la ordenanza anterior podemos destacar que la reclasificación que se hace durante la etapa de juicio es distinta de la que se realiza con el escrito de acusación, lo cual es inconcuso si se toma en consideración la etapa procesal en la que cada una tiene lugar.

Cuando la variación de la clasificación jurídica de los hechos ocurre durante los alegatos de clausura (se ha dicho ya), se puede decir que es correcto, pues es más viable que el representante social varía la clasificación una vez que se hayan desahogado los medios demostrativos aunque, por otro lado, se podría pensar que lo más conveniente sería realizarla en los alegatos de apertura para que la defensa pueda, además de aportar nuevas pruebas, adaptar los medios demostrativos que ya han de practicarse durante la audiencia a la nueva reclasificación hecha por el Ministerio Público, lo que no podrá ser si se hace dicha reclasificación en las alegaciones de clausura (salvo el derecho de



aportar nuevas pruebas), lo cual a mi parecer no debe ocurrir pues en estricto sentido se tratará de los mismos hechos y en consecuencia no se tendría porqué variar la teoría del caso o estrategia de defensa.

Según mi óptica, el diverso en cita debe entenderse en el sentido de que el Ministerio Público puede realizar la reclasificación ya sea en los alegatos de apertura o en los de clausura, pero nunca en ambos, pues debemos recordar que el artículo 160 fracción XVI segundo párrafo de la Ley de Amparo el cual prevé la posibilidad de que el Ministerio Público pueda reclasificar los hechos, subordina la variación a que no se alteren los hechos y a que durante el juicio sea oído el acusado en defensa sobre la nueva clasificación; es decir que se prepare la defensa sobre la nueva clasificación.

Para tal efecto el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México prevé la suspensión de la audiencia de debate y la oportunidad de ofrecer nuevas pruebas; por lo que, realizar dos reclasificaciones durante esta etapa implicaría dos suspensiones de audiencia y doble aportación de nuevas pruebas, lo cual ya implica ir en contra del principio de concentración y continuidad procesal, teniendo incluso efectos dilatorios.

1.4.1 Las nuevas pruebas derivadas de la reclasificación ministerial del delito

De lo establecido por el artículo 160 fracción XVI segundo párrafo de la Ley de Amparo, podemos desprender, que como únicas condiciones para poder reclasificar el delito, se dispone la no alteración de los hechos y que se oiga en defensa al acusado sobre la reclasificación, de esta última condición se deriva lo establecido por el ordinal 368 parte segunda el cual prevé ese derecho a la defensa, facultando al acusado y a su defensor para que en su caso pueda ofrecer nuevas pruebas con motivo de la reclasificación que haga el órgano de acusación.

Es evidente que no se trata de una incidencia o de una causa alterna al proceso y, en tal virtud los nuevos elementos demostrativos deben referirse al fondo del asunto; es decir, que tiendan a adaptar la estrategia de defensa a la



nueva apreciación, lo que no debe implicar que se sustituyan los medios de prueba que ya se tenían por otros de carácter nuevo; sino que, por el contrario, los nuevos instrumentos convictivos sólo deben complementar a los ya ofertados, en virtud de que, se trata de los mismos hechos, pues el diverso primeramente citado impone su inalterabilidad.

1.4.2 La suspensión de la audiencia de debate

Para efectos de velar por el derecho a la defensa del acusado, con motivo de la reclasificación del delito, hemos visto que el Código Procesal Penal mexiquense otorga la facultad de aportar nuevos medios demostrativos; ahora bien, el derecho a la defensa con motivo del cambio de apreciación debe acontecer forzosamente dentro del juicio pues así lo establece la ley¹⁶⁷.

Tomando en consideración que el desarrollo de la audiencia de debate de juicio oral debe tener un carácter continuo y secuencial, es indudable que se haría ilusorio e ineficaz el derecho a la defensa motivado por la reclasificación, si esta ocurriera durante el desarrollo de la audiencia; es por ello, que el citado artículo 362 segunda parte del Código instrumental penal mexiquense, debe prever la suspensión de la audiencia respectiva hasta por 10 días, al no poderse ejercer inmediatamente una defensa adecuada, tal y como lo contempla el diverso 339 segundo párrafo IV del cuerpo legal antes invocado.

1.4.3 Práctica y desahogo de las nuevas pruebas

El multicitado Código adjetivo penal para el Estado de México no prevé la forma en que habrán de afectarse los medios demostrativos, ni tampoco reglas especiales sobre su admisión y desahogo, por lo que debe hacerse en los mismos términos previstos para la audiencia intermedia y el desahogo debe ocurrir conforme a las mismas reglas de los demás elementos ya ofertados, según las particularidades de cada medio.

Los nuevos instrumentos demostrativos deberán tener relación con la nueva clasificación y el Juez de juicio oral deberá observar que no sean ilícitos o

¹⁶⁷ Artículo 160 fracción XVI segundo párrafo de la Ley de Amparo.



puramente dilatorios, pues aunque el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México no lo prevea, es inconcuso que el órgano jurisdiccional o el que presida el tribunal de juicio oral deberán verificar todas las condiciones como si se tratara de la audiencia intermedia.

La Legislación instrumental penal mexiquense, también es omiso por lo que hace al choque adversarial, toda vez que, no dispone dar vista a la representación social del nuevo cumulo probatorio para que realice alegaciones sobre él e incluso ofertar medios de convicción que pudieran relacionarse con la veracidad, autenticidad o ilicitud de los nuevos instrumentos ofertados por la defensa con motivo de la reclasificación, omisión que a mi entender, no permite una igualdad procesal entre las partes conforme al tipo de proceso y; es entonces, que los jueces, en aras de preservar la igualdad procesal entre las partes deben (según mi aprecio) oír a la representación social e incluso admitir elementos demostrativos que tiendan a controvertir las “nuevas pruebas”.

La consideración es así, en virtud de la obligación que tienen los jueces de despejar los obstáculos que impidan o debiliten la vigencia del principio de igualdad procesal, tal como lo estatuye el ordinal 16 párrafo final de Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

Sin embargo, es menester que la legislación en cita, adopte un mecanismo más específico en cuanto a este tema pues, no es correcto que los jueces deban arreglárselas para preservar un equilibrio procesal entre las intervinientes.

1.5 Los medios de prueba y su sistema de desahogo en la audiencia de juicio oral

Como se ha venido afirmando en el transcurso de esta investigación, la “prueba” alcanza su momento estelar y más *ad hoc* dentro de la audiencia de juicio oral, pues es hasta este momento procesal donde se produce la convicción y, en estricto sentido se le puede denominar “prueba” en su doble aspecto (objetivo y subjetivo); es decir, su aspecto objetivo lo alcanza a través del desahogo del medio de prueba que la incorpora al proceso penal, y mientras



que el subjetivo se produce una vez que el Juez valora el elemento convictivo y le permiten tener o no por acreditada la responsabilidad penal del justiciable.

Ahora bien, es menester recordar que el artículo 20 apartado A fracción III primera parte de la Constitución Federal estatuye que para efectos de sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, cuya razón de ser, según mi criterio, ya ha quedado satisfecha en el presente estudio, similar condición también se dispone en el numeral 342 del Código de enjuiciamiento criminal para el Estado de México el cual en esencia dispone que la prueba que sirva de base para la sentencia deberá desahogarse durante la audiencia de debate, salvo las excepciones que ya mencionamos; o sea, la prueba anticipada y la excepción en materia de delincuencia organizada principalmente.

Esta etapa procesal donde se deciden las cuestiones esenciales del proceso y se busca el conocimiento de los hechos y la verdad histórica (el alma del proceso penal), se procura a través de la incorporación de “cualquier medio de prueba” producido e incorporado lícitamente¹⁶⁸, que permita lograr el esclarecimiento de los hechos¹⁶⁹ y llegado ese momento, el artículo 370 del cuerpo legal precitado, señala en esencia, que cada parte cuenta con la libertad para determinar el orden en que habrán de rendir sus pruebas, pero siempre correspondiéndole al Ministerio Público y en su caso al acusador coadyuvante, rendir primero la probanza.

1.5.1 El desahogo de testimonios y peritajes

En un sistema procesal penal en donde se pregona la producción dinámica de los instrumentos demostrativos, parece ser que los medios más fuertes y que mejor cumplen dicha condición, son precisamente los testimonios y experticias que obran en el órgano de prueba (personas), dichos medios convictivos guardan relación inexorable con la mayoría de los otros medios, pues, la prueba material deberá ser referencia por un perito o testigo para su incorporación al

¹⁶⁸ Artículo 342 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

¹⁶⁹ Artículo 20 apartado A fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.



juicio; los documentos deberán ser identificados y autenticados por el suscriptor, contra quien se aduzca o por perito; los reconocimientos y confrontas deberán tener sustento en la declaración de la víctima, ofendido, acusador o testigos; la evidencia física como huellas hemáticas, tejidos, hueso, entre otras (medios de prueba indirectos), deban producirse lógicamente a través de una pericia, al igual que cualquier otro medio que se desprenda de los conocimientos y avances científicos.

La confesión incluso debe tener sustento también con estos elementos; los elementos demostrativos de carácter electrónico tampoco escapan de los atestes o pericias pues éstos deben ser protegidos en cuanto a su autenticidad por medio de pericias; las inspecciones y reconstrucciones de hechos también tienen una base común en las declaraciones de los órganos de prueba, ya sean peritos o testigos; incluso la incorporación de actuaciones anteriores debe ser con el fin de superar contradicciones o realizar aclaraciones respecto de las declaraciones de peritos, testigos, acusador, víctima u ofendido.

Como podemos advertir dichos medios de prueba (testimonial y pericial) fundamentan y están relacionados con la mayoría de los medios demostrativos, de ahí que, su desahogo sea determinante durante el juicio; analizaremos las cuestiones inherentes al desahogo de estos medios de prueba que no son nada sencillas, pues en los interrogatorios encontramos (según mi criterio) algunas problemáticas que trataremos de evidenciar y proponer su corrección.

1.5.1.1 Consideraciones previas a su recepción

Antes de que un perito o testigo declaren, se deberán tomar en consideración las solemnidades que establece el Código Procesal multicitado, una de éstas es la inherente a la protesta que debe tomarse a los deponentes, al respecto señala el numeral 354 del Código instrumental penal mexiquense que al inicio de la diligencia, se le recibirá la protesta de decir verdad en los términos señalados en el ordenamiento antes invocado; dichos términos se encuentran en el artículo 39 del mismo ordenamiento precitado, a su vez el dispositivo 371



párrafo primero de la citada norma procesal dispone, que una vez que el Juez identifique al perito o testigo les tomara la protesta de decir verdad.

Empero, a pesar de tal obligación no se advierte consecuencia procesal alguna para el caso de omitir la disposición de protestarlos, aunque considero que a pesar de no estar dentro del texto instrumental penal mexiquense, se puede e gran medida actualizar la disminución o desmerito en cuanto al alcance convictivo del ateste, en atención al momento en que se haga valer; es decir, si antes de que el órgano de prueba declare o durante ésta se hace saber al Juez la omisión de la protesta, el juzgador tomara la protesta y le podría pedir que vuelva a declarar reponiendo la declaración, no se podrá pedir su reducción en cuanto alcance convictivo puesto que existirá una fuente independiente a la desahogada con violación procesal, esto puede acontecer si el medio de prueba es importante y beneficia a la contraparte, o bien cuando la parte oferente pretenda rescatar el ateste o protegerlo.

Ahora bien, la declaración sin previa protesta verá disminuido su valor siempre que la observación sobre la falta de la solemnidad de mérito, se haga valer una vez haya concluido el desahogo de los medios, de tal forma que no se pueda subsanar; o sea, bien podría hacerse valedera durante los alegatos de clausura y , aunque si bien no se establece una sanción procesal de nulidad, también lo es que ante la falta de tal formalidad el ateste no puede conservar un valor intacto, sino que por el contrario esto se ve disminuido considerablemente.

El segundo párrafo del diverso 354 del citado Código Procesal, prevé que a los menores de dieciocho años únicamente se les exhorte para que se conduzcan con verdad, disposición que definitivamente no se comparte ya que; si bien es cierto, que los menores de 18 años son inimputables para el derecho penal, no menos cierto resulta que dicha inimputabilidad no es absoluta.

Lo anterior se sostiene en términos de los artículos 18 párrafo cuarto de la Constitución Federal y 2 fracción de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de México, donde los mayores de 12 años y menores de 18 si son susceptibles de cometer conductas antisociales, por lo que considero que los



mayores de 12 años y menores de 18 si deben ser protestados y apercibidos conforme el artículo 39 tercer párrafo del Código de Procedimientos Penales del Estado de México y que sólo pueden ser considerados como no protestables los menores de 12 años.

Otra solemnidad que debe seguir los mismos efectos de la anterior, es la inherente a que el juzgador haga del conocimiento del declarante, de ser el caso, la facultad que tiene de abstenerse de declarar si se trata de personas o parientes del acusado indicadas en el ordinal 345 del Código adjetivo penal mexiquense.

Una de las solemnidades más trascendentales es la consistente en la separación o propiamente el aislamiento de los declarantes, para evitar que se comuniquen entre sí o conozcan lo que previamente otro atesto, no permitiendo contubernios o conciertos previos entre los futuros declarantes.

De la misma forma que ocurre en la protesta y la facultad de abstención, no se advierte sanción procesal alguna para el medio demostrativo desahogado sin la observancia de tales condiciones; por lo tanto, al igual que otras formalidades el juzgador deberá sancionar el ateste con la ausencia de tal imperativo legal, disminuyendo su valor probatorio independientemente del momento en que se haga valer; pues ya se habrá provocado ineludiblemente una contaminación emocional derivada del contacto con otros órganos de prueba.

Es criticada tal disposición, pues esto sólo puede darse dentro de una sala de audiencia; ya que, para el caso de que la audiencia conste de más de una sesión, sería imposible retener a los órganos de prueba dentro del recinto hasta que se reanude el debate, cuestión que a mi entender no es óbice para que se disminuya el valor convictivo de una deposición si el Juez advierte la ausencia de estas condiciones, más allá de considerar si se puede o no cumplir cabalmente con tal mandamiento procesal.

1.5.1.2 Interrogatorio directo del oferente de la prueba

Como ya se dijo antes, las declaraciones de testigos y los informes de los peritos no pueden sustituir la declaración personal de estos en la audiencia de



juicio¹⁷⁰ y es por tales motivos, que por regla general los testimonios y las pericias se deben practicar a través de interrogatorios que las partes formulen, en concordancia con el dispositivo 371 tercer párrafo parte primera del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en la segunda parte del tercer párrafo del artículo precitado se indica de forma genérica que el interrogatorio debe realizarse en primer lugar, por el oferente de la prueba y luego por las restantes; luego entonces, se desprende que el primer interrogatorio será en forma directa por el oferente, destacándose que el artículo en mención también contempla los conainterrogatorios.

En ese sentido tenemos, que el juzgador después de interrogar al perito, testigo o intérprete sobre su identidad personal, concederá la palabra para que lo interrogue, ello es así, porque en un sistema de corte acusatorio, el juzgador unitario o al que presida en tribunal de juicio oral, desconoce cualquier actividad del órgano de prueba que ante él se presenta; de ahí, que la doctrina recomienda iniciar el interrogatorio haciendo cuestionamientos tendientes a solventar la credibilidad del deponente o propiamente su imparcialidad.

Hecho lo anterior el juzgador dará el uso de la palabra al oferente del medio demostrativo para que proceda a interrogarlo directamente, con el fin de acreditar las proposiciones fácticas de la teoría del caso que permitan dotar de credibilidad y verosimilitud su relato, en dicho examen el oferente puede plantear sus cuestionamientos de forma más flexible y dinámica; es decir, podrá realizar preguntas abiertas provocando una expresión más amplia de los hechos.

