

Problemas normativos y probatorios del control de la legalidad de las detenciones en flagrancia en México

*Carlos Gustavo Ponce Núñez**

Sumario: I. Introducción. II. El modelo de la decisión judicial. III. La premisa normativa del CLD en casos de flagrancia. IV. La premisa fáctica del CLD en casos de flagrancia. V. Conclusiones.

Resumen: Según datos del Consejo de la Judicatura Federal (CJF), alrededor del 50% de los procesos penales federales en México inicia con la persona detenida en flagrancia o caso urgente. Paradójicamente, el control judicial de este tipo de detenciones y los problemas probatorios que supone no han merecido suficiente atención por la doctrina y la jurisprudencia. Este trabajo busca contribuir a esta cuestión, presentando una radiografía general de los principales problemas normativos y probatorios que pueden suscitarse en el control de la legalidad de la detención. Para ello, se propone distinguir entre las premisas normativas y fácticas, así como entre los diferentes momentos de la actividad probatoria que entraña esta decisión judicial.

Palabras clave: Control de la legalidad de detenciones, Detenciones en flagrancia, Problemas normativos, Problemas probatorios, Derechos fundamentales, Evidencia, Criterios de corrección, Estándar probatorio, Sistema de justicia penal acusatorio.

Abstract: According to data from the Federal Judiciary Council (CJF), around 50% of federal criminal proceedings in Mexico begin with the person being detained in flagrante delicto or in urgent cases. Paradoxically, the judicial oversight of such detentions and the evidentiary issues they entail have not received sufficient attention from doctrine and jurisprudence. This work aims to contribute to this issue by presenting a general overview of the main normative and evidentiary problems that may arise in the legality control of the detention. To this end, it proposes distinguishing between normative and factual premises, as well as between the different stages of the evidentiary activity involved in this judicial decision.

* Magistrado de Circuito y profesor de Derecho Penal en la Universidad Iberoamericana. Licenciado en Derecho por la UNAM, Máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente cursando el Máster en Derecho Penal Económico y de la Empresa por esta última universidad.

Key words: Legality control of detentions, Detentions in flagrante delicto, Normative problems, Evidentiary problems, Fundamental rights, Evidence, Criteria of correctness, Burden of proof, Accusatory criminal justice system.

I. INTRODUCCIÓN

Según datos del Consejo de la Judicatura Federal (CJF), en los últimos años aproximadamente el 50% de los procesos penales federales ha derivado de una detención en *flagrancia* o *caso urgente*¹. Esto significa que en —al menos— la mitad de los asuntos penales del fuero federal, la audiencia inicial comenzó con el *control de la legalidad de la detención* (CLD) de la persona detenida, ante un juez o jueza de control (JdC)².

La trascendencia del CDL para el proceso no es menor. Si el JdC determina que la detención fue ilegal por no cumplirse los requisitos que la Constitución y la ley establecen para considerar que existe flagrancia o caso urgente, entonces deberá decretar la *libertad* de la persona detenida³, así como la *nulidad* de los datos o medios de prueba que hubieren derivado de la detención arbitraria⁴. Así, aunque la persona podría seguir siendo investigada y conducida eventualmente a una nueva audiencia inicial, los datos o pruebas derivados de la detención declarada ilegal ya no podrían ser utilizados, aun y cuando sean esenciales para la acusación.

Paradójicamente, los aspectos normativos y probatorios que entraña dicha decisión judicial no parecen haber recibido aún suficiente atención doctrinal o jurisprudencial. Cuál es el *hecho a probar* en estos casos, cómo se *prueba* y con qué *estándar probatorio*, son cuestiones que parecen seguir abiertas a interpretación y debate en nuestro país. Situación que muy probablemente se deba al hecho de que se trata de una decisión procesal muy inicial o tal vez a la creencia (errónea desde nuestro punto de vista) de que de que el CLD no supone en realidad problemas probatorios (o *de hecho*), sino de mera *calificación jurídica*⁵.

¹ CJF, 15 informe al Congreso de la Unión (julio-diciembre) sobre el funcionamiento del sistema de justicia penal acusatorio, 2023.

² El artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) establece que inmediatamente después de que la persona detenida en flagrancia o caso urgente sea puesta a disposición del Juez o Jueza de control, “se citará a la audiencia inicial en la que se realizará el control de la detención antes de que se proceda a la formulación de la imputación”.

³ *Ibidem*.

⁴ Véase, entre otras, la tesis 1a. CCI/2014 (10a.) de rubro FLAGRANCIA. LAS CONSECUENCIAS Y EFECTOS DE LA VIOLACIÓN AL DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD PERSONAL SON LA INVALIDEZ DE LA DETENCIÓN DE LA PERSONA Y DE LOS DATOS DE PRUEBA OBTENIDOS DIRECTA E INMEDIATAMENTE EN AQUÉLLA.

⁵ Entre otras razones, porque no existe una etapa de admisión y desahogo de pruebas como tal. Conforme al CNPP, el juez debe tomar la decisión con base en los argumentos y los *datos de prueba*

Sea como fuere, la ausencia de un marco conceptual suficientemente claro que permita tomar y revisar *ex post* este tipo de decisiones es algo que no parece deseable. Si bien sabemos que sólo entre el 7% y el 9% de las detenciones en flagrancia o caso urgente son declaradas *ilegales* por los JdC, el hecho de que no exista un marco analítico robusto que permita evaluar su corrección puede generar inseguridad jurídica y decisiones discrepantes.

Como se ha dicho, no se trata de una cuestión menor. Si detenciones mal practicadas son calificadas de legales, las autoridades tendrán pocos incentivos para hacer correctamente sus funciones, en claro perjuicio de la seguridad jurídica y del derecho a la libertad personal. En cambio, si detenciones bien practicadas se califican de ilegales, ello puede traducirse en impunidad, al tenerse que invalidar —sin causa debidamente justificada— todas las pruebas que hubieren derivado de la detención, aun y cuando sean fundamentales para fundamentar una acusación.

