



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

T E S I S

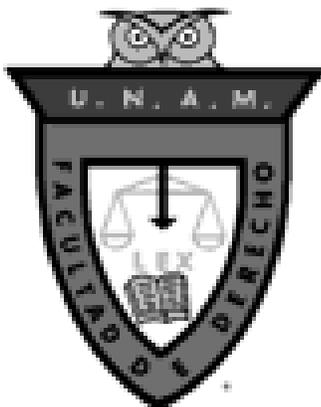
QUE PARA OBTENER EL DIPLOMA DE:
ESPECIALISTA EN DERECHO PENAL

PRESENTA:

ELIZABETH FRANCO CERVANTES.

DIRECTOR DE TESIS:

DR. MIGUEL ÁNGEL AGUILAR LÓPEZ.



MÉXICO, DISTRITO FEDERAL, SEPTIEMBRE 2009.



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.

Con cariño a la mujer que me ha brindado su esfuerzo y de dedicación, pero con más orgullo, a aquel ser humano que me ha guiado en la vida con honestidad, *gracias mamá*, por ser mi amiga y compañera.

A *Sebastián* por ser mi raíz y fuente de inspiración, quien a pesar de ser tan pequeño es el más maravilloso regalo que me ha obsequiado la vida.

Al maestro *Miguel Ángel Aguilar López*, sólo quiero decirle, gracias por sus lecciones de derecho, pero sobretodo, gracias por sus lecciones de vida, por ser un incansable agitador de mentes y ejemplo de nuevas generaciones que requiere este País; sin cuya generosa ayuda jamás hubiese realizado este trabajo

A los jóvenes que forman parte de mil *alma mater*, la Universidad Nacional Autónoma de México, porque constituimos una gran familia.

ABREVIATURAS

art.	artículo
<i>Cfr. / Confere</i>	Confróntese
C.P.D.F.	Código Penal para el Distrito Federal
D.O.F.	Diario Oficial de la Federación
ed.	edición
<i>e.g. / ejepli gratia</i>	por ejemplo
etc.	etcétera.
fasc.	fascículo
fr.	fracción
INACIPE	Instituto Nacional de Ciencias Penales
núm.	número
núms.	números
<i>Op. cit / Opus citatus</i>	obra citada
p.	página
pp.	páginas
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
T.C.C.	Tribunal Colegiado de Circuito
Trad.	traductor
traduc.	traducción
T.	Tomo
<i>v.gr. / Verbigracia</i>	por ejemplo
<i>Vid / Videre</i>	ver
vol.	volumen

INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos a través de sus diversas generaciones son el reflejo de la evolución de las relaciones sociales, de sus valores y axiologías que toman consenso internacional para ser respetados en las Constituciones internas de cada Estado democrático de derecho que conocemos como garantías individuales, sin dejar de soslayar que otros países como España les denominan derechos fundamentales; de esta manera el *ius puniendi* se encuentra limitado y regido por los principios fundamentales de Derecho Penal.

La revolución intelectual generada por la publicación del libro de Beccaria “De los delitos y de las penas”, impacto el pensamiento liberal de su tiempo y el nuestro, modificándose el proceso penal¹. Por su parte la Revolución Francesa culminó el empuje iniciado con anterioridad y enriquecido por los pensadores de la Ilustración; se abandonó la actitud del derecho inquisitivo y pasó a un período de humanización de las penas. Se concibió en consecuencia, principios que tratan de conciliar la finalidad represiva de las normas punitivas con un sistema de garantías jurídico-penales, entre los cuales se encuentran la presunción de inocencia.

A pesar de haberse consagrado como una garantía de la que es titular el inculpado desde tiempos remotos, la presunción de inocencia ha tenido que recorrer un largo camino hasta llegar a obtener un reconocimiento dentro del procedimiento penal y más dolorosa y lenta ha sido su inclusión en las Constituciones de los Estados modernos, como es el caso de México, a pesar de haber suscrito tratados internacionales y han asumido la obligación de observar en sus respectivos procesos internos dicha garantía, mucho antes de su inserción en el texto constitucional.

Por ello el presente trabajo abordará los principales contenidos de dicho principio, así como sus alcances jurisprudenciales en España, donde su Constitución expresamente consigna la presunción de inocencia como derecho fundamental, y por ende la doctrina y la práctica judicial han hecho grandes avances en el estudio de la figura en comento, en relación con la escasa jurisprudencia que tenemos en México. Nuestra investigación metodológica es deductiva e inductiva, histórico-progresiva, sintética y analítica respecto del nacimiento y desarrollo de la presunción de inocencia en sus diferentes roles.