También podrá hacer preguntas cerradas, cuando se pretenda una afirmación o negación sin abordar otros puntos, las preguntas sugestivas dentro del interrogatorio directo del oferente no son admisibles¹⁷¹ así como las engañosas y poco claras, el examen directo se puede realizar de forma libre; lo anterior es así, porque este interrogatorio directo se torna el más importante para ilustrar al

¹⁷⁰ Artículo 371 segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

¹⁷¹ Artículos 372 párrafos segundo parte primera y cuarto parte primera del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.



juzgador, debiéndose practicar hasta su exhaustividad ya que, finalizando este examen no se tendrá oportunidad de enriquecer más el ateste, en virtud de que sólo se podrá interrogar nuevamente al órgano de prueba respecto de preguntas realizadas durante el contrainterrogatorio.

A la importancia esgrimida con anterioridad se adhiere, que durante el primer examen se desprende la oportunidad de incorporar al juicio los medios convictivos materiales e intangibles, que hayan sido referenciados o reconocidos por el declarante, lo que incluso permite en su caso, la incorporación al juicio de los registros en que obren diligencias de investigación anteriores a las que se halla sometido al declarante, como reconocimientos o procedimientos de confrontación para que aluda a ellos en su ateste o informe, según lo dispuesto por el artículo 374 fracción II inciso a) del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

Para finalizar con la intervención directa el artículo 372 segundo párrafo segunda parte faculta al órgano jurisdiccional de juicio oral, para poder interrogar al declarante únicamente a fin de aclarar puntos que nos hayan quedado claros sin que éste se entienda como una diligencia de pruebas para mejor proveer, en lo personal considero que tal facultad se torna muy delicada y que se debe sujetar exclusivamente a la repetición de una pregunta cuya respuesta no haya quedado del todo clara, evitando hacer preguntas para sí, pues claro es que con ello, se estaría afectando a alguna de las partes e inexorablemente no se propiciaría una igualdad procesal.

1.5.1.3 El contra interrogatorio de las partes no oferentes

Para sustentar el principio de contradicción, la legislación procesal penal para el Estado de México, ha previsto la figura del contrainterrogatorio al órgano de prueba examinado por la contraparte, al disponer que corresponde interrogar primero a la parte oferente y con posterioridad a las demás¹⁷², así luego, tenemos que el contrainterrogatorio implica que una vez finalizado el examen

¹⁷² Artículo 371 tercer párrafo parte final y 372 primer párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.



directo del oferente y, en su caso, el del juzgador encaminado a aclaraciones, se le concederá el uso de la palabra a las partes no oferentes para que lo examinen y señalen irregularidades en la declaración, afectando la credibilidad o su calidad moral, se destaquen contradicciones, o incluso las provoquen, toda vez que, a partir de un contrainterrogatorio se puede incorporar a proceso una confrontación o reconocimiento dentro del propio juicio, o bien incorporar los registros que obran en la carpeta de investigación donde se contienen diligencias de reconocimientos, confrontaciones e incluso entrevistas anteriores; para tales efectos durante los contrainterrogatorios se permiten cuestionamientos sugestivos¹⁷³ a diferencia del interrogatorio directo.

Esta forma de practicar los actos probatorios, permite el choque adversarial que tipifica el proceso penal, ya que el juzgador puede valorar comportamientos, actitudes, contradicciones, que quizá no se presentaron en la declaración o preguntas del oferente quien pretende cuidar el interrogatorio para hacer que la declaración logre un primer convencimiento que generalmente logra con esta dinámica, tendiente a atacar la declaración u evidenciar un lenguaje corporal poco favorable y contrario a su primera intervención garantiza una apreciación judicial más completa.

Cabe destacar que el contrainterrogatorio no implica poner en mal al declarante por cualquier medio, pues debemos recordar que aún en los re exámenes sigue prevaleciendo la prohibición de formular preguntas engañosas y poco claras¹⁷⁴, añadiéndose la prohibición establecida en el numeral 338 parte final de Código de Procedimientos Penales en cita, inherente a que es un deber de las partes no adoptar comportamientos intimidatorios, provocativos ni contrarios al decoro, por lo que, en caso de un interrogatorio que revista las características en mención bien podrá ser objetado con fundamento en el artículo anteriormente invocado; por lo tanto, la desacreditación del ateste o informe deberá ser conforme a los medios que no contravengan las garantías procesales, obvio es.

¹⁷³ Artículo 372 párrafo cuarto segunda parte del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

¹⁷⁴ *Ibidem*. Artículo 372 cuarto párrafo tercera parte.



En otro orden de ideas cabe también señalar, que un re examen al órgano de prueba ajeno no sólo tiene como finalidad afectar la verosimilitud de su ateste; en virtud de que, a través de una técnica adecuada, también se pueden acreditar algunos elementos facticos planteados en la teoría del caso, e incluso poder incorporar medios de prueba materiales o conseguir la práctica de algún reconocimiento o confrontación si es que no obran ya registros anteriores, donde en todo caso se podrán utilizar dichos registros para contrastación.

1.5.1.4 Nuevo interrogatorio directo o re examen directo

En teoría una vez que se haya interrogado y contra interrogatorio al testigo, debería tenerse por agotado dicho medio demostrativo, sin embargo esto no es así, ya que durante el desahogo del ateste o del informe, se permite un nuevo interrogatorio directo por parte del oferente, una vez que haya concluido el contrainterrogatorio y, en su caso, las preguntas aclaratorias del juzgador; lo anterior es facultado por el artículo 371 quinto párrafo del Código instrumental penal para el Estado de México que estatuye:

“A solicitud de alguna de las partes, el juez podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieren declarado en la audiencia, sólo respecto de las respuestas dadas por el testigo o perito durante el contra interrogatorio.”

Como podemos advertir, el nuevo interrogatorio debe referirse a preguntas formuladas durante el contrainterrogatorio, establecida esta directriz se destaca que no puede utilizarse este segundo examen para robustecer la primera declaración o para introducir nuevas proposiciones o evidencias materiales, puesto que con la primera declaración se entiende agotada la materia de los atestes, de ahí que señalemos la importancia de explotar al máximo dicho examen.

Ahora bien, este segundo interrogatorio por parte del oferente para que vuelva a interrogar nos genera una pregunta pues ¿Qué pasaría si éste (nuevo interrogatorio) se niega?, es evidente que no lo examinaría, más bien dicha solicitud debe hacerla la parte a quien corresponde el interrogatorio directo; en



virtud de que, aprecio que la finalidad de un segundo examen es el devolverle la credibilidad al órgano de prueba que fue controvertido por la contraparte, habilitándolo de nueva cuenta realizando aclaraciones sobre respuestas no favorables para la convicción judicial, o evidenciando que el lenguaje corporal mostrado en el contrainterrogatorio se debió a miedo, intimidación o nerviosismo.

Con la práctica de este segundo examen directo y obviamente en términos del numeral precitado en su párrafo final, si es el caso, una vez agotadas las preguntas del juzgador que tiendan a aclarar los dichos del declarante, se deberá tener por practicado el instrumento demostrativo.

1.5.1.5 Contra interrogatorio al segundo examen

Como se pudo advertir la legislación procesal penal estatal, fija la postura en que se habrán de desarrollar los interrogatorios y ésta es en el sentido de que el oferente del órgano de prueba interroga directamente, acto seguido contrainterroga el no oferente, para culminar con un segundo examen directo del oferente, sin dar oportunidad a un re contrainterrogatorio, la cual se homologa al modelo de justicia penal anglosajón, lo que a mi criterio no se comparte en absoluto, toda vez que, al ser el proceso penal se tipo adversarial; es decir que implica una contienda entre las partes sometidos a jurisdicción en igualdad procesal¹⁷⁵ y máxime que dicha igualdad procesal debe ser preservada por el Juez, quien para ello incluso puede despejar los obstáculos que la impida o debilite¹⁷⁶.

Aprecio que durante la práctica de testimonios y pericias se debe dar la oportunidad al no oferente de la prueba para que realice un segundo contrainterrogatorio, si el oferente previamente tuvo la oportunidad de practicar un re examen, aun y cuando sólo se limite a las respuestas del segundo interrogatorio directo; proporcionándose así, mayor igualdad procesal y ajustándose también a la postura fijada por modelos de justicia penal

¹⁷⁵ Artículo 2 inciso b) del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

¹⁷⁶ *ibidem*. Artículo 16 párrafo final.



latinoamericana en lugar de un anglosajón¹⁷⁷ que difícilmente podrán tener aplicabilidad en nuestro país, atendiendo a la corriente epistemológica desde la que estudian el Derecho (ius realismo).

En atención a la postura planteada con anterioridad, contraria a la que establece el Código de Procedimientos Penales mexiquense, que no prevé un segundo contra interrogatorio al no oferente del órgano probatorio y; en virtud de que debe prevalecer el justo equilibrio procesal entre los intervinientes se propone que el Código en mención, debe adicionar esta facultad para los casos en que se autorice un segundo examen al oferente.

1.5.1.6 Problemática cuando las partes ofrecen al mismo testigo o perito

De la redacción del artículo 370 del Código adjetivo penal mexiquense se desprende que corresponde primero al Ministerio Público rendir sus medios demostrativos, mientras que del diverso 371 párrafo cuarto segunda parte del Código precitado señala que corresponderá interrogar, en primer lugar, al oferente de la prueba y luego a los restantes.

Ahora bien, en el Código multicitado, no se advierte disposición alguna sobre la forma en que había de desahogarse una declaración cuando el mismo perito o testigo sea ofrecido por el Ministerio Público y por la defensa, lo que sin duda genera una confusión probatoria, puesto que en estricto sentido conforme al numeral invocado deberá desahogar primero el Ministerio Público, para que posteriormente proceda la práctica de la defensa sobre el mismo órgano (interrogará, contrainterrogará el Ministerio Público y en su caso, volverá a interrogar la defensa), lo que sin duda implica que se rinda dos veces el medio de prueba; lo que bajo nuestra óptica, resulta impráctico e incluso violatorio del principio de continuidad y concentración de las audiencias, para el caso de que bajo este motivo se propicie una sesión distinta para su práctica.

En otro orden de ideas, no se advierte que pueda practicarse el medio de prueba compartido de otra forma, la cual es problemático sin lugar a dudas; según mi apreciación considero que esta laguna debiera subsanarse

¹⁷⁷ BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *op cit.* pp. 279-280.



implementando una excepción a la regla general prescrita por el artículo 370 del Código citado, donde establece que corresponde desahogar primero al representante social, pues en esta hipótesis el órgano de prueba no es exclusivo de éste sino que al compartir la probanza, puede compartirse su práctica; es decir, que durante el desahogo el Ministerio Público pueda intervenir la defensa más allá de la oportunidad de contrainterrogatorio.

Bajo esta tesitura, se hace la moción de que la legislación procesal penal mexiquense adopte una excepción a la regla general de desahogo primigenio para la representación social, prescribiendo que para los casos de ofrecimiento colectivo de un órgano declarante, interrogará obviamente primero el Ministerio Público y contrainterrogará la defensa, otorgando con posterioridad la oportunidad a la defensa de practicar preguntas abiertas, pues debemos recordar que los contrainterrogatorios tienden a controvertir la primera declaración y por obvias condiciones es complicado incorporar el interrogatorio que se tenía preparado para su ateste, por tal motivo aprecio que la defensa ocupará el contrainterrogatorio para los efectos propios de éste, a sabiendas de que con posterioridad podrá tener la oportunidad de plantear su examen directo como lo había ya preparado previamente, finalizando la práctica del órgano de prueba con el contrainterrogatorio ahora por parte del Ministerio Público y acusador coadyuvante, además por supuesto de las interrogantes aclaratorias que en su caso haga el órgano jurisdiccional.

Considerándose el criterio propuesto, se advierte un mayor dinamismo, un equilibrio procesal por supuesto se lograría una concentración y continuidad en el debate, que evitaría dicha problemática puesto que, después de esa práctica compartida bien puede el Ministerio Público seguir con su desahogo primigenio conforme a lo establecido por la ley de procedimiento penal mexiquense.

1.5.1.7 Las objeciones y su trascendencia procesal

En el nuevo proceso penal, las objeciones deben entenderse bajo la connotación de que representa llamar la atención del Juez durante la audiencia, para hacer valer una oposición que no permita al absolvente dar contestación a



una pregunta; así luego, el término objetar como se empleaba en el proceso escrito ya no tiene cabida en este tipo de proceso adversarial, pues en éste se debe controvertir cada medio demostrativo, al momento de su ofrecimiento o desahogo, sin necesidad de una vista y un plazo que permita la objeción del elemento demostrativo, es ahí donde radica la diferencia entre proceso escrito y el acusatorio (con respecto a las objeciones claro), donde en el primero se utilizaba el termino para objetar los documentos privados y pericias, ahora con el sistema acusatorio esto se logra con la adversarialidad y dicho termino parece utilizarse sólo para mostrar una inconformidad que no permita la contestación de una interrogante.

El artículo 372 último párrafo partes penúltima e *in fine* del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México señala en esencia el derecho que tienen las partes para objetar sólo preguntas engañosas, poco claras y sugestivas cuando no se practiquen en el contrainterrogatorio.

Ahora bien, dentro de las preguntas engañosas se encuentran también las capciosas o las que tienden a ofuscar la inteligencia del absolvente para crear una falsa apreciación de la realidad, provocando que el declarante proporcione una respuesta errónea.

Dentro de las poco claras según mi apreciación también se deben entender los que contienen demasiados hechos en una sola pregunta, así como aquellas de carácter impertinente, que por su vaguedad, imprecisión, complicada formulación y nula relación con los hechos, no permiten al absolvente responder adecuadamente.

Las preguntas sugestivas también son objetables siempre que se formulen fuera de los contrainterrogatorios donde son permitidas, y estas se entienden, como aquellas que sugieren o fuerzan la respuesta, enfatizando una palabra durante la pregunta, introduciendo varias opciones para que el declarante opte por alguna o bien cuando se colocan asertivos o negativas en la cuestión, en este último caso el juzgador deberá tomar en consideración el ánimo de sugestión por parte del articulante, toda vez que hay cuestionamientos que no



pueden formularse de otra forma, o en aquellas preguntas cerradas donde sólo existe como respuesta un sí o un no (incluyen opciones), la objeción deberá apreciarse por el juzgador quien en aras de obtener información la más cercana a la verdad deberá observar si los interrogantes en realidad tienen los fines antes descritos.

También se pueden emplear las objeciones para evitar que un perito o testigo declaren, por asistirles el derecho de abstenerse o bien por no haber sido protestados en términos del Código con la trascendencia que esto implica, misma que ya fue analizada al abordar lo inherente a las consideraciones previas para el desahogo de pericias y testimonios.

La práctica de las objeciones dentro los interrogatorios, conainterrogatorios y re exámenes de testigos o peritos tienen gran trascendencia, incluso más allá del proceso penal, pues ha de saberse que con éstas se prepara un inminente recurso de revocación, si el juzgador desecha o admite la pregunta, circunstancias que podrán hacerse valer como agravios; en su caso, durante el recurso de apelación.

Ahora bien, en términos del numeral 73 fracción XII de la Ley de Amparo, el juicio de garantías es improcedente contra actos consentidos tácitamente cuando no se promueva el recurso que tienda a modificarlo o anularlo; luego entonces es menester preparar la acción Constitucional desde el proceso, entre otras cosas no consintiendo los actos, es decir, objetando preguntas y promoviendo el recurso aplicable (revocación), para que en caso de llegar al juicio de amparo no se hayan consentido tácitamente, y por consecuencia éste sea improcedente.

1.5.2 La prueba documental en la audiencia de juicio

En el nuevo proceso de corte adversarial, se ha observado que los medios demostrativos han de ser producidos durante la audiencia de debate de juicio oral para que puedan considerarse como prueba, también se ha dicho que toman mayor importancia aquellos medios como los atestes, informes periciales



y reconstrucciones de hechos, por ser instrumentos que pueden desahogarse con el dinamismo requerido en el debate.

Resulta inconcuso advertir que los documentos no pueden cumplir del todo con el dinamismo de producirse en el juicio oral, en virtud de que, durante el debate no se suscribe una receta médica o se celebra un contrato por ejemplo, es entonces que dada su naturaleza deban incorporarse a proceso de forma muy específica, pues el ofrecimiento de un documento para ser desahogado por su propia y especial naturaleza, como sucedía durante el proceso escritural ya no tiene vigencia en uno de corte acusatorio.