El presente artículo busca abonar a esta discusión. De manera muy particular, busca poner alguna luz sobre los elementos normativos y probatorios que entraña el control de la legalidad de las detenciones en *flagrancia*. Para ello, se propone hacer una *radiografía* de los diferentes componentes normativos y probatorios del CLD, tomando como base el *modelo general de la decisión judicial*⁶, así como los *distintos momentos de la actividad probatoria*⁷.

II. EL MODELO DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Como muchas otras decisiones judiciales, el CLD puede reconstruirse como un *silogismo práctico*. Es decir, como un argumento en el que la premisa mayor (PM) se compone por una norma jurídica que asigna una *consecuencia jurídica* (C) a un *supuesto de hecho* (H), mientras que la premisa menor (Pm) la constituye el enunciado resultante de determinar (*calificar* jurídicamente) si los hechos probados en el caso (F) constituyen o no un caso particular del supuesto de hecho de la norma en cuestión (H)⁸:

$$\begin{array}{l} \text{PM: } H \rightarrow C \\ \text{Pm: } F \text{ es un caso de } H \\ \hline F \rightarrow C \end{array}$$

expuestos por las partes. Esto es, con base en “la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado” (art. 261, CNPP).

⁶ Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, 3 ed., Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 67.

⁷ Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

⁸ *Supra* nota 6.

En el caso particular de las detenciones en flagrancia, la *PM* estaría constituida por las normas constitucionales y legales que definen la figura de *flagrancia delictiva*, mientras que la *Pm* consistiría en la *subsunción* o *calificación* de los hechos probados del caso dentro de tal definición (es decir, el razonamiento relativo a si tales hechos constituyen o no un caso particular de flagrancia). De manera que, siguiendo el esquema antes propuesto, la fórmula quedaría más o menos del siguiente modo:

PM: Según el artículo X, existe flagrancia si Y

Pm: En el caso concreto se actualiza Y

Por tanto, la detención ocurrió en flagrancia

Como es claro, la verdad o corrección de la conclusión en cada caso particular dependerá de que las premisas del silogismo sean igualmente correctas o verdaderas (y muy en particular, de que la aseveración de que en el caso se dan las condiciones para estimar que los hechos concretos son efectivamente *subsumibles* en el supuesto de hecho de la flagrancia delictiva es cierta o verdadera).

Ahora, como es sabido, la *calificación jurídica* de los hechos en un caso concreto no supone única y exclusivamente problemas jurídicos o normativos (es decir, de derecho), sino también fácticos o probatorios (es decir, de hecho). Ello es así, ya que para poder calificar jurídicamente un hecho es necesario determinar previamente si éste se encuentra debidamente probado o acreditado.

Con todo, dado que no todos los hechos del mundo son relevantes para las decisiones judiciales —puesto que solo son aquellos que pueden ser *subsumidos* en una norma o regla— antes de abordar la cuestión de hecho (o lo que suele llamarse la *quaestio facti*), es preciso esclarecer previamente en qué consiste la premisa normativa (es decir, la *questio iuris*) de la decisión judicial bajo análisis. En ese sentido, a continuación nos ocuparemos de analizar el contenido de la *norma jurídica relevante* para el control de las detenciones en flagrancia y, en particular, su *supuesto de hecho*⁹.

III. LA PREMISA NORMATIVA DEL CLD EN CASOS DE FLAGRANCIA

Definir el supuesto de hecho de la flagrancia delictiva parece una labor relativamente sencilla. El artículo 16, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) dispone lo siguiente:

⁹ Como señala Diego Dei Vecchi, “la norma establecida como premisa mayor de la decisión determina el enunciado fáctico cuya justificación (como verdadero) ha de llevarse a cabo”. *La decisión de encarcelar preventivamente y otros peligros procesales: Una aproximación a la prisión preventiva desde la óptica de la justificación de decisiones judiciales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, p. 125.

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad civil más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público [...]

Como se puede observar, la CPEUM parece ser en principio bastante clara: cualquier persona puede detener a otra sin necesidad de orden judicial a) en el momento de estar cometiendo un delito, o bien, b) inmediatamente después. El artículo 146 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) replica estos mismos supuestos, con la precisión de que esta segunda hipótesis (flagrancia inmediatamente después) puede actualizarse también en dos escenarios: a) cuando la persona es sorprendida en el momento estar cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o bien, b) cuando se práctica la detención por señalamiento de un tercero. Veamos:

Artículo 146. Supuestos de flagrancia. Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:

I. La persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito, o

II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que:

a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o

b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

Para los efectos de la fracción II, inciso b), de este precepto, se considera que la persona ha sido detenida en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización.

De este modo —para utilizar una expresión coloquial— podemos decir entonces que existe flagrancia cuando se agarra al presunto responsable “con las manos en la masa” o “inmediatamente después”, ya sea por que la persona es perseguida material e ininterrumpidamente después de haber cometido el delito, o bien, porque es *señalada* por la víctima o algún testigo y existen indicios que permiten suponer que intervino en su comisión.