En un primer capítulo, trataremos del origen de la presunción de inocencia, su justificación en el sistema acusatorio, la influencia de la Revolución Francesa, las principales opiniones constituidas en el Derecho

¹ Así señalaba: “Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida... no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados. Vid. **BECCARIA**, César, De los delitos y de las penas, trad. Antonio de las Casas, edición. Facsimilar del príncipe en italiano de 1764, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 246.

Romano y en las Escuelas Penales, la evolución que ha logrado, hasta lograr su inclusión en los textos constitucionales.

El segundo capítulo, versará sobre la importancia de los tratados internacionales, en relación con la jerarquía que guardan respecto a la Constitución Federal, los diversos tratados que México ha signado sobre éste principio universal; la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de la existencia de la misma de manera implícita en nuestra constitución y la confrontación con las tesis, que sobre el delito de enriquecimiento ilícito, se emitieron por el máximo tribunal constitucional y su impacto ante la presunción de inocencia.

La función de la presunción de inocencia como *estatus* procesal del inculpado, en la fase de averiguación previa y durante el proceso penal; las figuras del arraigo y la prisión preventiva, como contrarias a la naturaleza de la misma, su necesaria limitación y regulación específica para armonizarlas, serán abordadas en el tercer capítulo.

El cuarto capítulo comprende la finalidad de la presunción de inocencia como regla en la valoración de la prueba, la naturaleza jurídica de la prueba de cargo, su posición ante la presunción de inocencia, la función del órgano de la acusación, el derecho del inculpado a no autoincriminarse. Finalmente se analizarán los sistemas de valoración de pruebas, la importancia de la prueba indiciaria, su construcción y motivación, así como los alcances para desvirtuar a la presunción de inocencia de que goza todo justiciables, para concluir con su diferenciación específica con el principio *in dubio pro reo*.

CAPÍTULO I

EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La presunción de inocencia como garantía fundamental sobre la cual se erige el proceso penal de corte liberal, alude a que el fundamento del “*ius puniendi*” del Estado de Derecho, descansa en el anhelo de los hombres por tener un sistema equitativo de justicia que proteja los derechos fundamentales del individuo frente a la arbitrariedad y el despotismo de la autoridad que han existido a lo largo de la historia;¹ y, que tomaron una significación jurídica y política a partir de la Revolución Francesa y el pensamiento predominante del movimiento de la *ilustración* del siglo XVIII, momento en que se conceptualizó un Estado con un poder limitado y al Derecho como un instrumento de defensa de los valores primigenios de la sociedad contra violaciones graves a los mismos bajo el imperio de la ley, se evitó así el establecimiento de Estados de corte totalitarios que puedan restringir al máximo los derechos fundamentales del individuo.

La historia está plagada de opiniones que sostienen que la decisión de los juzgadores debe ser absolver al inculpado, cuando no se compruebe plenamente su culpabilidad, tales como el Digesto en el que se contenía: “*Nocetem absolvere satius est quam innocentem damniri*” (Decio), (Es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente) o la opinión de Ulpiano: “*Satius est impunitum relinqui facinus nocentes quam innocentem damniri*” (Es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar a un inocente).²

¹Por ello señala el maestro Carrara, que la finalidad del procedimiento penal se puede encuadrar en esta afirmación: “protejo a este hombre porque es inocente, y como tal lo proclamo mientras no hayaís probado su culpabilidad; y esta culpabilidad debeís probarla en los modos y con las formalidades que yo os prescribo y que vosotros debeís respetar, porque también proceden de dogmas racionales absolutos, **CARRARA**, Francisco, *Opúsculos de Derecho Criminal*, vol. V, trad. Santiago Sentis Melendo, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2000, p. 14 .

²**ROMERO ARIAS**, Esteban, *La presunción de inocencia*, estudio de algunas consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental, Aranzandi, Pamplona, 1985, p. 18.

Así, el pensamiento penal ilustrado que cobija el principio de presunción de inocencia, toma su origen formalmente en el histórico documento de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo artículo 9 declara:

“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

Lo cual enfatiza que el acusado debe ser considerado inocente hasta en tanto una sentencia condenatoria declare una razón diversa, con lo cual se excluye la presunción de culpabilidad durante el desarrollo del proceso, que durante tanto tiempo condenó a hombres inocentes, bajo procedimientos inquisitorios secretos caracterizados por la ausencia absoluta de la garantía de audiencia y del derecho de defensa.