También es menester hacer el distingo entre el medio de prueba documental y la utilización de documentos para complementar algún otro instrumento demostrativo. Así las cosas tenemos los documentos que como medio de prueba son ofertados para crear convicción y analizaremos otras formas en que pueden ser utilizados.

1.5.2.1 Incorporación y desahogo de la prueba documental

Según el diverso 359 del Código instrumental penal mexiquense, se consideran documentos cualquier objeto dotado de poder representativo; es decir, que se puede tratar de papeles, videos, pinturas, fotografías, telas e incluso ahora documentos electrónicos que obran en algún soporte, para el jurista Sotomayor López, *“En un sentido estricto por documento se entiende en recipiente, soporte o envase en el que se vierten por escrito manifestaciones o declaraciones”*¹⁷⁸.

En otra tesitura también tenemos, que en virtud de que en el proceso de corte acusatorio, impera la valoración jurídica de la prueba libérrima conforme a las reglas de la lógica y sana crítica, es evidente que la existencia de pruebas plenas no tienen lugar en este tipo de proceso apenas adoptado, por tales motivos los documentos públicos citados en el artículo 360 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México ya no tienen tal carácter como en el proceso anterior, sino que ahora el nuevo ordenamiento procesal penal les otorga el carácter de auténticos, sin dotarlos de un valor convictivo, lo cual me

¹⁷⁸ Práctica Forense de Derecho Penal p. 372.



parece muy atinado; por otro lado, tenemos los documentos privados los cuales deben ser autenticados so pena de influir en el mérito demostrativo; así, el artículo 361 del multicitado Código prevé la forma de autenticar éstos, sobre el particular ya nos referimos cuando estudiamos el ofrecimiento de este medio de prueba, sin embargo, eso no es óbice para contextualizar su desahogo en conjunto a los medios que lo autentican.

Para incorporar a la audiencia de debate un documento que servirá como medio demostrativo, es necesario que se lean y exhiban en el debate con indicación de su origen¹⁷⁹, esta es la única forma en que medianamente se cumple con el dinamismo que exige el mismo juicio.

Ahora bien, dándole lectura al documento se entiende por producido y al exhibirse se corrobora su contenido, es evidente que el documento no puede pasarse de mano en mano pues incluso así (aclarando que las partes tienen el derecho de solicitar tener contacto directo con el documento) no se cumpliría con el principio de publicidad de forma plena; luego entonces, la forma en que se desprende del diverso 63 segundo párrafo del Código adjetivo penal mexiquense que prevé la proyección del medio de prueba en este caso documento, por medio de instrumentos digitales o electrónicos.

Lo anterior es una forma, al menos la que se puede desprender del Código Procesal en comento, para que se pueda desahogar dicho objeto representativo, en el que las partes pueden verificar su contenido, firma y origen, sin perjuicio de que una vez hecho lo anterior la contraparte del oferente incluso puede solicitar la exhibición material del documento para hacer sus alegaciones y para el caso de documentos públicos los cuales se presumen auténticos sólo redargüirlos de falsedad.

Por supuesto que aunado a dicha exhibición y lectura, debe acompañarse, en caso de documentos privados, el desahogo del medio de autenticación, ya sea el interrogatorio al perito o suscriptor que dictamine o reconozca su

¹⁷⁹ Artículo 376 primer párrafo parte primera del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.



autenticidad, la certificación respectiva o la exhibición del original atendiendo a la premisa de mejor evidencia o a través del reconocimiento del suscriptor; para tales efectos.

En otro contexto se destaca que el Código de Procedimientos Penales citado prevé la libertad en el orden de ofertar la prueba, así tenemos una combinación de diverso material convictivo sin importar su clase, para determinar algún elemento factual de teoría del caso.

En conclusión se puede decir que ahora con el nuevo entramado procesal penal acusatorio, los documentos deben ofertarse de forma muy diferente a la del proceso que se abandona, pues como ya se dijo al momento de ofertarlos se deberá indicar que se hará a través de su lectura y su exhibición, indicando como se llevará a cabo ésta, además se debe hacer referencia a su origen, si se tratará de documentos susceptibles de autenticar se tiene que desahogar el medio demostrativo que para tal efecto, recordando que incluso se puede solicitar la comparecencia del suscriptor o contra quien se aduce, bajo los términos ya analizados en tal tópico, además se suma lo inherente al apercibimiento para la persona y para el cuerpo policiaco que cumpla la citación.

1.5.2.2 Uso de documentos, escritos y declaraciones previas

El uso de estos documentos no puede confundirse con la incorporación a juicio de medios demostrativos documentales, autónomos y que tienden *per se* a generar convicción, sino sólo debe considerarse como aquellos documentos accesorios principalmente de los testimonios y pericias; así las cosas se advierte, que el artículo 375 del Código instrumental penal mexiquense ilustra tal diferencia al proveer cuando se puede utilizar en la audiencia de juicio, al respecto dicho numeral dispone:

“Durante el interrogatorio al acusado, testigo o perito, se les leer parte de sus declaraciones anteriores o documentos por ellos elaborados...”

De lo anterior se denota que se utilizan durante ateste o informe “declaraciones anteriores”; es decir, que el documento sólo contiene estas manifestaciones de



la voluntad ya sea en entrevistas, denuncia o querrela, inspecciones o cualquier otra técnica de investigación que consta por escrito (documento), que por supuesto soporta alguna manifestación personal, como se observa el documento no es un medio de prueba como tal, sino más bien su contenido (declaración) que obra en documento que integra la carpeta de investigación; aunque no necesariamente debe constar ahí, pues de la redacción legal transcrita también se observa que pueden ser utilizado durante el debate cualquier documento elaborado por el declarante.

Continuando con la redacción del precepto legal invocado tenemos:

“... cuando fuere necesario para ayudar a la memoria o para demostrar o superar contradicción, o con el fin de solicitar aclaraciones pertinentes”¹⁸⁰.

Bajo esta premisa se aprecia que la utilización de documentos, escritos o declaraciones previas, tienen como finalidad complementar el desahogo de una pericia o ateste, toda vez que, el propio ordenamiento legal de mérito, de forma restrictiva, según mi apreciación, faculta hacer uso de éstos únicamente cuando fuere necesario apoyar la memoria, demostrar o superar contradicciones o a fin de aclarar la pertinencia.

Según mi criterio, esta forma de confrontación del deponente con sus declaraciones previas resulta muy efectiva pues si ante el Juez se evidencia alguna contradicción del testigo implicaría un desaprecio de tal ateste contradictorio ya que a nivel de valoración lógica (por ejemplo; si se utiliza el principio de la lógica de la no contradicción donde una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto), el juzgador conforme a principios de la lógica puede desestimarlos.

Es evidente conforme a lo acotado anteriormente, que al existir una valoración jurídica de la prueba limitada sólo a la lógica y al razonamiento humano, que durante el desahogo de un testigo o un perito se tome total cautela y diligencia en lo que declaran éstos, a fin de salir al paso con alguna declaración contradictoria, ya sea para aclararla o evidenciarla, según el caso, a fin de influir

¹⁸⁰ Artículo 375 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.



en la convicción de estas, por tales motivos esta práctica debe ser muy utilizada durante una declaración.

Convencido estoy de que una de las mejores formas de interrogar a un declarante es partiendo de una declaración anterior, evitando se desentienda de un interrogatorio con un “no sé” o un “no me acuerdo”; sin embargo aprecio que se debe tener cautela al interrogar así, en virtud de que, en estricto sentido la pregunta sería sugestiva al incorporarla de esta forma pero, para el caso de una objeción por sugestiva, que deseche la pregunta se deberá optar por interrogar de forma muy básica incluso hasta con la errónea pregunta del ¿Qué hizo usted? O ¿Qué sabe usted? Lo cual por lo regular es considerado así; puesto que el declarante puede contestar con un “no me acuerdo” o “nada”, lo que hasta cierto punto podría evitar que se le siga interrogando, en virtud de que ya contesto no acordarse o no saber, resultando insidiosas, impertinentes o ya contestadas, y por ende objetables las realizadas con posterioridad.

Aun así considero que si se puede interrogar de esta forma, a sabiendas de que si un declarante conteste un “no se” o “no me acuerdo” cerrando la posibilidad de seguir examinándolo, se estará actualizando la “necesidad” que impone el Código Procesal que nos atañe, para incorporar una declaración anterior, en este caso para apoyar la memoria aunque se insiste que esto es, según mi criterio.

1.5.2.3 Incorporación de registros anteriores

En este tipo de proceso acusatorio, igual que la inmediación la oralidad es un principio que debe observarse durante todas las etapas que conforman el enjuiciamiento y a esto se aúna que la prueba sólo podrá ser considerada así cuando se desahogue en la audiencia de debate, salvo que se trate de prueba anticipada y en materia de delincuencia organizada; ahora bien dicha excepción a la inmediación procesal no parecen ser las únicas, pues la legislación procesal penal prevé algunas otras a través de una variante de los medios convictivos documentales.



Al respecto el artículo 374 del ordenamiento adjetivo penal en comento, autoriza la incorporación al juicio oral, previa lectura y reproducción de los registros en que constan diligencias anteriores, lo que *prima facie* parece contravenir los principios de oralidad e inmediación principalmente.

Abordando el artículo en cita apreciamos que su primera fracción dispone:

“I. Existan testimonios y dictámenes de peritos que se hayan recibido conforme a las reglas de la prueba anticipada, sin perjuicio de que las partes exijan la comparecencia personal del testigo o perito, cuando sea posible...”

Esta condición es lógica, en virtud de que, es la única forma en que se puede incorporar a la audiencia de debate la prueba que ha derivado del desahogo anticipado, reiterando la obligación de comparecencia del perito o testigo si la causa que genero el anticipo no subsiste para el momento de la audiencia, continuamos con la redacción del numeral en estudio:

“II. Las partes lo soliciten y el juez lo estime procedente, por lectura en la parte conducente”

“a) La prueba documental o de informes y los actos de inspección, cateos, aseguramientos y los reconocimientos a los que el testigo aluda en su declaración durante el debate...”

Si no fuese por la frase *“a los que el testigo aluda en su declaración”* podría pensarse que tal disposición es contraria al principio de inmediación probatoria que por un lado descarta la posibilidad de que las técnicas de investigación (datos de prueba) puedan servir para fundar la sentencia.

La redacción de este numeral en su inciso citado, al menos según mi aprecio, es concebible en el sentido de introducir tales documentos e informes, como la prueba de informes o confesional espontánea, que consiste en declaraciones hechas ante autoridad judicial y que obran en documentos, o escritos en que obran técnicas de investigación, para ser utilizados; es decir, para superar o evidenciar contradicciones apoyar a la memoria o realizar aclaraciones; ello debe considerarse así, pues pensar lo opuesto, implicaría que pudiesen



incorporarse a juicio datos de prueba, que se valoren en un documento las actuaciones, y se pueda emitir una sentencia con base en estos, lo cual es absurdo y contrario a la Constitución General de la República, que evita a toda costa que ocurra tal circunstancia, continua la redacción del artículo.

“b) Las actas sobre declaraciones de sentenciados, autores o partícipes del hecho punible objeto del debate, desahogados legalmente ante el Juez, sin perjuicio de que declaren en el debate.”

Este supuesto puede aplicar, dentro del juicio o fuera de éste (incluso ya con sentencia), para fundar en su caso el recurso de la revisión extraordinaria¹⁸¹, pero dentro del proceso, que es a lo que se limita nuestra investigación; no hay mayor anotación en tal supuesto, ya que es una variante de la prueba anticipada, bajo mi óptica, pues la declaración se ha rendido ante Juez, conforme a las reglas establecidas para el debate y además existe el deber de que comparezca y para el caso que no pudiese hacerlo, bien podrá incorporarse el registro en que obre su declaración al haberse desahogado bajo condiciones muy similares a las del anticipo probatorio, continúa la redacción del dispositivo en estudio.

c) “Las declaraciones o dictámenes producidos por exhorto, rogatoria o informe cuando el acto se haya producido o hecho constar por escrito, previa autorización legal, y el órgano de prueba no pueda hacerse comparecer al debate;”

Es una variante más de la prueba anticipada pues se cumplieron las condiciones para su desahogo anticipado, con la distinción de que fue un órgano jurisdiccional de otra entidad u otro país incluso, seguimos con la redacción del numeral citado.

d) “Las declaraciones que consten por escrito de testigos o peritos que hayan fallecido, estén fuera del país, se ignore su residencia actual, siempre que esas

¹⁸¹ Véase Código de Procedimientos Penales del Estado de México artículo 425 fracciones I, III y IV.



declaraciones hayan sido recibidas conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles;”

Tomando en cuenta que durante un peritaje irreproducible, se debe practicar con la presencia del imputado y su defensor, incluso se permite un desahogo conjunto si éstos nombran a un perito, se ha preservado el principio de contradicción y además obra en dichos informes periciales, por lo que no debe haber mayor problema en aceptar su incorporación al debate. Continúa texto del artículo 374 del ordenamiento legal en cita.

“e) Las actas, registros o dictámenes existentes por escrito, que las partes acuerden incorporar al juicio durante el debate con aprobación del juez.”

A las excepciones de prueba anticipada, y en materia de delincuencia organizada donde la prueba no se produce en la audiencia de debate, se debe adicionar este inciso, pues se torna muy particular porque rompe con algunas reglas generales a primera de cuentas, es una excepción al momento procesal de ofrecimiento y admisión de medios de prueba, pues es hasta el debate donde esto ocurre, de igual manera se actualizaría el momento para acuerdos probatorios y por último permite que un dato de prueba pueda fundamentar una sentencia, quizá no rompa del todo con el principio de inmediación ni con el de contradicción pues como se nota no hay una mayor lesividad a las reglas Constitucionales que lo prohíben, toda vez que se advierte que debe existir un concierto entre las partes y una autorización judicial.

El problema radica en que no impone bajo qué criterio se puede o no autorizar, lo cierto es que al haber una igualdad procesal y al pretenderse dentro del proceso penal la consecución de la verdad histórica, no parece que tal disposición discrepe de la norma fundamental.

1.5.3 La prueba material y su exhibición en la audiencia de juicio oral

Estos medios convictivos, consisten en generar información a través de entes inertes; o sea, que no pueden ser producidos durante la audiencia de debate con inmediación, y como advertimos antes tampoco son sometidos a una nueva práctica, en este tipo de proceso adversarial y oral el dinamismo y reproducción



del medio de prueba es un pilar fundamental, de ahí que los instrumentos probatorios más fuertes (en apariencia), sean aquellos susceptibles de reproducción y que por regla genérica obran en un órgano de prueba (testigos y peritos).

Ahora bien, a pesar de que cuentan con tales características el Código instrumental penal mexiquense no impide su incorporación, siempre que se realice por medio de la lectura y reproducción en caso de los documentos, que aun a pesar de contener información y de su poco dinamismo son considerados como demostrativos tangibles y por medio de exhibición por lo que hace a los objetos inertes como un arma de fuego, un cuchillo o un arma contundente por mencionar algunas, las grabaciones, los elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro electrónico (con mayor dinamismo) también son considerados como instrumentos convictivos tangibles, a continuación analizaremos algunas particularidades de cada uno.

1.5.3.1 Objetos

Como mencionamos anteriormente los objetos deben ser introducidos a juicio a través de una declaración, pues el objeto *per se* no genera ninguna convicción y por lógica no sirve de nada su sola exhibición, si no ha sido referenciado su origen y su relación directa con alguna de las mociones fácticas de la teoría del caso, de ahí que su incorporación deba estar soportada en una declaración o un ateste¹⁸², pues tampoco basta que se manifieste que se encontró en el lugar del evento, hallazgo o enlace, si dichas aseveraciones no encuentran sustento, quedara es simples alegaciones de las partes y nada más.

Cuestión muy distinta es cuando a raíz de un interrogatorio o de una referencia anterior un testigo, víctima, ofendido, acusado, inclusive hasta de un perito, se desprende el origen del objeto, sus características físicas, su hallazgo y más aún, que en consecuencia traerá aparejado algún reconocimiento o incluso un procedimiento de confrontación ya sea de voces, imágenes, objetos, armas, en

¹⁸² Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, Artículo 363.



fin, al reconocer o no reconocer el objeto se estará acreditando algún supuesto factico de la teoría del caso, tornándola verosímil cada vez.

