

EL ARTÍCULO 228 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, SU ESTUDIO A LA LUZ DEL DEBIDO PROCESO Y PRUEBA ILÍCITA

GERARDO JUVENAL JIMÉNEZ ALEMÁN ¹

Sumario

1. Introducción 2. Cadena de custodia. 3. Cadena de custodia y debido proceso. 4. Prueba ilícita y cadena de custodia. 5. Análisis del artículo 228 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Resumen

En el artículo 228 del Código Nacional de Procedimientos se establece una aprobación para que una prueba sea valorada aun cuando se hayan dado alteraciones en su tratamiento mediante la cadena de custodia, lo anterior pareciera ser violatorio del derecho humano al debido proceso y con ello sobrevendría la actualización para la aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícita.

Palabras clave: cadena de custodia, debido proceso, prueba ilícita, Derechos Humanos, artículo 228 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

¹ Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle Bajío. Correo: lic.gerardo.jimenez@gmail.com

Abstract

The Article 228 of the National Code of Procedures establishes an approval for an evidence to be assessed, even when there have been alterations in its treatment through the chain of custody. The above seems to be a violation of the human right to due diligence and thus, the update would come for the application of the rule of exclusion of illegal evidence.

Key words: chain of custody, due diligence and thus, illegal evidence, Human Rights, he Article 228 of the National Code of Procedures.

1. Introducción

Un sistema procesal penal de corte acusatorio se caracteriza por el respeto a los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso, tanto de la víctima como del imputado, para garantizar en mayor medida los derechos humanos de los mencionados. De ahí que el tratamiento de la cadena de custodia es básico en el proceso penal, pues para los operadores del sistema penal resulta necesario establecer las reglas con las cuales se debe atender a la cadena de custodia, pues la misma se erige como el “sistema de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo”.²

En el presente trabajo se abordará el concepto y los principios que rigen la cadena de custodia, así como los alcances que se tiene en cuanto a su mal tratamiento a la luz del debido proceso y el tratamiento de la prueba ilícita.

2. Cadena de custodia

La investigación se funda como parte fundamental en nuestro proceso penal, mediante la misma se busca encontrar los elementos suficientes para el esclarecimiento del hecho, basados en que por medio de la cadena de custodia

se persigue conocer la verdad de un hecho considerado por la ley como un delito aportando información legalmente obtenida, oportuna, precisa, confiable y probable, sobre objetos o evidencias físicas auténticas producto de la aplicación de un procedimiento sistemático, conforme a presupuestos éticos y legales que se imponen a los agentes investigadores.³

² Artículo 227 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

³ Chowell Arenas, D. (2015). *Los principios del proceso penal acusatorio y la estructura probatoria*. México D.F: Yussim, p. 140.

A fin de sentar primeramente un concepto de cadena de custodia, en el acuerdo 9/2015 emitido por la Procuraduría General de la República se le define como: “sistema de control y registro que se aplica al indicio o elemento material probatorio, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de intervención, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión”. Este mismo concepto es retomado por nuestro Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 227.

Otra concepción de la cadena de custodia es: “sistema de seguridad que garantiza que el elemento material probatorio o evidencia física identificado, fijado, recolectado, embalado y rotulado, es el mismo que estaba en el lugar explorado y que se encuentra en igualdad de condiciones fenomenológicas a las que allí tenía”.⁴

De ahí pues que de la definición de cadena de custodia se establezca que la misma es un sistema, y como tal, consta de diversas etapas, a saber: “procesamiento de los indicios, traslado, análisis, almacenamiento, disposición final”.⁵ Se advierte que mediante esta serie de etapas que componen la cadena de custodia se busca garantizar que el indicio recabado con motivo de una investigación criminal, sea el mismo al presentado como parte de una prueba material ante el juez que decidirá el asunto, para lo anterior es necesario que ese indicio sea autenticado, entendiéndose por autenticar el “establecer que lo presentado es genuino, que es justamente lo que el ponente sostiene que es”,⁶ y para tal efecto la forma a autenticar un indicio es con la cadena de custodia.