Con todo, las cosas se tornan un poco más complejas si nos preguntamos qué debe entenderse por “delito” para efectos del CLD y, por tanto, qué debe acreditar la autoridad o persona que realizó la detención ante el JdC para justificar la legalidad de su actuación¹⁰. ¿Acaso deben probarse todos y cada uno de los elementos del

¹⁰ Otro problema interpretativo es el relativo a la *temporalidad* que debe mediar entre el delito y la detención; o qué se entiende por inmediatamente después. Aunque la SCJN no ha establecido una temporalidad, sí ha señalado que para que exista flagrancia es necesario que la persona sea perse-

delito a que se refiere la legislación penal? ¿Qué sucede si con posterioridad a la detención se descubre, por ejemplo, que el agente aprehensor percibió o interpretó incorrectamente los hechos, al demostrarse —por ejemplo— que la persona detenida en realidad actuó en legítima defensa, o bien, que no era imputable? ¿Debe declararse la ilegalidad de la detención en tales casos?

Para responder estas interrogantes debemos comenzar por dilucidar, en primer lugar, qué significa la expresión “delito” para efectos de la flagrancia delictiva.

Como se sabe, la teoría general del delito contemporánea define el “delito” como un *injusto culpable* y, más precisamente, como una *conducta típica, antijurídica y culpable*¹¹. Tal definición no solo encuentra apoyo dogmático, sino que cuenta incluso con sustento normativo en la mayoría de los Códigos Penales vigentes. Incluso el CNPP parece asumir esta definición, pues en sus artículos 405 y 406 claramente establece que el juzgador deberá explicar en toda sentencia condenatoria “por qué el sentenciado no está favorecido por ninguna de las causas de la atipicidad, justificación o inculpabilidad”.

Si se asume tal definición de “delito”, es claro entonces que no cualquier conducta (acción u omisión) tipificada en la ley penal (por ejemplo, “privar de la vida a otro”) constituye un delito en estricto sentido (al menos no para efectos de la imposición de una pena). Conforme a esta concepción, la *tipicidad* de la conducta únicamente constituiría un indicio o presunción de la *antijuricidad* o *culpabilidad*, pero no sería suficiente por sí misma para afirmar la existencia de un delito¹², pues siempre puede suceder que la conducta se encuentre amparada por una *causa de justificación* (por ejemplo, legítima defensa o estado de necesidad justificante) o de *inculpabilidad* (por ejemplo, error de prohibición o estado de necesidad exculpante).

En ese sentido, la pregunta que ahora podría surgir para efectos de nuestro análisis es la siguiente: ¿el hecho de que tanto la CPEUM y el CNPP señalen que existe flagrancia delictiva cuando la persona es detenida en el momento de estar cometiendo un *delito* o inmediatamente después, significa entonces que el agente debe haber corroborado todos y cada uno de los elementos del delito *stricto sensu*? Dicho de otro modo: ¿debe el agente aprehensor demostrar la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta para que la detención de una persona pueda ser calificada de legal?

guida material e ininterrumpidamente después de haber cometido el delito, para lo cual es posible recurrir incluso a mecanismos de videovigilancia o GPS. Véase por ejemplo la tesis 1a. XV/2022 (11a.) de rubro “DETENCIÓN EN FLAGRANCIA. REQUISITOS PARA QUE SE ACTUALICE CUANDO LA POLICÍA ADVIERTE HECHOS DELICTIVOS POR MEDIO DE CÁMARAS DE VIGILANCIA DE UN CENTRO DE MONITOREO DE SEGURIDAD PÚBLICA”.

¹¹ Véase por todos Silva Sánchez, Jesús-María, *Derecho Penal: Parte General*, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, capítulo 8.

¹² Roxin, Claus, *Derecho Penal: Parte General, Tomo I*, Madrid, Civitas, 1997, p. 194-195.

Como se podrá intuir, existen buenas razones para sostener que no es así. En primer lugar, debe tenerse presente que —como insistentemente ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)— la flagrancia delictiva únicamente autoriza al agente aprehensor a detener a una persona, pero no a investigar. Por disposición expresa de la CPEUM, quien detiene a una persona en flagrancia debe trasladarla *sin dilación* a la autoridad más cerca y ésta a su vez ante el Ministerio Público con la misma prontitud. Por ello, la Suprema Corte ha señalado que, a fin de cumplir con este derecho fundamental, la autoridad debe llevar de inmediato a la persona detenida ante la autoridad competente para definir su situación jurídica, lo que no se cumple si la persona permanece retenida sin que existan motivos razonables que lo justifiquen. En el entendido, además, de que tales motivos razonables:

[...] únicamente pueden tener como origen impedimentos fácticos reales, comprobables y lícitos. Además, estos motivos deben ser compatibles con las facultades estrictamente concedidas a las autoridades. Lo anterior implica que los agentes de policía no pueden retener a una persona por más tiempo del estrictamente necesario para trasladarla ante el Ministerio Público, a fin de ponerlo a disposición, donde deben desarrollarse las diligencias de investigación pertinentes e inmediatas, que permitan definir su situación jurídica -de la cual depende su restricción temporal de la libertad personal-. *La policía no puede simplemente retener a un individuo con la finalidad de obtener su confesión o información relacionada con la investigación que realiza, para inculparlo a él o a otras personas.* Este mandato es la mayor garantía de los individuos en contra de aquellas acciones de la policía que se encuentran fuera de los cauces legales y que están destinadas a presionar o a influir en el detenido, en un contexto que le resulta totalmente adverso¹³. (Énfasis añadido).

En segundo lugar, no debe perderse de vista que la percepción humana de los hechos nunca es infalible. En efecto, no es infrecuente que al percibir un *hecho bruto* los seres humanos incurramos en errores de percepción o interpretación, de modo que los hechos que *creemos* haber percibido en realidad no hayan ocurrido o sean falsos (es decir, no se correspondan con lo que realmente ocurrió)¹⁴.