Desde tiempos remotos, la presunción de inocencia fue defendida por diversos autores, entre los que destacan César Beccaria o el máximo exponente de la Escuela Clásica, Francisco Carrara, quien consideró que la sociedad debía tutelar los derechos del acusado, pues si se violaran los mismos en perjuicio del inculpaado, se ocasionaría un mal cierto y positivo, que es la condena de un inocente, compartía la idea de que es mejor dejar impune un delito que condenar a alguien que no ha delinquido; incluso, señalaba que: “Entre todos los males que pueden ocurrir en la administración de justicia, ninguno es comparable al de hacer morir a un inocente; más valdría absolver a mil culpables”.³

Pero no todos compartieron la idea de que la presunción de inocencia se considerara un derecho fundamental del proceso penal, así la Escuela Positiva representada entre otros por Enrico Ferri, la consideró como una fórmula absurda y vacía, al expresar que se había exagerado en la defensa de los derechos del individuo, siendo sólo un aforismo jurídico; ello es así, a virtud de que para el positivismo jurídico existe necesidad y no libertad y el estandarte es precisamente la presunción de culpabilidad.

³CARRARA, Francisco, Programa de Derecho Criminal, parte general, vol. II, reimpresión, trad. José Ortega Torres, Temis, Bogotá, 1986, p. 279.

Manzini expresó contundentemente que la finalidad del proceso penal es la represión y no la tutela de la inocencia, al afirmar que: “es erróneo, por tanto el criterio de que las normas procesales penales estén esencialmente dirigidas a la tutela de la inocencia, más inexacta es aún la opinión de que en procedimiento penal valga (más aún: “milite” como se dice en jerga forense), a favor del imputado una presunción de inocencia, por la que ese mismo imputado deberá ser considerado como inocente mientras no haya mediado la sentencia irrevocable de condena... si se presume la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido, ¿por qué entonces proceder contra él?”.⁴

A pesar de los ataques formulados a lo largo de la historia, la presunción de inocencia se ha elevado a la categoría de derecho público subjetivo en ordenamientos constitucionales, como derecho fundamental de los individuos respecto de los actos de los órganos de impartición de justicia que vulneren ese derecho.

Ello implica que para significar la aplicación del debido proceso legal, es necesaria la observancia de las garantías previstas en las Constituciones e instrumentos internacionales celebrados por los Estados, donde la presunción de inocencia junto con los principios de legitimidad, culpabilidad, principio de acto, de bien jurídico, legalidad, de irretroactividad de la ley, exacta aplicación en materia penal, *litis* cerrada, defensa adecuada y *non bis in idem* o *ne bis in idem*⁵, conforman un sistema de justicia propio de un Estado democrático de derecho y sirven de límites al ejercicio del poder punitivo del Estado.

Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional español al referir:

<<el derecho a ser presumido inocente, que sanciona y consagra el apartado 2º del artículo 24 de la Constitución, además de su obvia proyección como límite de potestad

⁴Revista del Instituto de Ciencia Penales y Criminológicas, Jairo Parra Quijano, vol. XVII, núm. 54/55, Colombia, septiembre 1994- abril 1995, 1997, Universidad Externado de Colombia, “Presunción de inocencia”, p. 21.

⁵El autor Jacobo López Barja de Quiroga, señala que el “*ne*” o el “*non*” es una circunstancia de estilo, así cuando se usa “*ne*” se significa “para que no” o “que no”, en tanto que si se traduce en una simple negación se debe transformar en “*non*” y al castellanizar la frase ya no diríamos “para que no dos veces en lo mismo”, sino “no dos veces en lo mismo”; al respecto véase **CÁRDENAS RIOSECO**, Raúl F., “El principio *non bis in idem*. Nadie puede ser juzgado, castigado o perseguido dos veces por el mismo hecho”, Porrúa, México, 2005, p. 7.

legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes, es un derecho subjetivo público que posee su eficacia en un doble plano. Por una parte, opera en las situaciones extraprocerales y constituye el derecho a recibir la consideración y trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo. Opera, el referido derecho, además y fundamentalmente en el campo procesal, en el cual el derecho, y la norma que lo consagra, determina una presunción, la denominada <presunción de inocencia> con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba>>. ⁶

Es así que este principio fundamental se puede concebir como el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general, que actúan de acuerdo con el ordenamiento legal, mientras que un órgano jurisdiccional no adquiriera la convicción, a través de medios de prueba suficientes, de su participación en el hecho imputado, al determinarse esta situación en una sentencia ejecutoriada, obtenida mediante el respeto de las reglas del debido proceso legal.

⁶ CLIMENT DURAN, Carlos, La prueba penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 715-716.

CAPÍTULO II

EL ESTADO MEXICANO Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

2.1 MÉXICO E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

La fuente por excelencia del Derecho Internacional, está constituida por los tratados internacionales, así el 20 de enero de 1980 tras haber sido ratificada, entró en vigor la llamada “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, estableciéndose como principio de Derecho Internacional la máxima “*pacta sunt servanda*”, cuyo artículo 26 de dicha Convención expresa que: “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”; lo cual resalta la obligación internacional del Estado mexicano de observar los instrumentos internacionales y actuar en su ámbito interno, al imponer la misma consideración a sus órganos Ejecutivo, Legislativo o Judicial, con la finalidad de respetar lo suscrito.