Este ejercicio de control sobre los indicios permite proporcionar seguridad jurídica a las partes sobre la autenticidad y legalidad de los indicios recabados como parte de una investigación criminal, y que con posterioridad podrían constituirse como prueba para decidir sobre el fondo de la situación jurídica del imputado. Por esta razón deben seguirse y aplicarse las técnicas necesarias y convenientes desde el momento en que la policía, ya sea investigadora o de otra índole, tenga encuentro con el indicio del que pueda desprenderse una conducta delictiva.

De esta manera, la cadena de custodia es una garantía procesal y un elemento del debido proceso, pues con la misma se fijan las reglas de cómo deberá ser tratada la evidencia material a lo largo del proceso; el juez deberá analizar detalladamente la forma en la cual se hizo el manejo de la misma, para asegurarse que haya sido respetada en todas sus etapas, esto con base en la ley y los acuerdos creados para tal efecto.

⁴ Lemus-Soler, D. J. (2014). Cadena de custodia en el ordenamiento jurídico colombiano. *Iter Ad Veritatem*. (12), pp. 121 a 135. ISSN:1909-9843.

⁵ Acuerdo 9/2015 emitido por la Procuraduría General de la República.

⁶ Chowell Arenas, D. (2015). *Los principios del proceso penal acusatorio y la estructura probatoria*. México D.F: Yussim, p. 147.

3. Cadena de custodia y debido proceso

En el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece el debido proceso como un derecho humano, en dicho artículo se sientan las bases en cuanto a que en todo procedimiento de carácter penal debe seguir las formalidades esenciales del mismo. El debido proceso se puede definir como “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos”.⁷

Mediante la jurisprudencia con número de registro 2005716, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que

las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la “garantía de audiencia”, las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente.

Del anterior criterio se desprende que en el transcurso de un proceso se deben respetar las formalidades establecidas previamente para el mismo, es decir, si las autoridades actúan sin el respeto a estas formalidades esenciales, se le estaría violentando al gobernado su derecho humano al debido proceso, de ahí que para justificar la condena recaída sobre un imputado debe llevarse a cabo bajo las reglas de un “juego limpio” y con estricto apego a la legalidad, esto para brindar certeza jurídica a los actos de autoridad y evitar actuaciones arbitrarias y contrarias a derecho.

Debe decirse que este debido proceso también se ve inmerso en lo relacionado a la actividad probatoria, debiéndose llevar a cabo con el respeto de los derechos humanos de los imputados, pues el debido proceso está inmerso en todos los derechos constitucionales y procesales que tiene el imputado con tal calidad dentro del proceso penal.

Resulta importante hacer mención que nuestro Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 12 instituye el principio del debido proceso, y a la letra establece:

Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un Órgano jurisdiccional previamente establecido, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un

⁷ García Ramírez, S. El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/procesoSGR.pdf>.

proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen.

Este debido proceso debe ser respetado en la etapa de investigación, intermedia, juicio oral y ejecución, es decir, está presente en todas las etapas de nuestro proceso penal. En la etapa de investigación tenemos un “juez de control” encargado de vigilar que sean respetados los derechos humanos de las partes durante la misma, y en la etapa de juicio oral tenemos un juez o tribunal de enjuiciamiento facultado para valorar las pruebas presentadas y desahogadas, ante ellos es que se incorpora los indicios o prueba material obtenida como fruto de la investigación y que ha sido debidamente ofertada en la etapa intermedia.

La investigación, al ser una etapa del proceso penal, debe llevarse a cabo con las formalidades y el respeto a los derechos humanos establecidos, no solo en nuestra constitución sino también en las leyes que emanan de ella, así como en los tratados internacionales, etapa caracterizada por ser aquella en la que el Ministerio Público se hace llegar de los datos de prueba, incluidos en ellos la prueba material.

Entonces, si una prueba material ha sido tratada con menoscabo de los requisitos y etapas de la cadena de custodia, esta devendría en una ilicitud de la misma, pues se ha tratado al margen de los requisitos legales, es decir, con su tratamiento se ha violentado el derecho humano al debido proceso, del que todo gobernado goza al ser imputado.