Como ha destacado la doctrina, los *problemas de percepción* se presentan cuando los órganos sensoriales de la persona son deficientes o porque existen dudas de si lo que percibió fue en realidad una ilusión o una alucinación; en tanto que los *proble-*

¹³ Tesis 1a. CLXXV/2013 (10a.) de rubro DERECHO FUNDAMENTAL DEL DETENIDO A SER PUESTO A DISPOSICIÓN INMEDIATA ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO. ELEMENTOS QUE DEBEN SER TOMADOS EN CUENTA POR EL JUZGADOR A FIN DE DETERMINAR UNA DILACIÓN INDEBIDA EN LA PUESTA A DISPOSICIÓN.

¹⁴ De acuerdo con Daniel González Lagier “[p]odemos llamar *hecho bruto* al hecho entendido como un puro acontecimiento empírico, realmente ocurrido, independiente de toda observación, esto es, desnudo de subjetividades e interpretaciones; *hecho percibido* al conjunto de datos o impresiones que el hecho bruto causa en nuestros sentidos y transmite a nuestro cerebro; y *hecho interpretado* a la descripción o interpretación que hacemos de tales datos sensoriales”. Ferrer Beltrán, Jordi, (coord.), *Manual de Razonamiento Probatorio*, México, SCJN, 2022, p. 9.

mas de interpretación se presentan cuando tenemos duda de si la persona atribuyó un *significado* correcto a los hechos percibidos (por ejemplo, cuando interpreta que un bañista estaba saludando, cuando en realidad estaba pidiendo ayuda). Es por ello que, como ha destacado González Lagier:

Un juez no sólo debe asegurarse de que las percepciones de los testigos —o, en general, las recogidas en los medios de prueba— sean correctas, sino que también debe controlar sus interpretaciones, o bien elaborar su propia interpretación a partir de la información de los testigos, si quiere conocer lo que realmente ocurrió, si quiere comprender la situación¹⁵.

Pues bien, desde nuestra perspectiva, todas estas circunstancias obligan a asumir una definición de *delito flagrante* distinta o más restringida que la de delito en *sentido estricto*. Y es que si, como se dijo, quien practica una detención en flagrancia debe limitarse a poner de inmediato a la persona detenida en flagrancia ante la autoridad competente, sin poder realizar en ese momento mayores actos de investigación, no parece entonces razonable exigir que para justificar la legalidad de su actuación deba comprobar que la persona detenida cometió un delito en estricto sentido y, en consecuencia, acreditar todos elementos (es decir, que se trata de una conducta plenamente típica, antijurídica y culpable).

Esto resulta más evidente si se toma en consideración que tanto la CPEUM y el CNPP autorizan a detener en flagrancia por *señalamiento*. Como se dijo, nuestra legislación permite que una persona detenga a otra, aunque no hubiere percibido *directamente* el hecho presuntamente delictivo, siempre que hubiere tenido conocimiento de éste inmediatamente después de su comisión, por señalamiento de la víctima o testigos presenciales del hecho. Por tanto, si exigiéramos la comprobación previa de todos y cada uno de los elementos del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), quienes realizan una detención en flagrancia por señalamiento encontrarían serias dificultades para justificar la legalidad de su actuación ante un JdC, al haber conocido del hecho mediante simple *referencia* o “de oídas”.

Pues bien, una interpretación más razonable del concepto de “delito” para efectos de las detenciones en flagrancia consiste en considerar que basta con que el agente haya percibido o tenido conocimiento de un hecho *prima facie* delictivo; esto es, que el hecho o conducta percibida por la persona aprehensora cumpla —al menos— con lo que en la doctrina penal se conoce como la *tipicidad objetiva* de la conducta, sin que sea necesario constatar todos los elementos subjetivos del tipo, la antijuridicidad o la culpabilidad.

Una interpretación similar ha sostenido Guillermo Oliver Calderón al analizar la legalidad de las detenciones en Chile en los siguientes términos:

¹⁵ *Ibidem*, p. 19.

[L]a revisión de la normativa sobre la detención en flagrancia delictiva sugiere que cuando ella utiliza el vocablo “delito”, en general, lo hace para aludir a un hecho que es típico. En otras palabras, de dicha regulación parece desprenderse que para detener a alguien por delito flagrante basta la constatación de la tipicidad del hecho ejecutado por esa persona, sin que sea necesario que, además, se compruebe, en el acto de la detención, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad del comportamiento [...] Téngase presente, en apoyo de la misma idea, que la policía tiene un deber (general) de detener a quien sorprenda en delito flagrante y que ésta tiene que evaluar en el mismo momento de constatación del hecho su carácter delictivo. Así las cosas, no sería razonable exigirle la comprobación, en ese instante, de elementos del delito adicionales a la tipicidad, varios de los cuales podrían permanecer en la incertidumbre, incluso, hasta la sentencia definitiva. Por lo demás, una indagación destinada a establecer esos otros elementos del delito es contraria a la idea de flagrancia¹⁶.

En nuestra opinión, tal forma de interpretar el concepto de delito flagrante no sólo resulta más compatible con nuestras intuiciones de cómo *de hecho* funciona la figura de flagrancia, sino que también es más acorde a la operatividad del sistema de justicia penal acusatorio.

En efecto, si asumiéramos que el agente aprehensor debe demostrar en el CLD plenamente la existencia de un delito en sentido estricto, de poco o nada serviría el proceso penal. En todos (o en casi todos) los casos, la legalidad de la detención necesariamente anticiparía un fallo condenatorio. Sin embargo, esto claramente no es (ni puede ser) así. El hecho de que una persona sea detenida en flagrancia no implica que deba ser declarada penalmente responsable, pues todavía puede demostrar en el proceso que el hecho en realidad no existió, que la conducta está amparada por una causa de justificación o simplemente que el hecho en cuestión no está probado más allá de toda duda razonable.