El **artículo 133** de la Constitución Federal, regula que:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión (...).”

Por muchos años se pensó que de acuerdo a la redacción de dicho precepto constitucional, los tratados internacionales y la legislación secundaria se encontraban en el mismo nivel y por debajo de la Constitución Federal; sin embargo, de conformidad con jurisprudencia que a continuación se transcribe y que fue emitida por el máximo tribunal constitucional del país, se interpretó que los tratados se encuentran por encima de las leyes federales y jerárquicamente en un plano inferior que la Constitución:

“TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL... No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades (...).”¹

En este contexto México ha suscrito los siguientes tratados internacionales sobre presunción de inocencia:

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana, del 2 de mayo de 1948, firmada en Bogotá Colombia, cuyo art. XXVI señala:

<<Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se demuestre que es culpable>>.

2. Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, que expresa:

“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”

¹ **Semanario Judicial de la Federación y su gaceta**, Novena Época, T. X, Noviembre de 1999, tesis: P. LXXVII/99, p. 46.

3. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos publicado en el D.O.F. el 20 de mayo de 1981 que establece en su numeral 14.2, inciso 2:

“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

4. Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el D.O.F. el 7 de mayo de 1981, en su artículo 8° señala:

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

Lo cual implicaba la obligación que México tenía de incorporar esos instrumentos internacionales a su Derecho vigente positivo; pero la propuesta de insertar al principio de presunción de inocencia como una garantía constitucional del inculpado, se expuso hasta la ‘Iniciativa de Reforma al Sistema de Seguridad Pública y Justicia Penal’, enviada por el Ejecutivo Federal al Senado de la República el 29 de marzo del dos mil cuatro; en el cual se plantea la supremacía de dicho derecho fundamental, al considerarla como la piedra angular de un modelo de tipo acusatorio y su necesaria inserción dentro del artículo 20 constitucional, apartado “A”, fracción I, para que la presunción de inocencia sea adoptada en las legislaciones federales y locales²; así, el 18 de junio de 2008 se publicó la reforma constitucional penal a fin de incorporar el sistema acusatorio y oral para la delincuencia común y al mismo tiempo un derecho especial (también conocido como Derecho de excepción, Derecho de acotamiento, Derecho de emergencia y Derecho contra el enemigo) para la delincuencia organizada. La propuesta del sistema acusatorio, conforme a la exposición de motivos es el que se respeten los derechos tanto de la víctima y ofendido, como del imputado, estableciéndose de manera explícita el principio de presunción de inocencia para éste; no obstante ello, su inserción de manera expresa en el texto constitucional no es suficiente para garantizar la protección de este

²Revista Mexicana de Justicia, Vicente Fox Quesada, sexta época, número 9, México, 2005, Procuraduría General de la República, “Iniciativa de Reforma al Sistema de Seguridad Pública y Justicia Penal”, pp.13-16.

derecho fundamental, sino que es menester realizar una reforma en nuestra legislación domestica que además de crear un precepto constitucional que de forma expresa contemple la presunción como derecho fundamental, se establezca además en sus ordenamientos secundarios el mecanismo procesal respectivo para hacer efectiva dicha garantía del gobernado que se encuentre sujeto a un procedimiento de carácter penal, pues tal parece que la cultura jurídica mexicana requiere de fundamento legal, para respetar este derecho fundamental; máxime, que el cambio que realmente se requiere es de tipo cultural de quienes forman parte del proceso penal ya sea como fiscales, órganos jurisdiccionales, defensores o autoridades penitenciarias.

2.2 EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA ANTE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El tema relativo a la presunción de inocencia no ha sido muy explorado en la legislación mexicana y por ende la doctrina sobre el particular es escasa, con lo cual se obliga a recurrir a los tratadistas españoles para analizar los alcances de este derecho fundamental. Los ordenamientos punitivos no hacen referencia a la presunción de inocencia como garantía jurídico-penal del inculpado, ello ocasiona una escasa o limitada actividad jurisprudencial por parte de los tribunales e interpretaciones contradictorias de nuestro máximo tribunal constitucional.