En la consagración de un estado democrático de derecho, y con el reconocimiento del derecho humano al debido proceso, el funcionario judicial se ve impedido para dar valor a aquellas actuaciones que se han dado con violación a derechos humanos de los gobernados, en específico y en el caso que nos ocupa, a aquellas pruebas recolectadas, obtenidas o tratadas al margen de las exigencias legales.

Para ser enfáticos en el anterior señalamiento, se cita al jurista Sergio García Ramírez, quien señala:

el juez tiene la obligación de adoptar provisiones adecuadas para la protección de los justiciables frente a la amenaza de quien pretende evitar el acceso a la justicia y el buen desempeño de esta y, es preciso destacar la diligencia a la que está obligado para asegurar ese desempeño, que se observa en el curso del enjuiciamiento y culmina en la sentencia.⁸

Sirve de apoyo para lo anterior lo señalado por Manuel Miranda Estrampes, quien citando a Conso establece: “todas las normas relativas a las pruebas penales son normas

⁸ García Ramírez, S. “El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Recuperado de: <http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/procesoSGR.pdf>.

de garantía del acusado, debiéndose considerar toda su disciplina como un instrumento de defensa para el imputado”.⁹

4. Prueba ilícita y cadena de custodia

Primeramente, nos referiremos al concepto de prueba, el cual para la chilena María Inés Horvitz Lennon se define como “la verificación de afirmaciones que se lleva a cabo utilizando los elementos o fuentes de prueba de que disponen las partes y que se incorporan al proceso a través de medios de prueba y con arreglo a ciertas garantías”.¹⁰

En nuestro Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 261 se establece que la prueba es

todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.

Así, tenemos que las pruebas son aquellos medios obtenidos por las partes, las cuales serán presentadas ante el Tribunal de Juicio Oral con el propósito de dar soporte y crear convicción sobre sus proposiciones, con la finalidad de que los juzgadores, tomando en cuenta tales, fallen a favor de sus pretensiones.

De igual manera en el código citado se establecen diversos tipos de prueba, a saber, los siguientes: testimonial, pericial, documental y material, así como se prevé la posibilidad de utilizar otros medios de prueba siempre que no afecten derechos fundamentales. Estas pruebas siempre estarán sujetas a valoración por parte de un juzgador, la valoración de la prueba implica, según Emilio Sandoval citando a Devis Echandia un momento culminante y decisivo de la actividad probatoria, consistente en aquella operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido.¹¹

En lo referente a la valoración de la prueba, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 20 apartado “A” II fracción, que será de manera libre y lógica, además, nuestro Código Penal se ciñe a dicho parámetro constitucional, pues el mismo en su artículo 265 dicta: “el Órgano jurisdiccional asignará

⁹ Miranda Estrampes, M. (2013). *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. México: Ubijus, p. 65.

¹⁰ Horvitz Lenon, M. (2002). *Derecho procesal chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 65.

¹¹ Sandoval Delgado, E. La libre valoración de la prueba en los juicios orales su significado actual. Recuperado de: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/index.php/letrasjuridicas/article/view/154>.

libremente el valor correspondiente a cada uno de los datos y pruebas, de manera libre y lógica”.

Dentro de los sistemas de valoración de la prueba podemos encontrar diferentes (como el sistema de valoración tasado), pero en el caso que nos ocupa nos enfocaremos al sistema de valoración libre, pues es el que tiene vigencia en nuestro proceso penal, este sistema de valoración

no implica la libertad de prueba, en el sentido de poder prescindir de la misma para formar la convicción. Para dictar una sentencia condenatoria no es suficiente que el mero convencimiento subjetivo del juez, sino que el mismo debe de apoyarse en las pruebas practicadas, de tal forma que el resultado de la misma pueda obtenerse la convicción acerca de la culpabilidad del acusado.¹²

Entendiéndose que el juez o tribunal de enjuiciamiento asignará libremente el valor que corresponda a los datos y pruebas de una manera libre y lógica, ello sin que esto implique el no justificar el porqué del valor otorgado a las mismas, teniendo la obligación además de explicar dicha valoración de manera conjunta, integral y armónica de todas las pruebas puestas a su consideración.