Ahora bien, al igual que Oliver Calderón, consideremos que lo antes dicho no debe tomarse como una regla absoluta e indefectible. Es posible que en algunos casos quien perciba el hecho típico pueda concluir con toda seguridad que el mismo no es antijurídico o culpable. En tales casos, al ser evidente desde el momento mismo de su realización que el hecho no es constitutivo de delito, no sería procedente la detención y, por ende, no podría calificarse de legal. Esto es así, entre otras razones, pues —como también señala Calderón—:

De lo contrario, habría que aceptar la absurda conclusión de que un funcionario policial tendría que detener por flagrante delito de secuestro o detención ilegal a otro agente a policial a quien sorprenda deteniendo a un carterista en el momento en que éste asalta a su víctima¹⁷.

¹⁶ Oliver Calderón, Guillermo, “Evolución (o involución) de la audiencia de control de detención y algunos problemas interpretativos”, en Hoyl, M. (ed.), *La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.

¹⁷ *Ídem*.

Lo mismo puede decirse en los casos en los que la actualización de una causa de inculpabilidad en el caso es clara y evidente. Piénsese, para el caso, en el supuesto de que la conducta tipifica sea realizada por un niño o niña de cinco años. En tal hipótesis es evidente que la simple constatación de la tipicidad de la conducta de ninguna manera justificaría la legalidad de la detención: al existir una causa de inculpabilidad clara y obvia, la detención no sería procedente y, por tanto, no cabría calificarla de legal.

De hecho, la SCJN ya ha sostenido que la autoridad sólo está facultada para detener en flagrancia a personas que pueden ser sujetas al sistema de justicia penal, esto es, personas adolescentes (mayores de doce años) y adultas (mayores de dieciocho años). En cambio, tratándose de personas menores de doce años, la SCJN ha sostenido que:

[A]l no poderseles asignar responsabilidad penal por tales conductas según el propio texto constitucional, sería una incongruencia que se permitiera su detención en flagrancia y retención de manera provisional y su presentación ante el Ministerio Público cuando no son sujetos de ese sistema de justicia penal [acción de inconstitucionalidad 8/2015, párrafo 80].

En suma —al igual que Calderón— consideramos que, *por regla general*, para practicar una detención en flagrancia delictiva y declarar la legalidad de dicha detención, basta con comprobar la *tipicidad objetiva* de la conducta, aun y cuando existan dudas sobre su antijuricidad o culpabilidad. Sin embargo, si se demuestra que era *obvio* para el agente —desde el momento de la constatación del hecho típico— que en el caso concurría una causa de justificación o de inculpabilidad, entonces la detención no procederá y deberá declararse ilegal. En los demás casos (es decir, cuando tal circunstancia no sea obvia), la ausencia de antijuricidad o culpabilidad debería debatirse ante el Ministerio Público (MP), el JdC e, incluso, ante el tribunal de enjuiciamiento (TE).

Pues bien, lo dicho hasta ahora permite derivar tres conclusiones adicionales:

1. Primero, no deben confundirse los *enunciados probatorios* que se refieren al *delito flagrante*, con los que se refieren al delito *stricto sensu*. Como se ha venido argumentando, se trata en realidad de *hechos distintos* que pueden ser acreditados de forma igualmente *diferente* e, incluso, con estándares de prueba (EP) distintos. Mientras que el delito *stricto sensu* puede ser acreditado con independencia de lo que la persona aprehensora efectivamente haya percibido (por ejemplo, a través de prueba indirecta o circunstancial), el *delito flagrante* debe ser evaluado *siempre* a partir de lo que éste percibió. Así, si tuviéramos que distinguir o comparar el hecho a probar en las principales etapas del proceso penal atendiendo a su descripción normativa, podríamos expresarlo de la siguiente forma:

Problemas normativos y probatorios del control de la legalidad de las detenciones en flagrancia...

	CDL (art. 16 CPEUM y 146 CNPP)	Auto de vinculación a proceso (Art. 19 CPEUM y 316 CNPP)	Sentencia condenatoria (art. 20 CPEUM y 402 CNPP)
Hecho a probar	Que la persona que practicó la detención presencié un hecho objetivamente típico, o que tuvo conocimiento del mismo derivado del señalamiento realizado por un tercero, en el momento inmediato anterior a su comisión.	Que existen indicios razonables que demuestran que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.	Que la persona ha cometido una conducta típica, antijurídica y culpable, más allá de toda duda razonable.

2. Segundo, la existencia de flagrancia delictiva debe analizarse siempre *desde la perspectiva del agente aprehensor*, es decir, a partir de los hechos o datos que éste efectivamente percibió. Tal conclusión ya ha sido sostenida por la SCJN. En el amparo directo en revisión 3623/2014, por ejemplo, la Primera Sala de la SCJN sostuvo que debe distinguirse claramente entre el *concepto de delito flagrante* y la *evidencia* que debe existir previamente a que se lleve a cabo una detención en flagrancia¹⁸. Para la Primera Sala:

[L]a función de los jueces no consiste exclusivamente en verificar si la persona detenida efectivamente se encontraba en flagrancia. El escrutinio judicial también debe comprender el análisis de la evidencia que se tenía antes de realizar la detención. Así, la constitucionalidad de una detención en flagrancia no depende exclusivamente de que la persona detenida efectivamente se haya encontrado en flagrancia. También debe examinarse la manera en la que se “descubre” o “conoce” la comisión de un delito flagrante. De esta manera, si no existe evidencia que justifiquen la creencia de que al momento de la detención se estaba cometiendo o se acababa de cometer un delito flagrante, debe decretarse la ilegalidad de la detención.