Pero más allá de carecer de herramientas legales para darle una fisonomía en nuestra legislación a dicho principio fundamental, en nuestro país, se sostuvo que existía una presunción *iuris tantum* intencionalidad, misma que se presumía de la propia ley, si no existía elemento que la desvirtuara y pusiera de manifiesto alguna causa a favor del inculpado en la comisión del delito de que se trata; por lo tanto se presumía que el inculpado había actuado dolosamente, salvo prueba en contrario, elemento probatorio que debía ser suministrada por el justiciable, ya que de lo contrario se formulaba la llamada “intencionalidad delictuosa” a que hacía referencia el artículo 9° del Código Penal vigente antes de 1984, así existían criterios que definen perfectamente sus alcances:

“INTENCIONALIDAD DELICTUOSA. *En términos del artículo 9o., del Código represivo, en la comisión de cualquier delito existe la presunción juris tantum en contra del acusado, de que obró con dañada intención, quedando a su cargo la demostración de que no concurrió la misma; y el hecho de que un delito tenga la característica de intencional, por haberse rendido probanza en contrario, elimina toda posibilidad de que el acto ilícito tenga el carácter imprudencial, que incumbe, indudablemente, acreditar al acusado.”*³

No obstante que dicho dispositivo quedó derogado de la ley sustantiva penal; la presunción de inocencia no había sido incluida en nuestro orden constitucional y legal federal, es hasta el 15 de agosto del 2002, que un primer eslabón de dicho principio fundamental fue ponderado cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció que el mismo se encuentra implícito en nuestra Constitución Política en su interpretación de manera armónica, a través de la emisión de la siguiente tesis:

“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *De la interpretación armónica y sistemática 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, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del*

³ **Semanario Judicial de la Federación y su gaceta**, Quinta Época, Primera Sala, T. CXII, p. 1489.

acusado"; en el artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado".⁴

A pesar de que se reconoció jurisprudencialmente la existencia de ese derecho fundamental en nuestro sistema legal y posteriormente, se estableció como una de las garantías constitucionales del inculcado en el proceso penal acorde con el artículo 20, Apartado B, fracción I, de la Constitución Federal, que señala que el imputado tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa; en la práctica judicial su aplicación es lejana. Debe ser regla de tratamiento del inculcado durante el proceso penal y su importancia en el ámbito de la valoración de la prueba, como acontece en otros países; máxime que México con anterioridad a dicho criterio jurisprudencial había suscrito tratados internacionales sobre la presunción de inocencia, constituyéndose por ende, de conformidad con el artículo 133 constitucional, en derecho vigente y positivo.

Como quedó anotado, en el pasado, se presumía el dolo; luego los órganos jurisdiccionales presumían la culpabilidad del servidor público, cuando éste era el acusado; con lo cual se traspasaba la delgada línea de la carga de la prueba que debe imperar en el

⁴ **Semanario Judicial de la Federación y su gaceta**, T. XVI, Agosto del 2002, tesis: P. XXXV/2002, p.14.

proceso penal, al revertirla al propio inculpado, por lo que se violaba la presunción de inocencia, aun cuando no se visualizaran sus alcances, v.gr. La siguiente tesis de la Quinta Época, se constituye como un antecedente de lo antes expuesto:

“PECULADO, PRESUNCIÓN DEL DOLO EN EL DELITO DE. Si el individuo a quien se acusa de peculado, no prueba las causas en que funda la desaparición de dinero, es de presumirse la intención dolosa que exige la ley, para la existencia del delito; máxime si la conducta observada por el acusado robustece hasta la evidencia, esa presunción”.⁵

En este contexto, en la tesis de presunción de inocencia que emitió la SCJN, se sostiene que es al Ministerio Público a quien le incumbe probar la culpabilidad del acusado, en consecuencia, éste no está obligado a probar su inocencia, lo cual es coincidente con la naturaleza de la presunción de inocencia; sin embargo, en la misma fecha dictó otra tesis aislada en relación al delito de Enriquecimiento Ilícito que prevé el artículo 224 del Código Penal Federal, en la cual sustentó que no se viola dicho principio fundamental el hecho de que exista una presunción de ilicitud que corresponde desvirtuar al acusado, al confundir la presunción legal con la prueba presuncional propiamente dicha, amén de que deja de tomar en consideración que en el proceso penal queda proscrito obligar al inculpado a efectuar una defensa activa, cierto es que en virtud del principio de contradicción las pruebas de cargo y de descargo deben confrontarse, pero no es posible considerar legítimo establecer un tipo penal que contenga como elemento de su descripción una presunción de ilicitud que obligue al acusado a demostrar que su conducta no es legal, esto constituye a todas luces una inversión de la carga de la prueba; así señaló:

“ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL DE ILICITUD DEL INCREMENTO PATRIMONIAL QUE RECONOCE EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL NO ES ATENTATORIA DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. El artículo 224 del Código Penal Federal al expresar que "Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio", reconoce la

⁵ **Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**, Quinta Época, Primera Sala, T. LXVI, tesis aislada, p. 2598.