Una vez que el objeto es referenciado por un órgano de prueba, en términos del artículo 376 primer párrafo segunda parte del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, las evidencias materiales deberán exhibirse durante el debate con la finalidad de que puedan ser examinados por las partes; además, al exhibirse un objeto surge lo inherente a la cadena de custodia de la evidencia en un aspecto material; es decir la incorporación de los registros donde obra la manipulación, empleo y traslado¹⁸³, a fin de que se garantice su inalterabilidad, pues de lo contrario se provocaría el desmerito del objeto.

1.5.3.2 Grabaciones e instrumentos electrónicos y computacionales

Tomando la premisa que considera documento cualquier objeto dotado con poder representativo, las grabaciones de video, audio, imágenes, documentos electrónicos así como la información proveniente de internet y en general de cualquier medio computacional, no escapan de este género, de ahí se desprende que se les dé un trato similar a las probanzas materiales.

Con referencia a estos medios de prueba el artículo 376 segundo párrafo del Código adjetivo penal para la entidad que nos ocupa, dispone en esencia que las grabaciones, elementos audiovisuales, computacionales y en general cualquiera de carácter electrónico, se deberá reproducir en la audiencia a través de cualquier medio idóneo que permita su percepción; podemos advertir, que al igual que los documentos se pretende su exhibición, esto es, que se pretende que las partes se alleguen del material convictivo por medio de los sentidos como si se tratara de una inspección.

Los dos últimos párrafos del numeral en estudio respectivamente señalan en su parte medular, que el juzgador con acuerdo de las partes podrá autorizar la lectura o la reproducción total o parcial de éstos cuando fuere conveniente y se asegure el conocimiento de su contenido, podemos apreciar que tal redacción

¹⁸³ Véase en este trabajo, lo inherente al estudio de la cadena de custodia, página 195.



parece darle un trato igual al de los documentos a pesar de su apreciación a través de los sentidos, tal como ocurriría en una inspección.

En suma tenemos que al igual que las documentales se distingue la incorporación a proceso como medio demostrativo autónomo (artículo 376 segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México), de la utilización accesoria prevista para complementar dichos según se desprende del párrafo final del multicitado ordinal, al prescribir en lo conducente que estos medios se podrán mostrar a los órganos de prueba durante sus declaraciones, para complementar sus dichos, previendo así la incorporación no con fin convictivo sino sólo como herramienta para convalidar un ateste, tal y como sucede con los documentos.

Como se observa, la forma en que se ofertan estos instrumentos demostrativos presenta una similitud con la forma de proponer los documentos y con las inspecciones, guardando esa dualidad para su admisión, tal y como sucedía en el sistema escritural, donde su ofrecimiento era a través de estos dos medios demostrativos análogos, claro guardando las notorias diferencias entre uno y otro proceso. También se destaca que para el desahogo de estos instrumentos probatorios el oferente debe proveer el medio idóneo para su reproducción a fin de asegurar su práctica.

1.5.4 Otros medios de prueba

Según se desprende del artículo 362 primer párrafo del Código adjetivo penal para la entidad, se pueden utilizar otros medios probatorios distintos a los señalados en el Código, siempre que sean lícitos; es decir, que no impliquen un menoscabo a los derechos fundamentales de las personas, una segunda parte del citado párrafo también dispone la forma en que habrán de incorporarse a proceso, siendo ésta mediante la adecuación al medio de prueba prevista en el Código con el que presente mayor analogía.

Es inconcuso, que dicha disposición apertura la posibilidad de que se pueda incorporar al proceso como medio de prueba, cualquier medio quizá derivado en lo futuro de los avances científicos o tecnológicos, además, porque no, del



producto de la ideación humana que quizá aún no se contempla, pues debemos evocar que en materia penal los límites para los medios probatorios son la licitud, pertinencia y por supuesto la imaginación humana, al menos eso es lo que aprecio en particular. En otro orden de ideas cabe señalar que el párrafo final del precitado ordinal 362¹⁸⁴ faculta la posibilidad de la práctica de inspecciones o reconstrucciones de hechos, aún de forma oficiosa, incluso el juzgador podrá ordenar las medidas convenientes para que se lleven a cabo, a continuación nos referiremos a estos medios en forma particular.

1.5.4.1 La inspección judicial

Este medio demostrativo es procedente a petición de parte y oficiosamente la inspección tiene por objeto que el juzgador se percate a través de sus sentidos, de lugares, personas, cosas, distancias, obstáculos, iluminación, etc., a la que alude algún declarante, la inspección puede practicarse dentro de la sala de audiencias o fuera de ésta atendiendo a la naturaleza de lo que ha de inspeccionarse.

Desafortunadamente el Código adjetivo penal mexiquense no prevé mayores reglas para su ofrecimiento y desahogo e incluso parece evitarse al máximo su práctica imponiendo una condición de necesidad para su producción, al menos la oficiosa, tampoco se encuentra regulación alguna en otras legislaciones procesales que adoptaron el sistema acusatorio, ya que, ni Chihuahua, Zacatecas, Morelos, entre otras, ni siquiera prevén su existencia, apenas el Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca dispone la posibilidad de su práctica pero es de redacción muy similar a la del Estado de México, o sea que no dispone ninguna forma de ofrecimiento o desahogo¹⁸⁵.

Con anterioridad a la reforma el Código Procesal Penal mexiquense abrogado en su artículo 248 imponía como condiciones para su práctica el señalamiento por parte del oferente, precisando el objeto y los puntos sobre los que versará la inspección, también se preveían reglas como la facultad potestativa de las

¹⁸⁴ Código de Procedimientos Penales del Estado de México.

¹⁸⁵ Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, Artículo 378 párrafo *In fine*.



partes para poder concurrir a la inspección; la descripción de lo inspeccionado a través de dibujos, planos, fotografías, cualquier medio de reproducción¹⁸⁶; además se disponía la posibilidad de recibirse testimonios de personas y opiniones de peritos durante la inspección¹⁸⁷ y, si bien es cierto las reglas citadas obedecen a un sistema procesal penal de tradición escritural, no menos cierto resulta que bien estas reglas pueden adaptarse a la naturaleza propia del nuevo proceso penal acusatorio adversarial y oral, de ahí que considere su aplicabilidad en éste, ante la falta de regulación.

Ahora bien, según lo establecido por el ordinal 362 primer párrafo segunda parte del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, prevé que en caso de medios de prueba no contemplados por el Código citado, la forma de incorporación a proceso se deberá adecuar al medio más análogo; luego entonces, si tomamos en consideración que la inspección tiene por objeto la percepción de las cosas a través de los sentidos para verificar la verosimilitud de un dicho, el medio demostrativo más análogo sin duda son los documentos y genéricamente los medios materiales, al respecto de esta posición el maestro Sotomayor López señala *"...A diferencia de la prueba documental que utiliza cualquier objeto que pueda ser llevado a la presencia del juzgador (papeles, fotografías); la inspección ocular es una prueba muy semejante, pero la diferencia estriba en que el objeto a examinar no puede ser llevado ante la presencia del Juez, por no ser trasladable..."*¹⁸⁸.

Como podemos advertir la inspección y los documentos guardan similitud y bajo mi apreciación bien puede ser incorporada a proceso con el ánimo de generar convicción o para desvirtuar la factibilidad de una declaración, o bien para ser usada cuando un órgano de prueba se refiera a algún lugar (aunque en menor medida, soy consciente), lo cierto aquí es, que la falta de disposición expresa sobre cómo ha de llevarse a cabo el ofrecimiento y desahogo de la inspección se genera un vacío legal que debe ser subsanado adoptando las condiciones

¹⁸⁶ Código de Procedimientos Penales para el Estado de México abrogado, Artículo 246.

¹⁸⁷ *Ibidem*, Artículo 247.

¹⁸⁸ Práctica Forense de Derecho Penal p. 400.



establecidas con anterioridad a la reforma, adoptándolas al nuevo proceso en cuanto a la oralidad de los puntos en que ésta habrá de versar y por lo que hace al choque adversarial, deber tomarse en consideración lo relativo a las alegaciones que pueden aducirse durante el desahogo de esta probanza y, ninguna complejidad habría en la intervención del perito o un testigo durante la inspección, pues bien las partes pueden hacer observaciones también con el apoyo de otro perito. También se podría tornar muy importante esta probanza puesto que existe la posibilidad de que a raíz de su práctica puedan surgir más elementos convictivos de carácter superveniente.

1.5.4.2 La reconstrucción de hechos

La reconstrucción de hechos, al igual que la inspección procede a petición de parte o de oficio, también presenta la misma problemática de no tener disposición expresa sobre su oferta y desahogo, la doctrina ha sostenido la importancia de esta probanza, sobre todo en los delitos de realización oculta como los sexuales en donde el dicho de la víctima tiene un valor preponderante en la generación de convicción si éste se encuentra robustecido con otros indicios y sobre toso su es verosímil; aquí precisamente, radica la importancia de dicho medio de prueba, ya que, a través de él se puede demostrar que un dicho no es creíble o que no se pudo realizar como aduce un declarante, o incluso ir más allá; puede corroborar el juzgador el grado de verosimilitud de una teoría del caso completa.

Como su nombre lo indica, dicho medio convictivo tiene por objeto demostrar a través de la reproducción (dramatización) de la historia expresada, si dicha declaración de un órgano de prueba o la proposición fáctica de una teoría del caso, pudo actualizarse en la forma referida.

Con anterioridad a la reforma existían una serie de reglas muy específicas para su desahogo, incluso debía ofrecerse con cierto tiempo de anticipación, al respecto el artículo 249 primer párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (Abrogado), establecía que dicha probanza quedaba supeditada a la discrecionalidad del Ministerio Público o del Juez para su



desahogo, con la reforma judicial esto ya no es así pues de la redacción del artículo 362 segundo párrafo se desprende, según mi interpretación, que las partes pueden solicitarla u ofrecerla en primera instancia y que incluso el juzgador oficiosamente podrá disponerla.

Al igual que la inspección, la parte oferente deberá señalar el hecho por esclarecer¹⁸⁹, por otra parte, para el desahogo de la reconstrucción también se imponían reglas como: haberse practicado previamente la inspección y que además se haya examinado previamente a las personas que participaron o hayan presenciado los hechos¹⁹⁰; que su práctica se realizara en el lugar y hora en que se ejecutó el delito de ser necesario¹⁹¹; también se debían leer las declaraciones de los órganos de prueba para que con base en éstas se procediera a su desahogo¹⁹²; que en la práctica de dicha probanza se debía procurar la asistencia de los declarantes y en caso de no ser posible se podía proceder a su reemplazo¹⁹³, se protegía también el derecho de las víctimas al no careo Constitucional, con la reforma judicial dicha figura ha desaparecido (careo) pero de igual forma se debe proteger su identidad y otros datos personales, en los casos previstos en el artículo 20 inciso c) fracción V primer párrafo de la Constitución Federal.

Según mi apreciación no existe alguna antinomia entre el nuevo proceso penal acusatorio adversarial y oral, y la práctica de probanzas como la inspección y sobre todo con la reconstrucción de hechos, en virtud de que el desahogo de estos medios (salvo el acto que debe levantarse de la práctica, que bien podría sustituirse por una grabación de audio y video), aún con sus reglas anteriores no contravienen la oralidad, inmediación y contradicción probatoria, por lo que, considero deben establecerse dentro del Código Procesal Penal mexiquense, reglas más específicas sobre la práctica de dichas probanzas y se hace la moción de que estas sean tal y como se venían llevando a cabo en el sistema

¹⁸⁹ Código de Procedimientos Penales para el Estado de México abrogado, Artículo 249 segundo párrafo.

¹⁹⁰ *Ibidem*, Artículo 252.

¹⁹¹ *Ibidem*, Artículo 250.

¹⁹² *Ibidem*, Artículo 253.

¹⁹³ *Ibidem*, Artículo 252.



penal anterior claro es, adaptándose al nuevo proceso de enjuiciamiento criminal, en lo inherente a la oralidad y a las reglas probatorias ya analizadas.

1.5.5 La prueba superveniente

Estos medios demostrativos que sobrevienen al ofrecimiento de los instrumentos convictivos durante la etapa preparatoria a juicio oral, en el numeral 378 primer párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México se prevé su procedencia a saber:

“Las pruebas supervenientes deberán ofrecerse y desahogarse hasta antes del cierre del debate y para ser admitidas, deberán ser de fecha posterior al ofrecimiento de pruebas en la etapa intermedia o bien manifestarse bajo protesta de decir verdad, que se tuvo conocimiento de su existencia después de aquella.”

De lo anteriormente citado, podemos desprender dos condiciones para la admisibilidad de un elemento demostrativo con carácter superveniente, el primero es que sea de fecha posterior a la del ofrecimiento que se produce durante la etapa intermedia, claro es, que al ser de fecha posterior se demuestra ese carácter.

Una segunda establece que puede ser admisible si bajo protesta de decir verdad se manifiesta no haber tenido conocimiento de dicho medio con carácter póstumo, esta última hipótesis no se comparte, al menos de la forma que lo exige la legislación (sola manifestación), pues considero que el carácter superveniente debe ser sometido a debate de las partes y a la aprobación judicial, cuando del análisis del material probatorio y ponderando la verosimilitud de la manifestación (bajo protesta de decir verdad) de su desconocimiento, sea inconcuso que el medio de prueba en cuestión revista tal carácter, esta condición no se establece en la legislación adjetiva penal que nos ocupa, lo cual no debe ser óbice para que el Juez pueda desechar la probanza con base en tales argumentos y no tener que esperar su desahogo para desestimarla.



1.5.5.1 Nuevas pruebas derivadas de las supervinientes

El artículo 378 segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, señala en esencia la facultad de ofrecer nuevos medios de prueba si con motivo del desahogo de un medio con carácter superveniente, sugiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, esto es para tutelar el choque adversarial y aunque bajo mi óptica esto debiera ocurrir antes de su admisión y desahogo para no atentar en contra de los principios de continuidad y concentración, esta facultad tiene por objeto desvirtuar el carácter de superveniente o para contravenir dicho medio probatorio en cuanto a su mérito convictivo, y por supuesto para su procedencia sólo se deben limitar a estos rubros.

La legislación no es clara en cuanto a las condiciones y términos en los que habrán de desahogarse los medios supervinientes y mucho menos prevé reglas para el ofrecimiento y practica de las nuevas probanzas, sólo establece que se podrán autorizar éstas, aunque no hubieren sido ofrecidas oportunamente, por supuesto nos preguntamos ¿Cuál es ese momento? Y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.

Según una interpretación muy en particular, el momento de ofrecimiento de las nuevas probanzas derivadas de una superveniente, generalmente deberá tener lugar cuando estas últimas se oferten, o bien, después de el desahogo de una superviniente y será hasta entonces donde se prevea la necesidad de un nuevo medio demostrativo para desvirtuar la de carácter superveniente.

1.5.6 Alegatos de clausura

Las alegaciones de clausura tienen por objeto convencer al Juez o al tribunal de juicio oral, según sea el caso, de la verosimilitud de la teoría del caso, a través de la acreditación de las proposiciones fácticas que la conforman. Dichas alegaciones de cierre guardan gran similitud con las conclusiones que debían presentar las partes una vez agotada la instrucción en el sistema escrito, en esta etapa de conclusiones se concretaba la acción penal formulando una acusación ya definitiva.



Con el nuevo sistema procedimental penal acusatorio, también hasta este momento se concreta la acción penal, aunque existen también algunas diferencias muy notorias entre las conclusiones finales para cada proceso, sobre todo su obligatoriedad.

En otra tesitura tenemos que, una vez terminada la recepción de los medios de prueba, las partes tendrán el uso de la palabra para exponer ante el órgano jurisdiccional las conclusiones a las que se haya llegado con motivo de los medios demostrativos desahogados, al respecto el artículo 381 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México regula la forma y orden en que deberán practicarse los alegatos de clausura, en esencia el primer párrafo en sus partes primera y segunda del numeral en cita, prevé que una vez concluida la recepción de los medios demostrativos otorgara sucesivamente la palabra al Ministerio Público, al acusador coadyuvante y al defensor para que exponga sus alegatos de clausura, tomando en consideración la complejidad o características del asunto el juzgador concederá el tiempo prudente.