De acuerdo con la SCJN, esta aproximación al problema impide que “en retrospectiva” se puedan calificar como legales detenciones que tuvieron origen en registros ilegales de personas o domicilios que, una vez realizados, proporcionan la evidencia de la flagrancia. En todo caso, para que la autoridad pueda justificar una detención con base en un registro previo es indispensable que se justifique también la legalidad del registro en cuestión, ya sea mediante orden de autoridad competente o la actualización de los denominados “controles preventivos”¹⁹.

¹⁸ Cfr. SCJN, Amparo directo en revisión 3623/2014.

¹⁹ En nuestra opinión, tal distinción entre concepto y evidencia de flagrancia es también una consecuencia lógica y necesaria de asumir que el hecho a probar en el CLD no es la acreditación del

3. Tercero, resulta perfectamente válido calificar una detención en flagrancia de *legal*, aunque posteriormente se demuestre que el delito en sentido estricto en realidad no existió. Esto puede suceder porque durante el proceso se demuestre que el agente percibió o interpretó mal los hechos; porque no exista prueba de cargo suficiente que corrobore el delito, o bien, porque se demuestre que la conducta no es antijurídica o culpable. Sin que tales circunstancias deban llevar a considerar, necesariamente o en automático, que la detención fue ilegal.

IV. LA PREMISA FÁCTICA DEL CLD EN CASOS DE FLAGRANCIA

Una vez precisado el *supuesto de hecho* de la flagrancia delictiva, corresponde ahora analizar la premisa menor del CLD, es decir: la fijación de los hechos relevantes de la decisión judicial. Para ello, es necesario comenzar por determinar si la CPEUM o el CNPP establecen reglas que condicionen normativamente la forma en la que deba tenerse por probado el hecho relevante de la flagrancia ante el juez o jueza de control durante el CLD.

Al respecto, una primera aproximación podría llevar a pensar que nuestro sistema jurídico no prevé reglas de esa naturaleza. El artículo 16 de la CPEUM simplemente señala que en casos de flagrancia “el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”. Por su parte, el artículo 308 del CNPP se limita a señalar que, cuando el imputado hubiere sido detenido en flagrancia, el juez citará inmediatamente a una audiencia inicial en la que, como primera cuestión, *calificará* la legalidad de la detención. Para lo cual, señala, el MP deberá “justificar las razones” de la misma. Sin embargo, ni en la CPEUM ni en el CNPP se prevé una fase de admisión o desahogo de pruebas como tal.

Con todo, tal circunstancia no significa que el juez o jueza control pueda tener por acreditado el hecho a probar en el CLD al margen de cualquier *actividad probatoria*.

En primer lugar, el artículo 308 prevé expresamente que el juez de control debe informar al imputado que tiene derecho a “ofrecer datos de prueba” así como “acceder a los registros”. Disposición a partir de la cual es posible deducir que la defensa tiene derecho a *cuestionar* los datos ofrecidos por el MP, ya sea por la fiabilidad de su contenido, su coherencia con otros datos, o bien, por la interpretación e inferencias que de ellos pretenda extraer el órgano acusador.

delito en estricto sentido, sino determinar si la persona que practicó la detención realmente tuvo conocimiento de un hecho típico antes de la misma. Todo lo cual, como es evidente, sólo podría ser acreditado a partir de los elementos que el agente aprehensor efectivamente percibió.

En segundo lugar, el hecho de que el juez de control deba tomar la decisión con base en *datos de prueba* y no medios de prueba propiamente dichos, no le exige de valorarlos racionalmente antes de extraer inferencias de éstos. Si bien es cierto que un dato de prueba no es más que la *referencia* al contenido de un medio de prueba aun no desahogado en sede judicial²⁰, ello no implica que no puedan o no deban ser valorados o ponderados por el órgano jurisdiccional a fin de determinar si en un caso concreto existió o no flagrancia. Al final del día, un dato de prueba no es más que información o evidencia de menor calidad epistemológica (muy similar a la prueba de referencia o *hearsay*), que no está exenta de ser ponderada por el juzgador a la hora de tomar una decisión con base en ella.

Como han puesto de relieve Carmen Vázquez y Mercedes Fernández:

[E]l legislador mexicano distingue entre datos de prueba, medios de prueba y pruebas propiamente dichas; más allá de lo confuso que resultan estas distinciones en el mismo CNPP, parecería que la diferencia relevante es que se trata de información que es sometida a controles distintos en diferentes etapas, pero a final de cuentas, es información que sustenta una u otra decisión. Si asumimos que “prueba” es toda información relevante para la toma de una decisión, entonces, con independencia de las formalidades del código, estaríamos ante una prueba o conjunto de pruebas que deberían analizarse para validar un acuerdo²¹.

En ese orden de ideas, dado que la premisa menor del CLD también supone cierta actividad probatoria (aunque mínima), conviene ahora examinar entonces cómo inciden en dicha decisión algunos aspectos básicos de la teoría de la prueba (como son el criterio de *idoneidad* o *relevancia*, el principio de *libre valoración* y la noción de *estándar de prueba*). Para ello, resulta de suma utilidad acudir a la clásica distinción formulada por Jordi Ferrer Beltrán sobre los *diferentes momentos de la actividad probatoria* en cualquier proceso jurisdiccional, a saber: la formación del conjunto probatorio, la valoración de las pruebas y la decisión sobre el hecho a probar.

a. La formación del conjunto probatorio

Ni la CPEUM ni el CNPP establecen reglas de admisión o exclusión expresa de datos de prueba, por lo que en principio todos son *admisibles*. Con todo, ciertos criterios de admisibilidad, como el de *relevancia*, *idoneidad* o *pertinencia*, pueden ser muy útiles para la ordenación del debate y la toma de la decisión por parte del JdC.

²⁰ El artículo 261 del CNPP señala que “[un] dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado”.

²¹ Ferrer, *op. cit.*, nota 13, p. 150-151.