En este punto es importante señalar que hay reglas para la exclusión de las pruebas a practicar en la audiencia de juicio oral, nuestro Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 346 establece:

Una vez examinados los medios de prueba ofrecidos y de haber escuchado a las partes, el Juez de control ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, así como aquellos en los que se actualice alguno de los siguientes supuestos:

- I. Cuando el medio de prueba se ofrezca para generar efectos dilatorios, en virtud de ser:
 - a) Sobreabundante: por referirse a diversos medios de prueba del mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones;
 - b) Impertinentes: por no referirse a los hechos controvertidos, o
 - c) Innecesarias: por referirse a hechos públicos, notorios o incontrovertidos;
- II. Por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales;

¹² Sandoval Delgado, E. La libre valoración de la prueba en los juicios orales y su significado actual. Recuperado de: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/index.php/letrasjuridicas/article/view/154>.

III. Por haber sido declaradas nulas, o

IV. Por ser aquellas que contravengan las disposiciones señaladas en este Código para su desahogo.

El punto que abordaremos será el señalado en la fracción segunda, en lo referente a las pruebas obtenidas con violación a derechos fundamentales. A estas pruebas la doctrina las ha llamado pruebas ilícitas, mientras Manuel Miranda Estrampes, citando a Devis Echandia las conceptualiza como aquellas

que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social, o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan [...] se consideran como pruebas ilícitas aquellas que violan normas de rango legal, especialmente de rango constitucional.¹³

Las pruebas ilícitas son precisamente aquellas obtenidas y allegadas con violación a Derechos Humanos, mismas que no pueden ser valoradas para sustentar una condena; para los fines anteriores se ha establecido en nuestra Constitución en el artículo 20 apartado “A” Fracción IX: “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”.

Concibiéndose de esta manera una “regla de exclusión” sobre dichas pruebas, inclusive en concepción de Miranda Estrampes esta regla de exclusión también es aplicable para la obtención de las pruebas que se ha hecho violentando las normas procesales, pues “toda infracción de las normas procesales sobre obtención y práctica de la prueba debe estimarse como prueba ilícita, por cuanto implica una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías”.¹⁴

Esta regla de exclusión de la prueba ilícita permea también en el acto mismo de obtención de la prueba en la etapa de investigación, considerándose por algunos autores a esta como una etapa extraprocesal, considerando la postura del mismo Estrampes: “la ilicitud extraprocesal es aquella producida fuera de la esfera o marco del proceso propiamente dicho, en el momento de la obtención de las fuentes de pruebas. Afecta, por tanto, a la labor de investigación de los hechos, es decir, a la búsqueda, recogida y obtención de las fuentes de prueba”.¹⁵ Así pues, tenemos que una prueba obtenida con violación a Derechos Humanos es considerada ilícita, por tanto no debe tener valor probatorio para el juzgador que resolverá el asunto.

¹³ Miranda Estrampes, M., *op. cit.*, pp. 64-65.

¹⁴ *Ibid.*, p. 65.

¹⁵ *Ibid.*, p. 74.

Estos razonamientos han sido recogidos por nuestro Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 263, que habla de la licitud probatoria, y establece “los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código”. Asimismo, en su artículo 264, donde se habla sobre la nulidad de la prueba, reza: “se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad”.

5. Análisis del artículo 228 del Código Nacional de Procedimientos Penales

El Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 228 segundo párrafo, establece:

Quando durante el procedimiento de cadena de custodia los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito se alteren, no perderán su valor probatorio, a menos que la autoridad competente verifique que han sido modificados de tal forma que hayan perdido su eficacia para acreditar el hecho o circunstancia de que se trate.

De lo anterior se desprende que nuestro código permite otorgar valor probatorio a los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, instrumentos, objetos o productos de delito, aunque estos hayan sido alterados durante el procedimiento de cadena de custodia, es decir, permite la alteración de los mismos y al procedimiento de cadena de custodia, lo cual incuestionablemente a nuestro parecer rompe con la razón de ser de dicha institución. ¿Qué implica lo anterior?, esto se traduce en una vulneración del derecho humano al debido proceso que todo imputado tiene, pues como ha quedado establecido en el presente trabajo la cadena de custodia se erige como una garantía procesal derivada de una actividad probatoria y forma parte del debido proceso.