La parte final del primer párrafo del ordinal en comento, otorga la posibilidad de formular replica únicamente al Ministerio Público y al defensor, excluyendo de tal facultad al acusador coadyuvante, pienso que ello es así en virtud de que, se debe actualizar aún el principio de adversariedad que rige el sistema de enjuiciamiento criminal mexiquense; por tanto, esa contienda en igualdad procesal (replicar), sólo debe referirse a lo expresado en primera instancia por el defensor durante su alegato de clausura; es decir, la réplica sólo será materia de los alegatos de clausura del defensor¹⁹⁴, y seguidamente el defensor podrá hacer la duplica respecto de la réplica que con anterioridad haya hecho el Ministerio Público, propiamente dicho hablaríamos de réplica por parte del Ministerio Público y duplica por parte del defensor al versar ésta sobre la materia de la réplica del representante social¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Artículo 381 segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México

¹⁹⁵ *Vid*, CHORES BENAVENTE, Hesbert y PASTRANA BERDEJO, Juan David, Implementación del Proceso Penal Acusatorio Adversarial en Latinoamérica, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009 p. 245.



Por último, el párrafo final en su parte primera del multicitado artículo materia del presente tema, otorga la facultad al acusado para que realice alguna manifestación, dándole la última oportunidad para referirse a su versión de los hechos, expresar razonamientos, reiterar el valor o desmerito de algún medio de prueba ya desahogado o bien expresar alguna inconformidad. La parte final del ordinal citado estatuye que una vez hechas las manifestaciones del acusado, se declarará cerrado el debate, procediéndose a emitir la sentencia¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, Artículo 382 primer párrafo parte primera.



Capítulo cuarto

La libre valoración de la prueba

1 Aspectos generales sobre la valoración probatoria

La valoración judicial de la prueba ha variado con motivo de la multicitada reforma Constitucional que implemente el proceso penal de corte acusatorio en nuestro país, con respecto a la valoración de la prueba el artículo 20 apartado A fracción II de la Carta Magna, señala que la prueba deberá valorarse de manera libre y lógica; es decir, en el nuevo proceso penal impera la valoración libérrima de la prueba, condicionada únicamente a las reglas de lógica, la cual se integra dentro de la sana crítica o razonamiento humano.

El diverso 343 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México señala la misma regla con casi idéntica redacción al prescribir: *“El órgano jurisdiccional valorará las pruebas de manera libre y lógica”* dicha redacción en cita es casi igual a la Constitucional la cual es por demás abstracta, para dilucidar un poco más el tipo de sistema judicial de valoración probatoria habremos de remitirnos al ordinal 22 del ordenamiento legal antes invocado el cual prevé:

“Las pruebas serán valoradas por los jueces según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia”

Bajo esta disposición encontramos que la valoración judicial del material convictivo, se ve limitada en cuanto a su alcance libérrimo, por el criterio racional (sana crítica) que se conforma entre otros rubros, por la lógica, el conocimiento científico y la experiencia, por tanto, en conclusión tenemos un sistema de valoración libre de la sana crítica.

Con el ánimo de contextualizar la conclusión anterior analizamos brevemente algunos sistemas de valoración judicial probatoria.



1.1 El sistema de valoración tasada

Este sistema también es conocido como el de tarifa legal y para algunos autores este sistema puede ser parcial o absoluto, en esencia éste consiste en que el legislador asigna un valor o un parámetro convictivo constante para cada una de las pruebas.

En este sistema el juzgador no hace ninguna apreciación pues el legislador ya lo ha hecho antes por él y en consecuencia el Juez debe apegarse a dicho medito de prueba, sin que tenga la oportunidad de asignarle más o menos valor a cada prueba; así por ejemplo, tenemos que en materia Federal, en el Distrito Federal y algunas entidades Federativas de nuestro país en las que no se ha adoptado el sistema acusatorio existe este sistema de valoración parcialmente tasado, aunque en particular considero que es mixto, en fin, basta ver que los artículos 280 y 284 del Código Federal de Procedimientos Penales asignan, respectivamente el valor de prueba plena a los documentos públicos no redargüidos de falsos y a las inspecciones practicadas conforme a los requisitos legales, lo que ejemplifica claramente dicho sistema.

1.2 El sistema de valoración mixto

Para algunos autores este sistema no existe ya que puede tratarse de una valoración tasada parcial, lo que a mi parecer no puede ser así, pues dentro del sistema de valoración tasado aun y cuando sea relativo forzosamente debe compartir con otro de carácter libre o de convicción íntima; es entonces que si puede hablarse de un sistema mixto al estar compartido por dos o más corrientes estimativas.

En otro orden de ideas encontramos un claro ejemplo del sistema mixto, en el proceso penal federal, tasado por lo que hace a los documentos públicos e inspecciones y libre para el caso de testimoniales, claro de igual forma en la valoración libérrima deben observarse como limites las reglas de la lógica, al establecer la necesidad de que exista un enlace lógico y natural más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca apreciando en conciencia (razonamiento), el valor de los indicios hasta considerarlos como



prueba plena¹⁹⁷; lo cual, implica una limitante a la valoración libre, destacando claramente la distinción entre estos dos sistemas de valoración probatoria judicial.

1.3 El sistema de íntima convicción

La íntima convicción también es una forma de valorar la prueba libremente, pero este sistema tiene una diferencia muy notable respecto de la valoración libérrima de la sana crítica, pues la convicción íntima consiste en que ésta se genere en la mente del juzgador, sin exigir una motivación de ¿cómo? o ¿por qué? Se llegó a convencer, en otras palabras, este sistema no cuenta con un medio de control como el criterio racional o las reglas de la lógica, dejando una libertad absoluta al juzgador o propiamente a los jurados, recordando que este sistema apreciativo es propio del derecho anglosajón que se rigen bajo la corriente epistemológica del “*ius realismo*”.

Podemos concluir que la apreciación interna no tiene como límite un ejercicio de racionalidad ni reglas legales, sino más bien representa una declaración unilateral de voluntad por parte de quienes juzgan, y por lo tanto no se encuentran obligados a motivar los fallos, expresando la relación entre los hechos probados con el ¿por qué? del mérito convictivo asignado al medio de prueba desahogado en juicio.

1.4 El sistema de valoración libre y lógica

Este tipo de valoración judicial de la prueba es la que tiene aplicabilidad en nuestro país, ya que a este se refiere nuestro texto Constitucional¹⁹⁸ y en particular la legislación estatal en estudio¹⁹⁹; a este sistema de valoración libérrima también se le conoce como de la sana crítica, criterio humano, apreciación razonada o libre apreciación racional conforme a la lógica, teniendo todas estas nomenclaturas en común la razón o criterio racional el cual significa que la discrecionalidad con la que cuenta el juzgador para apreciar la prueba se

¹⁹⁷ Código Federal de Procedimientos Penales, Artículo 286.

¹⁹⁸ Artículo 20 apartado “A” fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁹⁹ Artículo 343 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México.



ve limitada a la motivación del ¿por qué? Llego a tal nivel convictivo cada probanza y cuáles fueron las reglas de lógica, conocimientos científicos o máximas de la experiencia judicial, que generan el mérito demostrativo de las pruebas practicadas.

A esto se refiere la libre valoración aplicable a nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, sin que se deba confundir con la íntima convicción, pues la diferencia tan superficial y elemental únicamente radica en la motivación del ¿por qué? se genera un nivel de convencimiento judicial, por lo que en caso de una nula o deficiente motivación se estaría saltando de un sistema a otro, según lo que hemos analizado. A continuación se estudian algunas reglas que según la sana crítica deben observarse en toda valoración judicial de las pruebas.

2 Las reglas de la lógica

El tema de apreciación probatoria lógica es por demás extenso, constituyéndose su estudio inclusive en tratados sobre dicho tema, en la presente investigación no se pretende abordar la forma en que ésta se lleva a cabo ni las operaciones mentales a utilizar en una valoración judicial de la prueba, si tomamos en consideración que el objeto de nuestro trabajo se ve limitado a analizar el comportamiento de la “prueba” genéricamente hablando, destacando aquellas omisiones y antinomias legislativas; es entonces, que en el presente tema se analice en cuanto a su estructura general, pormenorizando el tipo de apreciación probatoria aplicable en el proceso penal mexiquense.

Hecha la aclaración anterior, tenemos que la valoración libérrima de la prueba en nuestro sistema penal en comento, se torna relativa e incluso para la doctrina el termino correcto es el de valoración lógica de la prueba, tomando en consideración la limitación a la libre convicción ya acotada; así pues, podemos observar que la valoración lógica de la prueba no es del todo nueva en nuestro país pues se sumaba al sistema de tarifa legal, que tenía lugar en el aprecio judicial de la prueba, en el proceso escritural aún vigente para los procesos



penales del orden federal y para algunos entidades federativas y el Distrito Federal.

Como se ha sostenido, con anterioridad a la reforma judicial ya existía esta forma de apreciar las pruebas pues, basta observar las reglas impuestas para valorar la prueba circunstancial en el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales el cual establece:

“Los tribunales, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena.”

Si bien es cierto, la regla anterior hace referencia a la valoración de la llamada prueba circunstancial, no menos cierto resulta el hecho de que también proscribe de forma genérica una limitante a la valoración libre al imponer la necesidad de un nexo causal lógico y natural, lo cual quiere decir que debe surgir de la realidad, pues la lógica necesariamente descansa en hechos y circunstancias fácticas.

Verbigracia, el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece el imperativo de valorar la declaración de un testigo, con base en factores lógicos como: la edad, instrucción, imparcialidad, que haya conocido el hecho por medio de sus sentidos, etc., conforme a estos criterios lógicos (fácticos) el juzgador debe apreciar un ateste, tomar en consideración para otorgar cierta cantidad de verdad a una prueba, el enlace existente entre el ateste y los criterios lógicos y de la experiencia.

Con la reforma procesal penal, no encontramos expresamente premisas lógicas o de experiencia como las establecidas en el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, lo cual no implica su inobservancia al no estar incorporadas al Código instrumental penal mexiquense, sino más bien como una libertad apreciativa más amplia sin limitación expresa, subordinándose únicamente a los principios lógicos y experimentales; toda vez que, el artículo 20 apartado “A” fracción II de la Constitución Federal concatenado con el



artículo 343 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, proporcionan el término lógica en un sentido genérico lo cual permite observar los principios rectores más elementales de la lógica en paralelo con la lógica jurídica lo cual según el jurista García Máynez “...no se trata de una aplicación al campo del derecho, de leyes supremas de la lógica pura. Mientras las últimas se refieren a juicios enunciativos y afirman o niegan algo de su verdad o falsedad, los otros principios aluden siempre a normas y afirman o niegan de su validez o invalidez. Aquellas pertenecen, por ende a la lógica del ser, estos a la del deber jurídico...”²⁰⁰.

Destacamos que el autor sostiene que la lógica jurídica se presenta con autonomía y no se trata únicamente de la subsunción de la lógica sea formal, moderna o tradicional al saber jurídico.

Aclarando este punto tenemos que en la ciencia del derecho es de suma importancia la aplicación de los principios más elementales de la lógica jurídica por lo que hace a la valoración de la prueba, en virtud de que éstos constituyen verdades primarias o evidentes *per se* y es entonces, que a partir de ellos se constituya toda estructura del pensamiento judicial otorgando la directriz para la forma correcta de estructurarlo, a través de leyes que fundamentan los procesos lógicos jurídicos de una decisión, en este caso de acreditación o desacreditación probatoria, tales principio coinciden con los de la lógica formal y son:

2.1 Principio lógico jurídico de identidad

Este principio parte de la premisa de que “*lo que es, es lo que es y no una diversa*”, existiendo una relación directa entre el concepto, idea u objeto y sus elementos constitutivos, resumiéndose con la formula lógica de que “A” es *necesariamente* “A”²⁰¹. Lo anterior no debe entenderse como tautológico, sí no perdemos de vista el nexo de necesidad que tiene “A” de ser lo que es y no otra

²⁰⁰ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción a la Lógica Jurídica, séptima edición, colofón, México, 2000, p. 35.

²⁰¹ GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl, Introducción a la Lógica, decima primera edición, esfinge, México, 1997, p. 117.



cosa, en otras palabras se puede afirmar que en una operación mental lógica, so pena de incurrir en un error de logicidad, no se debe sustituir un concepto por otro, pues éste debe ser idéntico a sí mismo.

Ahora bien, la aplicación de este principio al estimar o desestimar una probanza, lo apreciamos en el sentido de que el juzgador no puede ir más allá, o propiamente dicho no podrá variar lo mostrado en la audiencia de juicio oral ante las partes y el público.

Verbigracia, no puede dar un sentido distinto a lo declarado por un testigo o un perito, ya que para tal supuesto, se estaría rompiendo con el principio de la lógica jurídica de la identidad, lo cual causa agravio, violando en perjuicio de alguna de las partes los principios de la valoración de la prueba, de gran utilidad podrá resultar también al Juez de juicio oral o quien presida el Tribunal, para motivar el desmerito de algún ateste o declaración, por no haberse observado dicho principio.

2.2 Principio lógico jurídico de la no contradicción

Este principio pregona la imposibilidad de contradicción en el pensamiento y en la realidad, partiendo bajo las premisas de que *“una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto”* o bien que *“El ser es, y no puede a la vez no ser.”*

Para García Máynez, es *“...el principio según el cual dos preceptos jurídicos contradictorios no pueden ser validos ambos, no expresa un deber, sino una necesidad lógica.”*²⁰² O sea, que no se trata sólo de una afirmación redundante, en virtud de la existencia de una necesidad de logicidad, propia de la lógica pura, más allá de ser un deber jurídico.

Bajo estas premisas, en la práctica probatoria podría aplicarse en la declaración de un testigo que exprese dos juicios enunciativos, uno en sentido afirmativo y otro negando, bajo las mismas condiciones de tiempo, modo y espacio (por ejemplo), en tal supuesto existiría una contradicción rompiendo con dicho nexo

²⁰² GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. op. cit. p. 44.



indispensable de logicidad, si primero afirmara haber estado en el lugar de los hechos y luego lo niega, argumentando haberse encontrado en un lugar diverso, por supuesto que el juzgador podrá desestimar su ateste motivando su apreciación con base en que el testigo rompió dicho principio.

2.3 Principio de la lógica jurídica del tercero excluido

También conocido como el principio de exclusión del término medio y se rige bajo la premisa de que *“una cosa es o no es y se excluye una tercera opción”*, esto es que entre dos proposiciones que forman una contradicción no existe una tercera posibilidad.

Este principio es criticado, pues para la lógica jurídica que hasta cierto punto se basa en aproximaciones y en juicios de probabilidad, dando cabida a un cierto grado de flexibilidad sobre la pertenencia de una cosa a un género, a la verdad y a la mentira, por mencionar uno, sea de difícil observancia un principio que se constriñe en esencia a lo verdadero y lo falso o bien a lo uno o lo otro, sin dar lugar a un punto intermedio.

Lo cierto es que (según mi llana apreciación), este principio puede resultar de gran utilidad en el quehacer valorativo de la prueba, en virtud de que, considero puede usarse para fundamentar una prevención a un declarante para que se conduzca sin ambigüedades imprecisiones o evasiones, so pena de que su ateste sea desmeritado por contravenir tal premisa lógica, o bien para no asignar valor probatorio a la declaración o informe del perito si éste no se refiere a las cuestiones planteadas.

2.4 Principio de razón suficiente

Este principio parte de la aseveración de que *“todo juicio para ser verdadero ha de menester de una razón suficiente”*; en otras palabras refiere a que todo conocimiento tiene que estar fundado, siendo bastante para apoyar lo afirmado, dotándolo de un alto grado de credibilidad, para Máynez *“Esta razón es suficiente cuando basta por sí sola para servir de apoyo completo a lo*



anunciado.²⁰³; así tenemos, que tradicionalmente se le pregunte al testigo porqué sabe y le consta, o sea, la razón de su dicho, el cual conforme a las reglas de este principio debe ser bastante, siendo así, cuando dicho testigo afirma haber percibido a través de sus sentidos los hechos que refiere, por haberse encontrado en dicho lugar en el momento en que ocurrieron, no siendo razón bastante o suficiente si éste refiere ser un testigo de referencia o de oídas.