existencia de una presunción de ilicitud del enriquecimiento, sustentada en hechos que deben demostrarse plenamente, consistentes en que un servidor público incrementó sustancialmente su patrimonio, de manera desproporcionada a sus ingresos. Esta forma indirecta de probar uno de los elementos del delito no es atentatoria del principio de presunción de inocencia que le asiste al inculpado, por más que lo vincule a demostrar la legítima procedencia de sus bienes para poder desvirtuar la prueba presuntiva que pesa en su contra, ya que es propio del proceso penal que al Ministerio Público le corresponde allegar pruebas incriminatorias y al procesado las de su defensa, entre ellas, las que tiendan a destruir o a desvanecer las aportadas por su contraparte”.⁶

De conformidad con la citada tesis, se reconoce una presunción de ilicitud que pretende validar, al considerar que es el servidor público a quien le corresponde demostrar la legítima procedencia de su patrimonio, pues según la consideración de los señores ministros, el inculpado tiene obligación de imponer su defensa, en contra de las pruebas de cargo; lo anterior traspasa principios universales a que tiene derecho todo inculpado, comenzando por la presunción de inocencia hasta trastocar la garantía de no autoincriminación o *nemo tenetur edere contra se*, puesto que no sólo se tiene derecho a que la carga de la prueba pese sobre el órgano de la acusación, sino que el justiciable puede validamente no declarar en su contra o guardar silencio, si bien es cierto que el principio de contradicción implica la confrontación de las pruebas ofrecidas por la acusación y la defensa, también lo es que éste es un derecho que tiene el inculpado dentro de un proceso penal, pero de ninguna forma es una carga probatoria.

Lo anterior contraría la garantía de no declarar del imputado, a virtud de que, su silencio, en la especie, es lo que justificaría la ilegítima procedencia de su patrimonio. La negativa a declarar no implica reconocer o confesar el hecho motivo de la acusación, sino el ejercicio de la garantía constitucional a no declarar.

Debe cuestionarse, con un método crítico el argumento que sostiene la SCJN respecto de la garantía de no autoincriminación en la siguiente tesis:

⁶ **Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**, T. XVI, Agosto del 2002, tesis XXXVII/2002, p. 13.

“ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL NO VIOLA EL PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, CONSTITUCIONAL. El citado precepto ordinario prevé que "... Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.". Ahora bien, de la redacción del precepto en cuestión no se desprende que se viole el principio de no autoincriminación, previsto como garantía individual en el artículo 20, apartado A, fracción II, de la Constitución Federal, en tanto que si bien es cierto que aquel precepto remite a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos para el acreditamiento de la licitud de la actuación del imputado, ello no significa en modo alguno que se obligue al servidor público a declarar en su contra en la fase administrativa, pues lo único que establece es que se le requiera para que justifique la licitud de sus haberes, otorgando al servidor público la posibilidad material y plena de su defensa, para que pueda desvirtuar los elementos de prueba que recaen en su contra, lo cual se traduce en la garantía de audiencia que se le otorga, sin que ello implique que deba autoincriminarse, en tanto que puede incluso abstenerse de declarar, o de hacerlo en los términos que estime pertinentes, aun cuando con ello se faltare a la verdad, máxime que en acatamiento a las reglas que rigen el procedimiento penal, el Ministerio Público en todo caso y por mandato de los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deberá acreditar con apoyo en el acervo probatorio a su alcance el cuerpo del delito y la responsabilidad penal.⁷

En efecto, lo que se sostiene denota que en México el principio de presunción de inocencia, admite excepciones, al considerarse que éste derecho fundamental no es absoluto, sino que tiene límites como en aquellos supuestos donde el acusado es el único que puede aportar datos que desvirtúen la acusación que obra en su contra, y al obligar emplear el principio de contradicción la carga de la prueba se desplaza en sentido contrario respecto del órgano de la acusación; lo cual en nuestra opinión, se sitúa en un sentido contrario a la naturaleza del estudio que sobre la presunción de inocencia se ha desarrollado, toda vez que es al Ministerio Público a quien le compete demostrar que los recursos son de procedencia ilícita, estimar lo contrario, como lo hace la tesis, es aceptar una presunción de culpabilidad. Sin embargo, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señaló que los servidores

⁷Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, T. XVI, Agosto de 2002, tesis P. XXXVIII/2002, p.11.

públicos, en virtud de la existencia de este tipo penal, no se encontraban en un régimen de excepción.