Como se sabe, un elemento de juicio es *idóneo* o *relevante* para la decisión judicial si —y solo si— permite fundar, directa o indirectamente, la verdad del enunciado fáctico a probar. En otras palabras, un medio de prueba es idóneo o relevante si permite hacer *más o menos probable* el hecho en cuestión²².

En ese sentido, aun y cuando no existe formalmente en el CNPP una fase de exclusión de datos de prueba para efectos del CLD, el criterio de relevancia puede resultar sumamente útil, entre otras cosas, para *ordenar* el debate entre las partes a fin de que éstas centren sus argumentos y datos de prueba en torno a hechos verdaderamente relevantes para el CLD. Dicho criterio puede ayudar además al JdC a *discriminar* rápidamente aquella información que no está encaminada a acreditar la flagrancia como tal, sino otro tipo de hechos irrelevantes para la decisión (por ejemplo, los que se refieren al delito en sí y no a lo que efectivamente percibió el agente).

b. La valoración de los datos de prueba

Como es sabido, tanto la CPEUM (artículo 20, apartado A, fracción III) como el CNPP (artículo 259) consagran el sistema de *valoración libre* de la prueba. Esto quiere decir que los jueces deben valorar las pruebas sin mayores limitantes o reglas que las que se desprenden de la lógica y de la experiencia. Dicho principio o regla de valoración resulta igualmente aplicable a los *datos de prueba*, pues —como se refirió líneas arriba— si bien se trata de evidencia de menor calidad, ello no exime al JdC de *valorarlos* antes de tomar la decisión sobre el hecho a probar.

Ahora bien, cuando se habla específicamente de la *valoración racional* de datos de prueba para efectos específicamente del CLD, conviene tener presente al menos lo siguiente.

En primer lugar, que si bien es cierto que el dato de prueba relevante en estos casos suele ser el testimonio o entrevista de los agentes aprehensores, no siempre es el único. No es infrecuente que existan desde ese momento otros registros de investigación, como videgrabaciones u otros testigos, que corroboren o controviertan la versión de los agentes, los cuales deben ser igualmente valorados por el juez, a fin de determinar si en el caso se satisface el estándar de prueba requerido para ello (lo que se aborda más adelante).

En segundo lugar, que no debe confundirse la *sinceridad* con la *exactitud* del testimonio²³. Un testimonio puede ser sincero (en la medida que se corresponda con lo que el testigo de hecho *crea* recordar) y, sin embargo, ser falso o inexacto (es decir, que la declaración no se corresponda con la realidad), por errores de percepción, de

²² Véase por todos, Ferrer, *op. cit.*, nota 7, p. 42.

²³ Sobre esta cuestión, véase De Paula Ramos, Vitor, *La prueba testifical: Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

memoria o de interpretación de los hechos. Esta distinción es especialmente relevante para el CLD ya que —como se ha venido diciendo— lo que interesa en esta fase no es evaluar si, de hecho, se cometió un delito en estricto sentido, sino si el agente percibió un hecho típico o aparentemente delictivo desde una perspectiva meramente externa.

Todo lo anterior implica que una detención en flagrancia sólo debería calificarse de *ilegal* si en el momento de los hechos no existían razones objetivas para creer que efectivamente la persona detenida estaba cometido un delito, o bien, si se acredita que el agente deliberadamente mintió sobre lo que dice haber percibido. En cambio, si se albergan dudas de que el agente pudo haber incurrido en errores de percepción o de interpretación, ello debería ser materia de examen de las fases siguientes (vinculación o sentencia).

c. La decisión sobre el hecho a probar: el EdP del CLD

Una vez valorados los datos de prueba, lo siguiente que debe determinarse es si los mismos resultan *suficientes* para acreditar el hecho a probar. Para ello es importante determinar previamente el grado de corroboración que se requiere para decidir si el hecho está probado, esto es: el EdP²⁴.

Como ha señalado Jordi Ferrer Beltrán, los EdP tienen, entre otras, la función de *distribuir el riesgo de error* entre las partes involucradas en la decisión judicial. Es decir, ayudan a determinar cuál de las partes debe asumir el riesgo de error de la decisión, al no satisfacerse el umbral de suficiencia probatoria exigido por la ley.

No hay que olvidar que un hecho puede tenerse o no por probado con el mismo acervo probatorio, dependiendo lo exigente que sea o no el EdP que apliquemos. Es precisamente esto lo que permite que un hecho pueda tenerse por probado en la vía civil, a partir de las mismas pruebas, aunque no lo hubiere sido en la vía penal²⁵. En ese sentido, en el derecho comparado suele distinguirse el nivel de exigencia probatoria (EdP) para las diferentes decisiones judiciales mediante formulaciones del tipo: *preponderance of evidence*, *clear and convincing evidence* y *beyond any reasonable doubt*²⁶.

²⁴ Como señala Ferrer, si la verdad de un enunciado probatorio sólo puede afirmarse con cierto *grado de probabilidad* y nunca con certeza, entonces los EdP son absolutamente necesarios para determinar si una decisión sobre los hechos está o no (legalmente) justificada. Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

²⁵ Situación que ya ha sido reconocida por la SCJN. Véase por ejemplo la jurisprudencia 1a./J. 137/2024 (11a.) de rubro COSA JUZGADA MATERIAL O REFLEJA. NO SE ACTUALIZA EN UN JUICIO DE PÉRDIDA DE PATRIA POTESTAD CUANDO PREVIAMENTE SE DICTÓ SENTENCIA ABSOLUTORIA EN UN PROCESO PENAL DERIVADO DE LOS MISMOS HECHOS.

²⁶ Véase por todos, Taruffo, Michelle, *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado 2005, XXXVIII (114).