Así, verbigracia; también tenemos lo dispuesto por el numeral 268 tercer párrafo del Código Procesal Penal para el Estado de México, obliga al perito a fundamentar sus conclusiones conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio; es decir, la razón de su dictamen, en caso de no ser así el dictamen se depreciaría en gran forma en cuanto en cuanto a su nivel demostrativo, en atención a que cuenta con una base que la fundamente en forma bastante.

2.5 Aplicación de los principios de la lógica jurídica al valorar los medios de prueba

Como ya hemos dicho, la motivación de la valoración jurídica de la prueba es el distingo del sistema de valoración libérrimo y el de la convicción íntima, por lo tanto es menester que los jueces utilicen estos principios generales para el estimo probatorio, no bastando la simple invocación de alguno de ellos, sino que deberá ser una verdadera argumentación jurídica, o bien utilizándose como premisas mayores si se utiliza el silogismo jurídico.

Cualquiera que sea la forma de motivar el mérito convictivo se deberán emplear dichos principios, ahora bien, debemos recordar que la sentencia debe ser emitida por escrito²⁰⁴ y explicada verbalmente, en términos del numeral 382 primer párrafo segunda parte del Código instrumental penal mexiquense, para

²⁰³ *Ibíd*em, p.131.

²⁰⁴ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 2° inciso c) primer párrafo.



efectos de que las partes tengan acceso a la decisión judicial, es aquí donde el defensor, Ministerio Público, víctima u ofendido deben analizar la forma en que se han utilizado los principios lógicos, ya que de sólo mencionarlos en la motivación o de ser aplicados incorrectamente, podrán interponer el recurso de apelación, para que se examine si se violaron los principios de la valoración de la prueba, por así disponerlo el diverso 406 del Código precitado.

3 Los conocimientos científicos

Junto a las reglas de la lógica y las máximas de experiencia, el conocimiento científico, es una directriz que permite al órgano jurisdiccional apreciar la prueba a través de la ciencia, la cual es bien sabido está orientada hacia el descubrimiento, confirmación y falseabilidad de enunciados o leyes generales, estas premisas se deben considerar al valorar cualquier medio de prueba sin importar su especie, no debe confundirse esta regla con las pruebas derivadas de la ciencia forense, pues ésta es un instrumento que sirve para llegar al conocimiento de la verdad sobre los hechos controvertidos.

Ahora bien, contextualizando lo establecido por el numeral 268 tercer párrafo que impone la obligación a los peritos de que refieran en sus dictámenes los principios o leyes de su ciencia, encontramos la distinción entre el conocimiento científico traducido en esas normas supremas y el medio de prueba pericial derivado de la ciencia forense el cual se refleja en las conclusiones que haya dictaminado el perito con base en estas;

Así luego, los conocimientos científicos son esos principios y leyes de la medicina, matemáticas, física, química, antropología, entre muchas otras, siendo estas las que debe tomar en consideración el juzgador al valorar los medios probatorios (no necesariamente las periciales derivadas de la ciencia forense, se insiste); verbigracia, imaginemos que un testigo dentro de la audiencia de debate declara haber visto levitar un objeto, (absurdo ¿No?), es evidente que el juzgador no otorgara crédito a dicha referencia inverosímil, pero no podemos perder de vista que no basta con que el juzgador lo estime no



creíble, debe motivar el por qué; luego entonces, él podría motivar su nula convicción utilizando como premisa mayor en el caso que lo motive bajo el silogismo jurídico, sería de la forma siguiente: que en virtud de que la ley de la física clásica de la gravitación universal (conocimiento científico), que en esencia sostiene que la tierra genera una fuerza que empuja o atrae cualquier masa hacia su centro, y tomando en consideración que el atestante refiere haber percibido un objeto que por sí mismo se mantenía flotando, sin ninguna fuerza externa que rompiera con dicha ley de la física, se concluye que es falso lo que la persona aduce pues según los conocimientos científicos ello no es posible.

Bajo este ejemplo aunque muy absurdo (lo admito), se trata de ejemplificar la utilización de los conocimientos científicos los cuales para nada se deben, confundir con los medios de prueba que proviene de la ciencia forense y que por regla general se deberían incorporar al proceso a través de una pericia.

4 Las máximas de la experiencia

Las máximas de la experiencia son reglas generalizadas producto de la vida cotidiana, de la conducta humana y de fenómenos naturales, constituyéndose en hechos conocidos y comprobados a causa de la experimentación, observación o de antecedentes lógicos.

En otras palabras podemos decir que las máximas de la experiencia son generalizaciones procedentes de la experticia judicial compartidas y aceptadas (algo similar a la forma en que se originan las normas de la costumbre); así tenemos, que dichas máximas guardan como características la generalidad, la cual se refiere a la aplicación que éstas pueden tener para la resolución de diversos asuntos, por así estar aceptadas en la cultura jurídica; son cambiantes, por lo que hace a las decisiones judiciales propias de cada caso en concreto, donde la experiencia se ve superada por la evolución; son oficiosas en cuanto a nacen en la mente del juzgador a la luz del momento en que se otorga el mérito demostrativo, añadiéndose a esto que no existe necesidad de que las partes las



invoquen; también son inciertas, en virtud de que se encuentran en un aspecto abstracto ya que no se puede prever su aplicación en un caso específico, por lo que considero que una decisión judicial no podrá sustentarse sólo en estas máximas, sino que éstas deberán ser complemento de alguna otra forma de valoración.

4.1 Clases de máximas de la experiencia

En primer lugar podemos distinguir aquellas máximas experticias comunes, que se encuentran en toda persona sin importar su actividad o su nivel de instrucción, todas las personas generan a lo largo de su vida cotidiana reglas supremas sobre el acontecer o consecuencias de un hecho determinado, sin embargo, en el ámbito judicial de poco sirven, toda vez que su generalidad y abstracción no necesariamente pueden tener relevancia en la cultura jurídica.

Es evidente que estas clases de máximas, nacen con la actividad jurisdiccional, sin que implique una experiencia particular del juzgador, pues debemos recordar que una de sus características es la generalidad y por ende, dichas reglas supremas de la experticia judicial debe revestir el consentimiento y aceptación de la comunidad jurisdiccional al momento de valorar una determinada probanza, reiterando un criterio generalmente empleado por el quehacer en la impartición de justicia.

Es evidente que el texto procesal penal mexiquense para la entidad que nos ocupa²⁰⁵, se refiere a las máximas de la experiencia judicial y no a las comunes científicas u otras.

4.2 Función de las máximas de experiencia en la valoración probatoria

Al igual que las leyes de los conocimientos científicos y los principios de la lógica jurídica, las máximas de experiencia judicial tienen como finalidad crear directrices valorativas, a fin de que el juzgador pueda apreciar lo verdadero y lo

²⁰⁵ Código de Procedimientos Penales del Estado de México, artículo 22.



falso, colocando a los elementos probatorios en punto de ambos extremos dónde la lógica, los conocimientos científicos y dichas experiencias judiciales, servirán como referencia de lo más próximo a la verdad.

Las máximas de la experiencia también actúan como premisa mayor en la motivación a través del silogismo jurídico o bien como factor de validación en un argumento, en virtud de que dichas máximas, son juicios de hechos o juicios hipotéticos genéricos en los que se debe subsumir lo apreciado en el desahogo de la probanza, para validarla o invalidarla.

4.3 Dificultad de aplicación

Después de precisar que las máximas de la experiencia son juicios de hecho de contenido general que auxilian al juzgador en el momento decisorio, es menester destacar que esas reglas de razón, según la praxis, presentan una enorme dificultad para su aplicación por cuanto no representa una máxima legal, lo cual es más que obvio, si tomamos en consideración que encontrarse (las máximas de la experiencia) en un cuerpo normativo estaríamos hablando de un sistema de valoración de la prueba conforme a la tarifa legal y no de una libre valoración lógica, aunque no podemos negar que esos criterios supremos de la experiencia judicial son propias del juzgador aun y cuando la generalidad sea un elemento que las constituya.

Es evidente que son del ámbito jurisdiccional y no del popular, o sea, que las partes ajenas a la actividad judicial no las conocen y quizá no las comprendan pues estos escapan de su órbita experimental, generando la sensación de ignorar en absoluto dicho criterio con el que otorgo determinado valor a una prueba (lo cual nos recuerda al sistema de valoración de la íntima convicción, al menos refiriéndose al interior de la cultura jurisdiccional).

En adición al contexto sumariamente expuesto, encontramos que es menester que los jueces motiven y explique claramente el proceso a través del cual adquirieron el conocimiento de los hechos controvertidos, exteriorizando a su vez como es que se ha generado esa máxima de la experiencia (¿Por qué para



el juzgador dicha máxima representa lo más cercano a lo verdadero o lo falso?) así como la forma de aplicación al caso en concreto, de tal suerte, que incluso quien no presenciara el juzgamiento pueda convencerse.

5 El problema del sistema de libre convicción lógica

Hemos visto que la libre valoración jurídica de la prueba para el nuevo sistema de justicia penal de la entidad que se estudia, es aquella que se encuentra sujeta a las reglas de la lógica y a la luz de la sana crítica o criterio racional, lo cual implica que el juzgador debe motivar el proceso mental o racional a través del cual otorga mérito demostrativo al material probatorio, tanto en lo particular como en su conjunto, esta regla se colige de la redacción del texto Constitucional el cual establece en su ordinal 20 apartado A fracción

II “Toda audiencia se desarrollara en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica”.

Así las cosas, la norma fundamental establece un sistema de valoración con libertad relativa, pues la supedita a la observancia de los principios lógicos (sistema de valoración que implica tradicionalmente la motivación de la decisión), lo que de inmediato se excluye de los sistemas de apreciación probatorio, tasado, mixto y el de la convicción íntima, dejando a la norma secundaria su regulación específica, para el Código Procesal Penal del Estado de México, el numeral 22 dispone:

“Las pruebas serán valoradas por los jueces según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia”.

Nos deja claro el sistema de valoración para el nuevo proceso penal, pero en ningún artículo de dicho ordenamiento legal, se prevé la obligación de que el juzgador motive el proceso racional a través del cual otorga el mérito convictivo; es obvio, que lo debe hacer pues del sistema libérrimo lógico, se



colige esta obligación, pero desafortunadamente no existen reglas expresas, lo cual puede generar un problema, ya que no se debe perder de vista que la motivación de la decisión judicial es la diferencia entre el sistema de valoración de la prueba de la convicción íntima y éste, ahora, en otros países se ha observado que esta valoración lógica conforme a la sana crítica ha sido confundida con la íntima convicción, en virtud de que ambos sistemas carecen de reglas expresas que obvio escapan de la norma procesal, para ubicarse en el criterio del juzgador (en lo profundo de su psique), fenómeno que se ha suscitado en el sistema procesal penal español.

Al respecto el jurista Perfecto Andrés Ibáñez ha manifestado que *“...Las reglas sobre las que se funda la valoración probatoria no son reglas de procedimiento procesal; no está en las leyes de procedimiento. Es evidente que hay reglas, por que la decisión debe ser racional, y lo que no puede ser el Juez es un operador mágico. ¿Qué tipo de reglas? Las propias del conocimiento inductivo. ¿Dónde están esas reglas? Lamentablemente ni en los libros de procesal, ni en las facultades de derecho, ni en los centros de formación de jueces. Es un abracadabra, que provoca temblor y pone los pelos de punta pensar en el núcleo de la jurisdicción, el momento de la adquisición de conocimiento en materia de hecho permanece en un vacío legal...”*²⁰⁶.

Es evidente que se destaca la problemática de la ausencia de normas resaltando la gravedad del asunto, aunque más grave resulta el hecho de que a dichas omisiones normativas (mexiquenses) se adicione la falta de una regulación que expresamente obligue a los jueces de control a motivar el valor otorgado a la prueba y ¿Cómo? se llegó a dar tal mérito, pues sin esta norma parecería que se trata de la convicción interna que no exige una decisión motivada, dejando a la inferencia dicha reglamentación.

²⁰⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, Derecho Penal Contemporáneo, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, p. 45.



6 La motivación como el medio de control más elemental y superficial de la libre valoración lógica

La libre valoración lógica puede convertirse en convicción íntima si el juzgador no motiva el proceso racional por virtud del cual le otorga un determinado mérito demostrativo a la prueba; pero esta motivación no debe confundirse con la que se deriva del principio de legalidad previsto en el numeral 16 párrafo primero de la Carta Magna, en la cual la autoridad debe referir las causas inmediatas, razones particulares y circunstancias específicas además del nexo entre los motivos y la fundamentación (de la sentencia en el caso que nos ocupa); tal y como lo prevé la jurisprudencia localizable en el Semanario Judicial de la Federación, Segunda Sala, Séptima Época, Tesis de Jurisprudencia, Página: 18.

“FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN.

De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas.”

Esta motivación es la que deberá imperar en la sentencia definitiva (y en cualquier acto de autoridad), por fuerza del principio de legalidad; ahora bien, la motivación convictiva es más específica, y subyace en la necesidad de que el juzgador exprese las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que motivaron el otorgamiento de cierto nivel demostrativo a cada prueba en lo particular, así como en su conjunto, para lo cual utilizara las máximas de la experiencia (con indicación de su origen), los principios lógicos y los conocimientos científicos, que sirvan como directriz racional en la operación



mental que haga el juzgador para otorgar cierto grado demostrativo, para después pasar a la motivación genérica, o sea la que se desprende del principio de legalidad.

Bajo mi llana apreciación, la motivación en el nuevo proceso criminal acusatorio tiene un doble aspecto o propiamente debe haber dos motivaciones, una genérica (deriva del principio de legalidad) y una específica que motivara el ¿Cómo? y el ¿Por qué? del mérito convictivo otorgado a la prueba, además de expresar las razones por virtud de las cuales se utilizaron los diversos principios lógicos, conocimientos científicos o bien las máximas de la experiencia, considero que lo anterior debe ser así en aras de que el sistema de libre valoración lógica, sea el que prevalezca, sin dar margen a la confusión con la libre convicción interna que para el jurista Perfecto Adres Ibáñez implica:

“...Pura trasposición a las magistraturas profesionales del paradigma rector del jurado puro, llamado a decidir por (intima), (personal, profunda convicción), después de haberse (interroga [do] en el silencio y en el recogimiento y busca [do] en la sinceridad de su conciencia [la] impronta) que hubieran (dejado en su mente las pruebas)”²⁰⁷

La cual no exige explicar las razones de la adquisición del conocimiento, haciendo que esta motivación convictiva (específica) sea el medio de control más elemental y superficial de la valoración libérrima.

6.1 Propuesta legislativa

Se ha destacado la problemática que puede surgir con motivo del sistema de libre convicción, así como el pilar fundamental en el que se constituye la motivación de la convicción para este sistema libérrimo; empero, también hemos advertido que la obligación de motivar el proceso convictivo, se colige por lo que tradicionalmente representa el sistema de libre valoración lógica de la prueba, que proscribe la Ley Fundamental, ya que desafortunadamente no

²⁰⁷ MICHELE TARUFFO, *et al*; Consideraciones Sobre la Prueba Judicial, segunda edición, editorial fundación coloquio Europeo, Madrid, 2010, p. 52.



existe tal obligación en el texto Constitucional y mucho menos en la ley secundaria, por lo que considero idóneo proponer se adicione el Código Procesal Penal mexiquense, en el sentido de reglamentar la obligación que tiene el Juez de motivar el ¿Por qué? del mérito demostrativo, el cual no se traduce en la simple mención de éste; es decir, la simple manifestación de que se le otorga el valor de indicio o bien de prueba plena, sino como hemos acotado, dicha obligación debe ir más allá implicando la explicación del ¿Por qué? y el ¿Cómo? es que se le dio ese valor, los principios lógicos, máximas de experiencia (indicando su origen) o los conocimientos científicos, empleados como factor de validación en un argumento jurídico o bien como premisas mayores en el silogismo, lo importante es que esa motivación refiera ese proceso mental y racional de la adquisición de conocimiento y no simplemente mencionar el resultado de la estimación.