A nuestra consideración esto rompe totalmente con la legalidad del procedimiento, pues se comparte la postura asumida por Estrampes quien citando a Vives Antón, establece: “solo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida”,¹⁶ por lo tanto si no se respetó la cadena de custodia y las reglas del debido proceso para el tratamiento de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, instrumentos, objetos o productos de delito, no deben ser tomados en cuenta por el juzgador para fundamentar sus resoluciones, pues de lo contrario se estaría validando una violación a derechos

¹⁶ *Ibid.*, p. 112.

fundamentales, y ello contradice totalmente la tarea de todo juzgador, consistente en ser garante en todo momento de los derechos humanos que goza toda parte dentro de un proceso penal.

La postura adoptada por el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 228 está muy alejada de un sistema de corte acusatorio, al señalar que una alteración es permitida cuando “la autoridad competente verifique que han sido modificados de tal forma que hayan perdido su eficacia para acreditar el hecho o circunstancia de que se trate”, se considera así porque el asumir esta postura es tanto como justificar la admisión y utilización de pruebas ilícitas para llegar a la verdad material, lo cual significa una malversación total del principio del debido proceso. Al respecto, se sigue de nueva cuenta a Manuel Miranda Estrampes cuando señala

si la prueba obtenida ilícitamente hubiere sido indebidamente incorporada al proceso, así como en aquellos supuestos en que la ilicitud se hubiere producido en el momento de la práctica de la prueba en la fase de juicio oral, la misma no deberá ser tenida en cuenta por el juzgador para dictar sentencia.¹⁷

De igual manera se comparte la postura asumida por Hidalgo Murillo, quien al respecto apunta:

al hablar de prueba lícita, debemos comprender un proceso legitimador del hallazgo, acopio y embalaje, traslado, procesamiento, incorporación, desahogo y valoración. No es posible admitir que una etapa posterior legitime el acto procesal probatorio ilícito, es decir que la valoración haga lícita la prueba ilícitamente hallada, acopiada, trasladada, procesada, desahogada o incorporada al proceso.¹⁸

De lo anteriormente expuesto se desprende que llegado el momento de valoración de las pruebas, el juez deberá excluir la prueba obtenida ilícitamente, esto en virtud de las reglas de exclusión establecidas en nuestra legislación. Erigiéndose tales reglas de exclusión como una garantía que emana de la Constitución, y que tiene su fundamento en el respeto a los Derechos Humanos, lo cual es obligación de toda autoridad tener en cuenta.

Se concluye, por tanto, que contrario a lo establecido por el artículo 228 del Código Nacional de Procedimientos Penales, cuando haya una alteración en la cadena de custodia en cuanto al tratamiento de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, instrumentos, objetos o productos de delito, esto constituye una violación al derecho humano del debido proceso, tornándose esta en una prueba ilícita, entonces,

¹⁷ *Ibid.*, p. 175.

¹⁸ Hidalgo Murillo, J. (2011). *Investigación policial y teoría del caso*. México D.F.: Flores Editores y Distribuidor, p. 118.

no se debe otorgar valor probatorio por el juzgador, pues en caso contrario se estaría autorizando a nuestras autoridades a valorar pruebas obtenidas con violación a Derechos Humanos.

Referencias

Acuerdo 9/2015 emitido por la Procuraduría General de la República.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Chowell Arenas, D. (2015). *Los principios del proceso penal acusatorio y la estructura probatoria*. México D.F: Yussim.

García Ramírez, S. El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/procesoSGR.pdf>.

Hidalgo Murillo, J. (2011). *Investigación policial y teoría del caso*. México D.F: Flores Editores y Distribuidor.

Horvitz Lenon, M. (2002). *Derecho procesal chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Lemus-Soler, D. J. (2014). Cadena de custodia en el ordenamiento jurídico colombiano. *Iter Ad Veritatem*. (12), pp. 121 a 135. ISSN:1909-9843.

Miranda Estrampes, M. (2013). *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. México: Ubijus, p. 65.

Sandoval Delgado, E. La libre valoración de la prueba en los juicios orales su significado actual. Recuperado de: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/index.php/letrasjuridicas/article/view/154>.