Como también refiere Ferrer, la decisión de cuál debe ser el EdP exigible para tener por acreditados determinados hechos constituye en realidad una decisión *político-valorativa* más que *epistémica*, pues depende de qué tipo de riesgos nos parezcan valorativamente más graves. Es por ello que lo ideal es que sea el legislador democrático quien los fije en la propia ley. Sin embargo, dado que ello no siempre así, son los jueces quienes generalmente terminan por establecerlo en cada caso concreto o través de jurisprudencia.

En el caso mexicano, por ejemplo, el CNPP establece expresamente que “[s]ólo se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable”. Aunque podría calificarse de un estándar *vago*²⁷ (pues no establece con claridad qué debe entenderse por duda razonable), puede convenirse en que el nivel de exigencia o de suficiencia probatoria exigido por el legislador para emitir un fallo condenatorio es relativamente *alto*. En cambio, ni la CPEUM ni el CNPP nos dice cuál es el EdP que debe satisfacerse para el resto de decisiones judiciales que tienen lugar en el proceso penal, lo que ha llevado a los tribunales a tener que definirlos vía jurisprudencial²⁸.

Tal es el caso del CLD: ni la CPEUM ni el CNPP precisan cuál es el EdP que se requiere para tener por probado el hecho o premisa menor de la decisión judicial. Por tanto, mientras el legislador no lo establezca, corresponderá a los tribunales determinarlo. Sin embargo esto detona naturalmente dos preguntas. Primero, ¿qué elementos deberían considerarse para fijar el EdP? Y, segundo, ¿cuál es o debe ser el EdP adecuado para tener por acreditado el hecho a probar en estos casos?

Al analizar esta cuestión, Jordi Ferrer ha identificado ha identificado una serie de criterios que pueden servir para determinar cuál debería ser nivel de exigencia del EdP²⁹ para cada decisión judicial, dependiendo de diferentes factores. De ellos, nos resultan particularmente relevantes para el CLD los siguientes: a) la gravedad de falsos positivos; b) el costo de falsos negativos; y c) la etapa procesal en que debe adoptarse la decisión. Veamos.

- En el caso del CLD, los costes por error por *falso positivo* (es decir, calificar de *legal* una detención que no lo es) no parecen ser muy altos o graves. Ello únicamente implica que el imputado quedará detenido durante la continuación de la audiencia inicial. Sin embargo, todavía existe la posibilidad de que ésta concluya con un auto de no vinculación a proceso, de sobreseimiento o la no imposición de una medida cautelar.

²⁷ Sobre la vaguedad del estándar de prueba de más allá de toda duda razonable, véase entre otros Ferrer, *op. cit.*, nota 23.

²⁸ Véase en ese sentido la tesis con registro digital 2024442 de rubro “ESTÁNDAR DE PRUEBA PARA LA VINCULACIÓN A PROCESO. CONDICIONES PARA CONSIDERAR PROBADA ALGUNA DE LAS HIPÓTESIS FÁCTICAS QUE DERIVEN DEL ACERVO PROBATORIO INCORPORADO POR LAS PARTES EN LA AUDIENCIA RELATIVA”.

²⁹ Supra nota 23.

- En contraste, el costo de *falsos negativos* (esto es, calificar de *ilegal* una detención que en realidad es legal) parece sensible más alto. Como se dijo, ello no sólo implica que deba decretarse la libertad del imputado, sino también la *ilicitud* de todos los datos y medios de prueba obtenidos directa o indirectamente; lo que en muchos casos puede implicar la imposibilidad de perseguir un delito que quizá sí se cometió.
- Si a lo anterior se agrega que se trata de una decisión *muy inicial* que, además, se toma con base en pocos elementos probatorios y de muy baja calidad epistemológica, no parece haber entonces buenas razones para establecer un EdP alto.

En ese sentido, una alternativa razonable es considerar que el EdP necesario para el CLD se ubica entre los EdP 6 y 7 formulados por el propio Jordi Ferrer, esto es: que basta con que la hipótesis sobre los hechos *sea la más probablemente verdadera* (o más probable que la hipótesis contraria) a la luz de todos los datos de prueba señalados en la audiencia respectiva.

Si se asume lo anterior, una detención en flagrancia solo debería calificarse de ilegal desde el punto de vista fáctico o probatorio, si existen datos de prueba que permitan concluir que la hipótesis del órgano acusador es *menos probable* que la hipótesis alternativa propuesta por la defensa (o la que razonablemente se desprenda del acervo propuesto por la propia acusación). En caso contrario, debería tenerse por probada para efectos del CLD la hipótesis de hecho de la acusación, con independencia de que durante el proceso tal hipótesis sea refutada a partir de medios de prueba y EdP distintos.

V. CONCLUSIONES

El CLD puede reconstruirse como un silogismo práctico, en el que la premisa mayor está constituida por las reglas que definen la flagrancia en México, mientras que la premisa menor se refiere a la determinación de si los hechos del caso encuadran o no en esa definición. Visto desde esta perspectiva, el CLD puede presentar problemas tanto de derecho como de hecho. Los primeros giran predominantemente en torno a la definición constitucional y legal de “flagrancia” y qué se requiere normativamente para acreditar que una detención tuvo lugar en el momento o inmediatamente después de cometerse un *delito*. Se trata de problemas predominantemente interpretativos y en su mayoría exigen tomar postura en torno a qué se entiende por *delito flagrante*. Los segundos, en cambio, giran en torno a las condiciones que se requieren satisfacer a fin de poder afirmar que en un determinado caso los hechos relevantes de la flagrancia ocurrieron como lo sostiene el órgano acusador. Como se vio, para ello conviene tener presentes los diferentes momentos de la actividad probatoria, así como los elementos esenciales de la teoría general de la prueba, como son el criterio de relevancia, libre valoración y estándar de prueba.