Lo anterior en atención a que no existe ninguna disposición procesal al respecto, lo cual puede incidir en la operatividad del proceso penal acusatorio adversarial y oral del Estado de México.

Concluyendo que la motivación deberá realizarse en un doble aspecto una genérica (deriva del principio de legalidad) y una específica (que se propone regule la ley secundaria) que motivara el ¿Cómo? y el ¿Por qué? del mérito convictivo otorgado a la prueba, expresando las razones por virtud de las cuales se utilizaron los diversos principios lógicos, conocimientos científicos o bien las máximas de la experiencia.



CONCLUSIONES

Primera.- Se debe diferenciar entre las diversas denominaciones asignadas a la prueba en el nuevo proceso penal acusatorio, en virtud de que no debe utilizarse el término prueba indistintamente como sucedía en el sistema con tendencias inquisitivas, pues se debe emplear la nomenclatura adecuada en atención a la fase en la que se encuentre el proceso, la cual se asigna según la función demostrativa que despliega; luego entonces, la prueba es dinámica en cuanto a que se muestra primeramente como dato y dato de prueba durante la investigación; medio de prueba o elemento probatorio que se incorpora al proceso durante la etapa intermedia, o sea, la prueba en su aspecto objetivo (huellas o vestigios materiales o mnémicos), para que una vez que el medio sea desahogado y valorado en la audiencia de juicio oral, se genere la prueba propiamente dicho en su aspecto subjetivo (convencer).

Segunda.- Con la reforma Constitucional en materia de justicia penal el Ministerio Público no puede realizar funciones jurisdiccionales, en atención al principio de la trilogía procesal, lo que también implica que ya no pueda desahogar medios de prueba durante la investigación tal y como ocurría en la averiguación previa del proceso penal escritural, por lo que el artículo 10 apartado A fracción V de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, contraviene el texto Constitucional y el tipo de proceso al establecer que el representante social conserva aún dichas facultades para desahogar medios de prueba.

Tercera.- Se distingue entre los actos de prueba y los actos de investigación, entendiendo estos últimos como aquellas técnicas que realiza el Ministerio Público para allegarse de los datos de prueba que puedan establecer la comisión de un ilícito y la individualización del indiciado, practicándose estas actuaciones sin intermediación judicial, apreciados únicamente en la fuente escrita a través de alegaciones y para efectos de sostener las pretensiones del órgano de investigación como la solicitud de orden de aprehensión, la formulación de imputación la imposición de medidas cautelares e incluso la vinculación a



proceso, pero para nada se puede confundir con la actividad de desahogo de medios de prueba que sucedía en la extinta averiguación previa; mientras tanto, los actos de prueba son aquellos que se actualizan bajo los principios de la prueba y por regla general en la audiencia de juicio oral salvo la prueba anticipada, sin perder de vista que su finalidad será sustentar la sentencia definitiva.

Cuarta.- Existen técnicas que a pesar de que aún no se formalice la investigación ante el Juez de control requieren autorización judicial para su práctica, del estudio de estas diligencias destacamos que ésta debe mediar cuando se trate de inspecciones personales, de lugares, vehiculares o incluso en el cuerpo de las personas, ante la oposición de éstas para someterse a su práctica o para otorgar su autorización en el caso de los vehículos, donde la Policía deberá trasladar a las personas o vehículos ante la representación social, para que éste, en su caso, y con base en la investigación ya iniciada y de los indicios que generen la presunción, pondere solicitar o no al Juez de control la autorización para realizar la inspección respectiva.

Los actos invasivos en la integridad de las personas cuando éstas manifiestan su negativa para someterse a la práctica de una pericia o bien cuando se tenga que aportar alguna muestra de fluido corporal, sabemos que el control judicial no es la solución a la problemática, pues al tratarse de actos invasivos puede persistir la negativa, y es evidente que el Juez no podrá ordenar se les extraiga un fluido corporal o se le practique una pericia por la fuerza, por lo que se debe incorporar a la legislación procesal una presunción legal que no deje a la voluntad de una de las partes la investigación, o sea, ante la negativa u oposición de la víctima o el ofendido, se le deberá hacer de su conocimiento que de no practicarse la prueba deberá seguir imperando la inocencia del indiciado o imputado según el tipo de investigación; ahora que si la negativa es del indiciado o imputado, deberá operar la presunción en el sentido de que se tenga por acreditada la pretensión que quiera dilucidar el Ministerio Público, siempre que existan indicios que lo permitan.



Quinta- Es necesaria la adición y regulación dentro del Código Procesal Penal mexiquense, de algunas técnicas de investigación innovadores que no están contempladas dentro de éste y que se prevén en forma incompleta en el Manual Básico de la Policía Ministerial, así tenemos que estas técnicas también requieren autorización judicial; nos referimos a la entrega vigilada, la cual consiste en que el Juez de control autorice el transporte de objetos, bienes o efectos, cuya posesión transporte enajenación o tenencia sea ilícita o prohibida.

La infiltración a organizaciones criminales bajo identidad supuesta es otra actuación que consiste en vincular o infiltrar a un servidor de la Policía ministerial a una organización criminal, bajo una identidad diversa, para conocer sus operaciones o bien para adquirir, transportar o enajenar objetos y efectos ilícitos, observando las condiciones especiales en materia de cadena de custodia.

Por último se prevé la incorporación de la vigilancia y aseguramiento de personas, la que quizá es la menos innovadora pero que ni siquiera es mencionada por el Código Procesal Penal mexiquense, esta consiste en que la Policía ministerial mantenga bajo observación al presunto indiciado o imputado de un delito, con el fin de obtener información útil para la investigación, así como la obtención de elementos materiales probatorios y evidencia física, conociendo su entorno social, lugares frecuentados y actividades.

Sexta.- Con anterioridad a la reforma Constitucional del 18 de junio de 2008 se exigía la acreditación del cuerpo del delito, esto implicaba una actividad probatoria a nivel ministerial en las que se desahogaban e incluso valoraban medios de prueba; como nuevo estándar probatorio se exige la existencia de datos (de prueba) que establezcan que se cometió un hecho que la ley señala como delito, esto es que se acredite la existencia de un verdadero delito y existan datos de intervención reprochables al imputado; es decir, la demostración de un hecho que amerite justificadamente la intervención del derecho punitivo a través de la referencia de los determinados medios de



prueba, aún no desahogados a diferencia de la acreditación del cuerpo del delito donde se tenían forzosamente que desahogar medios de prueba.

Con dicha reforma judicial, se sustituyó la figura del cuerpo del delito por la del hecho delictuoso, concluyendo que ambas figuras se encuentran integradas por los elementos objetivos, normativos y subjetivos, por lo que ambas figuras son similares, sólo existe un cambio de denominación.

Séptima.- El principio de inmediación procesal se ha erigido como un principio de aplicación rigurosa; sin embargo, existen excepciones a esta regla como es el caso, de la conservación del valor probatorio de las técnicas de investigación para fundar la sentencia, en tratándose de delincuencia organizada cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para los testigos o las víctimas.

Otra excepción a la inmediación probatoria es la inherente a la incorporación de registros en que obran actuaciones anteriores estas excepciones no se desprenden del texto Constitucional, por lo que deberían suprimirse ante el temor de generar una antinomia con la constitución, encontramos que esta hipótesis posibilita la sustitución de un testimonio bajo contradicción, inmediación y oralidad por una declaración escrita;

Una última excepción es la referente al anticipo jurisdiccional de la prueba, la cual se desahoga antes de la audiencia de juicio oral, ya sea que se deba a cuestiones procesales donde la fuente de prueba se pierda o destruya, por la urgencia de practicarla ante su imposibilidad de repetirla durante el debate, o bien cuando por la naturaleza del delito su reproducción en juicio pueda implicar un perjuicio a algún órgano de prueba, así tenemos la declaración de personas impedidas para asistir al debate, lo cual no debe limitarse al desahogo de la declaración o ateste, sino que dicho anticipo jurisdiccional también implica que se desahoguen otros medios probatorios accesorios, como las evidencias materiales o documentos, para que los declarantes se refieran sobre ellos, implicando incluso la comparecencia de personas diversas como en el caso de



la autenticación de los documentos.

Octava.- Antes de ejercitar acción penal, el Ministerio Público deberá ponderar la conveniencia de someterse a un plazo para cerrar la investigación, tomando en cuenta los datos de prueba con los que cuenta, pensando bien la viabilidad de formalizar su indagatoria, ya que si no considera tener una acusación fortalecida para cuando se deba cerrar la investigación, será mejor no formalizarla pues de ser así el proceso se sobreseerá, por lo que de esta forma se equilibra la reducción de los parámetros probatorios.

Novena.- La audiencia de formulación de imputación tiene por objeto que el Ministerio Público comunique al indiciado en presencia del juzgador, que se desarrolla una investigación en su contra, comunicando la conducta desplegada, con quien o quienes participo, su grado de intervención, cuándo lo realizo, dónde aconteció y cómo lo llevo a cabo, así como el nombre de su acusador, sin perder de vista que dicha comunicación es destinada para el imputado, por lo que ésta se deberá hacer de manera clara para que se cumpla con la finalidad de poner de conocimiento de él los hechos que se investigan.

Décima.- La declaración del imputado dentro del proceso penal acusatorio debe realizarse, una vez que se le ha formulado imputación para efectos de dar contestación a ésta, pese a que se autorice también recibir la declaración del indiciado inmediatamente que quede a disposición del Juez, lo cual es una falacia pues, previo a su declaración el Juez deberá calificar la detención o en su caso se formulara imputación, rompiendo con la inmediatez aludida, se destaca que desaparece la declaración ministerial, en tal caso que el imputado manifestara al representante social su deseo de declarar, éste deberá valorar la pertinencia de solicitar al Juez le reciba su declaración anticipada, pues dicho órgano de investigación tiene prohibido recibírsela. El Código Procedimental Penal mexiquense, dispone que previo a la declaración del imputado tendrá que hacerle saber las mismas circunstancias que se informan al formular imputación, lo cual es repetitivo y en lo particular considero no tiene razón de ser.



Décima primera.- La teoría del caso se presenta desde dos corrientes una narrativa y persuasiva, que busca a través del sentimentalismo o emotividad convencer al juzgador de la veracidad de su historia; la otra corriente es sistemática ya que busca con fundamento en el análisis de elementos factuales, el cual consiste en una versión o historia preliminar y verosímil de lo acontecido; jurídicos, que buscan subsumir esos hechos facticos a la descripción legal más aplicable y por último probatorios que buscan corroborar las hipótesis fácticas propuestas, para generar una versión de los hechos sometidos a proceso.

Décima segunda.- El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México faculta a la representación social para imponer las medidas cautelares, lo cual tienen un tinte de inconstitucionalidad, pues en apariencia van en contra de lo establecido por el diverso 16 décimo cuarto párrafo primera parte de la Constitución General de la República, pues el texto Constitucional es muy claro al establecer que se deberá solicitar al Juez de garantía la imposición de medidas cautelares, aunado que también obliga a éste a resolver inmediatamente y por cualquier medio, por lo que no se debe poner la excusa que ante el peligro en la demora el Ministerio Público las impone.

No obstante lo anterior también se establece en el Código señalado el procedimiento a seguir para la revisión judicial de la medida cautelar impuesta por el representante social, lo que sin duda atenúa la contradicción normativa en comento, observando que a fin de cuenta es el juzgador quien ratificara la imposición de la medida que el Ministerio Público haya aplicado provisionalmente, tratando de corregir, la antinomia con la norma Constitucional.

El Código Procesal Penal mexiquense presenta normatividades confusas en materia de imposición de medidas cautelares, pues al Ministerio Público le exige la presentación de datos de prueba para fundamentar la imposición de la medida cautelar, mientras que al imputado se le requieren las pruebas, o



propriadamente medios de prueba, destacando que en dicha resolución no es menester que el juzgador las refiera.

Décima tercera.- El auto de vinculación a proceso tiene notorias diferencias con los extintos autos de sujeción a proceso y de forma prisión, destacando el estándar probatorio con el que se emite la vinculación a proceso (datos de prueba) y éstos (desahogo de medios de prueba); otro distingo se desprende de la consecuente prisión preventiva, la vinculación a proceso ya no trae aparejada ésta a diferencia de los anteriores, sólo convalida una probable medida cautelar que ya fue impuesta con anterioridad a su emisión; con los autos de formal y sujeción a proceso se daba pie a la apertura de la instrucción, con el nuevo proveído de vinculación a proceso se inicia una investigación formalizada.

Se ha presentado una confusión a nivel nacional, sobre lo que deberá acontecer cuando el imputado solicite la duplicidad del término Constitucional, pues algunas legislaciones estatales señalan que se podrán ofrecer, desahogar y valorar medios de prueba durante dicha término Constitucional para resolver únicamente sobre la vinculación a proceso, mientras que en la legislación del Estado de México se faculta anunciar datos de prueba, es correcta esta última condición pues no implica una desigualdad al solicitar datos de prueba al Ministerio Público y medios de prueba al imputado.

Destacando que es importante se proyecten los datos de prueba en la audiencia de vinculación a proceso, si se piensa en su impugnación a través del juicio de garantías, pues al resolver el Juez Federal sobre su Constitucionalidad, podrá revisar los datos que haya tenido a la vista el *a quo*.

Décima cuarta.- El escrito de acusación es el que presenta el Ministerio Público señalando los hechos atribuidos al imputado y ofreciendo los medios de prueba que pretende desahogar en la audiencia de juicio oral, así como aquellos elementos demostrativos que pretendan acreditar la procedencia y monto de la reparación del daño, pudiendo ofertar cualquier medio con las



únicas limitaciones de que se incorporen conforme al Código y sin vulnerar derechos fundamentales.

Décima quinta.- La etapa intermedia está compuesta de dos fases, una de carácter escrita, que inicia con la presentación de la acusación y que culmina con la apertura de la audiencia intermedia, y una fase de carácter oral que inicia con la apertura de dicha audiencia y culmina con el auto de apertura a juicio oral, en la primera fase la víctima u ofendido puede constituirse como acusador coadyuvante, siendo vinculante su opinión sobre cuestiones relevantes del proceso como la apertura del procedimiento abreviado, pero lo más destacado es respecto de las facultades que adquiere el acusador coadyuvante en materia probatoria, pues podrá ofertar medios de prueba para que se desahoguen en juicio; o aquellos elementos que sirvan para complementar la acusación de la representación social sin necesidad de que se constituya como acusador coadyuvante.

También podrá ofertar elementos probatorios para acreditar y cuantificar daños, sin que por ello se considere como acusador coadyuvante en todos los casos la víctima u ofendido tendrá derecho a que lo asista un defensor público victimal.

Décima sexta.- Durante la fase escrita de la audiencia intermedia se puede dar la contestación de la acusación por parte del imputado y puede realizar varias actividades procesales a saber: puede señalar los vicios formales en el escrito de acusación y solicitar su corrección; solicitar la suspensión del proceso a prueba; solicitar el procedimiento abreviado; deducir excepciones y exponer sus argumentos de defensa que considere necesarios y ofrecer los medios de prueba que desea se le reciban en la audiencia de juicio oral, siendo esta última actividad la primera oportunidad que tendrá el acusado para ofertar los medios de prueba que habrán de resolver el fondo del asunto.

Décima séptima.- La fase oral de la etapa preparatoria a juicio inicia con la apertura de la audiencia intermedia, y tiene como finalidad el ofrecimiento de los medios de prueba para el imputado, pues el órgano acusador ya lo habrá



hecho en la fase escrita, también tiene por objeto el debate sobre su admisión, la depuración de los hechos han de someterse al juicio y por supuesto la exclusión de los medios de prueba ilícitos; abierta la audiencia referida quedara prohibido la presentación de escritos, en ésta se corregirán los vicios formales; el Ministerio Público y el acusador coadyuvante expondrán su acusación; el imputado dará contestación a la imputación verbalmente donde podrá ofrecer los medios de prueba; se resolverá sobre las excepciones planteadas; se abrirá el debate para la admisión de los medios probatorios; se excluirá la prueba ilícita; se ordenara la reapertura de la investigación es su caso; y por último se podrá llegar a acuerdos probatorios.