Al respecto y sobre este tema, cobra importancia el análisis de la sentencia que fue revisada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dictada por el Segundo Tribunal Unitario del Primer Circuito, en primera instancia, en la que se sostuvo que:

“De la exposición de motivos constitucional, se aprecia claramente el apego hacia una justicia de carácter distributiva (trato desigual entre los desiguales); donde al servidor público, en atención a su carácter específico; en aras de la salvaguarda de su diáfano servicio y para que el comportamiento honrado prevalezca por encima de la arbitrariedad, incongruencia, confusión, inmunidad, inequidad e ineficacia y no se corrompan los valores superiores que el servicio público tutela; se le sujetó a una serie de condiciones diversas que al resto de la sociedad común. Asimismo, para realizar un combate real al problema de la corrupción en el servicio público; en la iniciativa analizada se dotó al Estado de un instrumento legal (ius puniendi y ius poenale) que lo exenta de la habitual carga de probar su acusación; en la especie, la ilicitud del enriquecimiento del servidor público; infligiendo a éste dicha obligación. (...) indudablemente estamos en presencia de uno de los casos de excepción a las garantías individuales a que la propia Constitución se refiere en su primer numeral; pues si de la Norma Fundamental dimanar las garantías individuales, y entre ellas se reconocen ciertos principios rectores del derecho; pero es esta misma Norma Fundamental quien las restringe o excepciona, no tiene porque presuponerse la inconstitucionalidad de la constitución; por ende, tampoco se puede inferir ésta en relación con un numeral de una ley secundaria que se adecua perfectamente a la Norma Fundamental.⁸

Compartimos lo expuesto por el Tribunal de primera instancia del amparo en razón de que aun cuando nuestro máximo tribunal constitucional, consideró que en México no existe un régimen de excepción, es incuestionable que éste cada día se encamina restringir las garantías

⁸ Cfr. Sentencia recaída al amparo 40/99-II, de veintinueve de septiembre del dos mil.

del inculpado sujeto a un proceso penal o de cualquier ciudadano que presuma, ha violentado el orden jurídico. El criterio de la SCJN es el siguiente:

“ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL QUE LO PREVÉ, NO CONTIENE UN RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. *La interpretación genético teleológica de la reforma al título cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que comprende los artículos del 108 al 114, publicada en el Diario Oficial de la Federación de veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, revela que las causas generadoras de la misma, se sustentan en la necesidad de establecer nuevas bases constitucionales para sancionar adecuadamente y con mayor rigor las responsabilidades de los servidores públicos. Así mismo, del análisis minucioso de la exposición de motivos y de los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión y de su debate, en lo que se refiere al artículo 109, fracción III, párrafo tercero, que contiene la intención expresa de sancionar penalmente a los servidores públicos por causa de enriquecimiento ilícito, no se advierte la voluntad del Poder Reformador de la Constitución de establecer un régimen de excepción a las garantías individuales. Efectivamente, si bien del precepto mencionado se desprende que el servidor público debe acreditar la legítima procedencia de su patrimonio, ello no debe entenderse como un desplazamiento de la carga probatoria al inculpado, sino como el derecho de defensa que goza para desvirtuar los elementos de prueba en su contra. Por lo tanto, es al Ministerio Público conforme a las reglas generales contenidas en los artículos 21 y 102 constitucionales, a quien corresponde comprobar los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del imputado. Para determinar que un servidor público se ha enriquecido ilícitamente (núcleo esencial del delito), se requiere la comprobación previa de determinados hechos o circunstancias, como son la calidad del acusado como servidor público (sujeto calificado), la situación patrimonial del mismo al iniciar y al concluir sus funciones, la remuneración percibida durante el desempeño de su cargo, y la circunstancia real del patrimonio que en la actualidad cuente el sujeto, para poder de esa forma arribar a un proceso lógico y natural en el que se advierta con nitidez y con un mínimo de sentido común que existe una desproporción sustancial entre lo*

percibido por el servidor público con motivo de su empleo, cargo o comisión y lo que realmente cuenta en su haber patrimonial. Estos hechos y circunstancias concatenados entre sí, generan la presunción iuris tantum de que el sujeto activo se ha enriquecido de manera ilícita, lo que constituye prueba circunstancial que acredita el cuerpo del delito y la responsabilidad del mismo, los cuales en todo caso pueden ser desvirtuados a través del acreditamiento por parte del servidor público, de la licitud del aumento sustancial de su patrimonio.⁹

También se cuestiona que el delito de enriquecimiento ilícito, viola el principio de legalidad, toda vez que el núcleo verbo del tipo “enriquecerse”, no es propiamente una conducta, pues como dice Sancinetti, citado por Cárdenas Rioseco, es el resultado de la comparación entre el estado patrimonial en el momento A y el estado patrimonial en el momento B, pero lo que debe sancionarse es la conducta específica que el servidor público cometió para llegar a esa situación, llámese peculado, cohecho, prevaricación, tráfico de influencias, etc.¹⁰ Esto es, debe establecerse con claridad que tipo de conductas pueden encuadrar bajo este ilícito y no utilizar un reenvío a la ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; pues, es ante un procedimiento administrativo donde el servidor público demostrará en primera instancia que su patrimonio no fue aumentado sustancialmente de manera ilícita y donde la garantía de no autoincriminación será pasada por alto al momento en que se le requiera al servidor público acredite la legalidad del aumento de su patrimonio.