Décima octava.- El hallazgo y acopio es considerado el momento más importante en la construcción de la prueba, de ahí que se le dé un papel fundamental al actuar de la Policía, por lo que su deficiente preparación puede traer aparejado la exclusión de los medios obtenidos y acopiados a través de medios ilícitos, por tal motivo es necesario que se incorpore una teoría para el tratamiento de la prueba ilícita que incluso admita ciertos grados de flexibilidad que admitan el saneamiento de estos medios inconstitucionales.

Decima novena.- En relación a la cláusula de exclusión o regla general de exclusión sobre la ilicitud probatoria, nuestro país muestra un atraso significativo, ya que, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se establece una corriente epistemológica con la cual deban ser tratados aquellos medios de acreditación que violan derechos fundamentales, regula únicamente la nulidad y no en estricto sentido la exclusión y el trato que deberá dársele a las pruebas reflejas o derivadas, del estudio de los códigos para el proceso penal acusatorio de las entidades de la república, encontramos la operatividad de la teoría imperativa de exclusión denominada “los frutos del árbol envenenado” también conocida por dar origen a diversas excepciones en materia de ilicitud convictiva, con la excepción de la fuente independiente, el vínculo atenuado, el descubrimiento inevitable y la excepción de la buena fe, lo



que da esa semi rigidez a dicho sistema de exclusión, excepciones que aunada a la del *in dubio pro reo* adoptada por el Estado de Zacatecas.

Se propone que debe regir en nuestro país dicha teoría, en el sentido de adoptar los criterios de excepción que ante una falla por parte del órgano acusador en cuanto a su obtención, permita subsanar la prueba con alguno de estos criterios de excepción, evitando en cierto grado el fenómeno de tener que absolver a sujetos activos por una falla policial.

Vigésima.- Por regla general los testimonios y las pericias se deben practicar a través de interrogatorios que las partes formulen, corresponde primero interrogar directamente al oferente del órgano prueba, de forma libre y flexible, con la limitación de hacer preguntas engañosas, poco claras e insidiosas o sugestivas.

Los contrainterrogatorios se presentan en virtud del principio de contradicción, consiste en que la parte no oferente interroge también al órgano de prueba, donde incluso el Juez puede realizar preguntas tendientes a aclarar dichos, sin ir más allá, el contrainterrogatorio se regirá bajo las mismas reglas del interrogatorio directo, con la facultad de poder realizar cuestionamientos sugestivos, a petición de las partes y sólo cuando el Juez lo autorice este contrainterrogatorio dará lugar a un nuevo examen realizado por parte del oferente, mismo que quedara restringido a los cuestionamientos del contrainterrogatorio, con este nuevo interrogatorio se tendrá por agotado el medio de prueba, sin embargo en aras de preservar la igualdad procesal se debe facultar un segundo contrainterrogatorio, como sucede en el derecho comparado.

Vigésima primera.- Se hace la moción de que la legislación procesal penal mexiquense adopte una excepción a la regla general de desahogo primigenio para la representación social, prescribiendo que para los casos de ofrecimiento colectivo de un órgano declarante, interroge obviamente primero el Ministerio Público y contrainterroge la defensa, otorgando con posterioridad la



oportunidad a la defensa de practicar preguntas abiertas, pues debemos recordar que los contrainterrogatorios tienden a controvertir la primera declaración y por obvias condiciones es complicado incorporar el interrogatorio que se tenía preparado en éste (contrainterrogatorio), apreciando que la defensa ocupará el contrainterrogatorio para los efectos propios de éste (refutar o atacar el interrogatorio del Ministerio Público), a sabiendas de que con posterioridad podrá tener la oportunidad de plantear su examen directo como lo había ya preparado previamente, finalizando la práctica del órgano de prueba con el contrainterrogatorio ahora por parte del Ministerio Público y el acusador coadyuvante y por supuesto, en su caso, las interrogantes aclaratorias del órgano jurisdiccional.

Vigésima segunda.- Para incorporar a la audiencia de debate un documento que servirá como medio demostrativo, es necesario que se lean y exhiban en el debate con indicación de su origen, esta es la única forma en que medianamente se cumple con el dinamismo que exige el mismo juicio, o bien mediante la proyección del medio de prueba en este caso documento, por medio de instrumentos digitales o electrónicos, además de la reproducción de los medios de autenticación para lo cual se puede hacer comparecer a las personas.

La utilización de documentos, escritos o declaraciones previas, también pueden tener como finalidad complementar el desahogo de una pericia o ateste, toda vez que, el propio ordenamiento legal de mérito, de forma restrictiva, faculta hacer uso de éstos únicamente cuando fuere necesario apoyar la memoria, demostrar o superar contradicciones o a fin de aclarar la pertinencia, por lo que en estos casos el documento no es un medio de prueba y ni siquiera accesorio, en virtud de que sólo se ocupa para interrogar.

Vigésima tercera.- La incorporación al juicio oral, previa lectura y reproducción de los registros en que constan diligencias anteriores, *prima facie* parece contravenir los principios de oralidad e inmediación principalmente, sin embargo deben entenderse como excepciones a dicha inmediación para la producción



probatoria, ya que estos registros tiene como finalidad constituirse en medios de prueba a través de una oferta extraordinaria durante el juicio oral, no olvidando que también pueden utilizarse para superar contradicciones de un declarante.

Vigésima cuarta.- Los elementos probatorios materiales deben ofertarse por medio de un ateste o declaración que los referencie, pues por sí mismos no representan nada, son medios accesorios por virtud de los cuales se puede solicitar al declarante informe sobre ellos, lo reconozca, se le confronte, etc., pero siempre requerirán que los introduzca al juicio un órgano de prueba; las video grabaciones y la información de carácter electrónico, debe incorporarse al proceso a través su exhibición y reproducción en juicio, similar a lo que acontecía en el proceso escritural donde se ofrecían como documentos y como inspección judicial.

Vigésima quinta.- Las alegaciones de cierre guardan gran similitud con las conclusiones que debían presentar las partes una vez agotada la instrucción en el sistema escrito, en esta etapa de conclusiones se concretaba la acción penal formulando una acusación ya definitiva; con el nuevo sistema procedimental penal acusatorio, también hasta este momento se concreta la acción penal y tienen por objeto hacer llegar al Juez o al Tribunal de juicio oral, las conclusiones a las que se haya llegado con motivo de los medios demostrativos desahogados, existiendo el derecho adversarial de la replicar los alegatos finales de la contraparte.

Vigésima sexta.- La valoración judicial del material demostrativo, se ve limitada en cuanto a su alcance libérrimo, por el criterio racional (sana critica) que se conforma entre otros rubros, por la lógica, el conocimiento científico y la experiencia judicial.

La lógica a que se refiere la valoración de la prueba es la lógica jurídica no sólo la subsunción de la lógica del ser a éste ámbito, al apreciar la prueba el juzgador deberá observar las reglas más elementales de la logicidad jurídica, las cuales coinciden con la del ser pero con sus particularidades; al respecto se



tienen los principios de la lógica (jurídica) de identidad, no contradicción, tercero excluido y de razón suficiente, los cuales servirán como factores de validación en la argumentación jurídica o como premisas mayores si se utiliza el silogismo, cuando el Juez motive la operación racional a través de la cual otorgo el aprecio demostrativo.

Los conocimientos científicos, son una directriz que permite al órgano jurisdiccional apreciar la prueba a través de la ciencia, la cual es bien sabido está orientada hacia el descubrimiento, confirmación y falseabilidad de enunciados o leyes generales, estas premisas se deben considerar al valorar cualquier medio de prueba sin importar su especie, no debe confundirse esta regla con las pruebas derivadas de la ciencia forense, pues ésta es un instrumento que sirve para llegar al conocimiento de la verdad sobre los hechos controvertidos, guardando analogía con las pericias.

Las máximas de la experiencia judicial nacen con la actividad jurisdiccional, sin que implique una experiencia particular del juzgador, pues éstas son generales y deben revestir el consentimiento y aceptación de la comunidad jurisdiccional al momento de valorar una determinada probanza, considero que una decisión judicial no podrá sustentarse sólo en estas máximas, sino que éstas deberán ser complemento de alguna otra forma de valoración, donde dichas experiencias judiciales, servirán como referencia de lo más próximo a la verdad.

Es evidente que las máximas de experiencia son del ámbito jurisdiccional y no del popular, o sea, que las partes ajenas a la actividad judicial no las conocen y quizá no las comprendan pues estos escapan de su órbita experimental, generando la sensación de ignorar en absoluto dicho criterio con el que otorgo determinado valor a una prueba, por lo que no se debe apreciar la prueba únicamente con éstas.

Vigésima séptima.- En ningún artículo del Código Procesal Penal del Estado de México se prevé la obligación de que el juzgador motive el proceso racional a través del cual otorga el mérito convictivo; es obvio, que lo debe hacer pues



del sistema libérrimo lógico, se colige esta obligación, pero desafortunadamente no existen reglas expresas, lo cual puede generar un problema pues la motivación de la decisión judicial es la diferencia entre el sistema de valoración de la prueba de la convicción íntima y el lógico, por lo que al carecer de tal norma que regule el deber de motivar se podrán dar saltos entre uno y otro al valorar la prueba.

La libre valoración lógica puede convertirse en convicción íntima si el juzgador no motiva el proceso racional por virtud del cual le otorga un determinado mérito demostrativo a la prueba, la motivación en el nuevo proceso criminal acusatorio tiene un doble aspecto o propiamente debe haber dos motivaciones, una genérica que deriva del principio de legalidad y una específica que motivara el cómo y el porqué del mérito convictivo otorgado a la prueba, además de expresar las razones por virtud de las cuales se utilizaron los diversos principios lógicos, conocimientos científicos o bien las máximas de la experiencia, haciendo que esta motivación demostrativa (específica) sea el medio de control más elemental y superficial de la valoración libérrima.



BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, Derecho Penal Contemporáneo, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002.
- ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo, El Juicio Oral y la Justicia Alternativa en México, Porrúa, México, 2009.
- BAYTELMAN Andrés, et al; Litigación Penal Juicio Oral y Prueba, FCE-INACIPE, México, 2008.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert, Estrategias para el Desahogo de la Prueba en el Juicio Oral, Flores editor y distribuidor, México, 2010.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert , Nuevo Código de Procedimientos Penales del Estado de México Comentado, Tomos I y II, Flores editor y distribuidor, México, 2009.
- CAMACHO SALDAÑA, Carlos Alberto, Nuevo Sistema de Justicia Penal para el Estado de México, Porrúa, México, 2010.
- CIENFUEGOS SALGADO, David, La Prueba, Estudios Sobre Derecho Probatorio, Editorial Laguna, México, 2009.
- CONSTANTINO RIVERA, Camilo, Introducción al Estudio Sistemático del Proceso Penal Acusatorio, Editorial Ma Gister, México, 2009.
- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Cuatro Tomos, Porrúa, México 2007.
- EMBRIS VÁSQUEZ, José Luis, et al; Arraigo y Prisión Preventiva, Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Formularios, Flores Editor y distribuidor, México, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi, Garantismo Penal, serie de estudios jurídicos, número 34, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, et al; Estudios Sobre la Prueba, Distribuciones Fontamara, México, 2008.



FERRER BELTRÁN, Jordi, La Valoración Racional de la Prueba, Marcial Pons, Barcelona 2007.

GALINDO SIFUENTES, Ernesto, La Valoración de la Prueba en los Juicios Orales, Flores editor y distribuidor, México, 2010.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción a la Lógica Jurídica, séptima edición, colofón, México, 2000.

GONZÁLEZ, Raúl, *et al*; La Presunción en la Valoración de las Pruebas, INACIPE, México, 2003.

GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl, Introducción a la Lógica, decima primera edición, esfinge, México, 1997.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, Colección de Investigaciones Jurídicas, Santiago de Chile, 2008.

HIDALGO MURILLO, José Daniel, La Etapa de Investigación en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio Mexicano, Porrúa, México, 2009.

HORVITZ LENNON, María Inés, *et al*; Derecho Procesal Penal Chileno, 2 Tomos, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2007.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ Javier, Aspectos Básicos sobre la Prueba en el Juicio Oral, Raúl Juárez Carro editorial S. A. de C. V., México, 2011.

LEON PARADO, Víctor, El abc del Nuevo Sistema Acusatorio Penal, El Juicio Oral, Ecoe Ediciones, Bogotá, Colombia, 2008.

MORENO VARGAS, Mauricio, Nuevo Sistema de Justicia Penal para el Estado de México, Porrúa, México, 2010.

NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F. *et al*; Litigación Oral y Practica Forense Penal, Oxford, México, 2009.

NIEVA FENOLL, Jordi, La Valoración de la Prueba, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010.



PASTRANA BERDEJO, Juan David, *et al*; El Juicio Oral Penal, Técnica y Estrategia de Litigación Oral, Flores editor, México, 2009.

PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo, Fundamentos del Sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal, Temis S. A., Bogotá, 2005.

SOTOMAYOR LÓPEZ, Oscar, Práctica Forense de Derecho Penal, Ubijus, México, 2007.

SOTOMAYOR LÓPEZ Oscar, Práctica Forense de Derecho Penal y la Reforma Judicial, Ubijus, México, 2010.

TARUFFO, Michele, La Prueba, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007.

TARUFFO Michele, *et al*; Consideraciones Sobre la Prueba Judicial, segunda edición, editorial fundación coloquio Europeo, Madrid, 2010.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, Los Contratos Civiles y sus Generalidades, sexta edición, Mc Graw Hill, México, 2007.

FUENTES LEGISLATIVAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario oficial de la Federación, 18 de junio de 2008.

Código Procesal Penal Peruano.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, Periódico Oficial del Estado número 37, 7 de mayo de 2011.

Código de Procedimientos Penales del Estado de México, abrogado.

Código de Procedimientos Penales del Estado de México, Gaceta de Gobierno del Estado de México, Decreto 266, 9 de febrero de 2009.

Código de Procedimientos Penales del Estado Libre y Soberano de Morelos.

Código de Procedimientos Penales del Estado Libre y Soberano de Zacatecas.

Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca.



Código Penal del Estado de México.

Ley de Amparo.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México. Toluca, Estado de México, Gaceta de Gobierno, número 65, 2009.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México.

Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México.

Ley de la Defensoría Especializada para Víctimas y Ofendidos del Delito del Estado de México.

Ley de Extinción de Dominio del Estado de México.

Ley de Justicia para Adolescentes del Distrito Federal.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de México.

Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura en el Estado de México.

Acuerdo General Número 01/ 2010 del Procurador General de Justicia del Estado de México.

Manual Básico de la Policía Ministerial de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México.

Manual Básico de Cadena de Custodia de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, t. XXII, Julio de 2005, p. 1105.

Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. V, Enero de 2012, p. 4319.



Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. V, Enero de 2012, p. 4296.

Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t II, Octubre de 2011, p. 993.

Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. V, Enero de 2012, p. 4299.

FUENTES ELECTRÓNICAS

<http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>

<http://www.edomex.gob.mx/legistelfon/doc/pdf/gct/2010/abr273.PDF>

<http://www.pjedomex.gob.mx/web2/documentos /transparencia/ jurisprudencia/ Tesis Jurisprudencia TribSupJus 2a Epoca Boletin 20120213.pdf>

<http://www.procuraduria.gov.do/PGR.NET/Modelo/site/procesamiento/index.html>

<https://bulk.resource.org/courts.gov/c/US/487/487.US.533.86-1016.86-995.html>

<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/case.html>

<http://supreme.vlex.com/vid/united-states-v-ceccolini-19982034>

<http://www.justice.gov/crt/about/app/briefs/nguyenbrief.pdf>

<http://www.boe.es/boe/dias/2003/03/05/pdfs/T00065-00074.pdf>

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia y Tesis Aisladas, IUS 2011, disco compacto.