Por ello se sostiene que en un contexto general, la presunción de inocencia no es una garantía respetada en nuestro país. Con el argumento de la lucha en contra de la corrupción y la impunidad de algunos servidores públicos y de ciudadanos en general; no importa, violentar el derecho fundamental de presunción de inocencia.

Raúl F. Cárdenas, sostiene que nuestro máximo tribunal, con la emisión de la tesis sobre la presunción de inocencia, la SCJN colocó a nuestro país como uno de esos Estados que permiten inversión de la carga de la prueba: “el pretender invertir la carga de la prueba y

⁹**Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**, T. XVI, Agosto del 2002, tesis XXXVI/2002, p. 7.

¹⁰ **CÁRDENAS RIOSECO**, Raúl F., El delito de enriquecimiento ilícito ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una postura inquietante, Porrúa, México, 2003, p. 81.

considerar, como lo hace nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se trata de una forma indirecta de probar y que se establezca en la propia ley una prueba circunstancial de ilicitud, es desconocer el contenido y la esencia de la presunción de inocencia.”¹¹

El criterio judicial que hace persistir la presunción de intencionalidad delictuosa, que fue suprimido de nuestro ordenamiento punitivo federal por la reforma de 1984, y con la cual se posibilitaba que se sancionara el delito sin haber probado el dolo, al corresponderle al inculpado la carga de probar su inocencia, de no hacerlo, se conformaba indefectiblemente su intencionalidad delictiva, tal como se aprecia en la siguiente tesis de esa época:

“DOLO, PRESUNCIÓN DEL. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Siempre que se pruebe al acusado la violación a una ley penal, se presumirá el dolo, en términos del artículo 70, párrafo primero, del Código Penal vigente en la entidad, salvo cuando se averigüe lo contrario o la ley no lo presuma para configurarlo y corresponde al procesado acreditar su conducta carente de intencionalidad.”¹²

Es importante destacar la diferencia entre la intención propiamente dicha, expresión suprimida de nuestra legislación penal, y el dolo. El maestro de Pisa, Carrara, señalaba que del concurso de la inteligencia y de la voluntad surge la intención, misma que conceptualizaba como un esfuerzo de la voluntad hacia un fin en particular, el delito. La intención puede ser perfecta e imperfecta; en la primera el entendimiento y la voluntad se encuentran en su plenitud actual y es imperfecta, cuando cualquier causa disminuye alguno de los dos elementos. La intención también se clasifica en directa e indirecta, en el primer supuesto el agente previo el resultado y lo quiso, considerando consecuencias de sus propios actos, en tanto que es indirecta cuando el efecto fue solo una consecuencia posible de los actos del sujeto activo, y si el agente previo ese efecto además y a pesar de tal previsión quiso indirectamente ese efecto, la intención indirecta se llama positiva, y ésta puede que originar el dolo como la directa positiva.¹³

¹¹ CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *La presunción de inocencia*, Porrúa, México, 2003, pp. 157-158.

¹² *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Octava Época, T.C.C, T. VII, Enero de 1991, p. 237.

¹³ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, parte general, vol. II, reimposición, traduc. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1988, pp. 71 y 72.

Así el concepto de dolo es más amplio, pues la intención como tal, no abarca la concepción del dolo eventual;¹⁴ sin embargo la importancia de que nuestra legislación punitiva mantuviera por muchos años la presunción de intencionalidad delictuosa, implicaba una derogación tácita de la presunción de inocencia como derecho del inculpado, pues es inconcuso que dicho principio es incompatible con la presunción de dolo, que conlleva a una ilegal inversión de la carga de la prueba, aseveración que planteamos, aún cuando parece ser que nuestros ordenamientos legales por ahora validan dicha situación.

En este tenor, es indiscutible que el mensaje ideológico que se plantea por el máximo tribunal, es un ¡no! a la impunidad, a la delincuencia creciente en nuestro país y por ende, las garantías de que debe gozar todo inculpado, se han cuestionado considerablemente, al estructurarse verdaderas excepciones a dichos principios fundamentales, para tratar de armonizarlos con nuestra realidad social; pero se corre un peligro más inminente, el de vivir un terror penal cuando se está ante una política criminológica que se visualiza ineficaz como instrumento de control social para frenar el fenómeno de la delincuencia; preferimos retomar los criterios que el maestro Carrara expresó respecto del sustento filosófico de la presunción de inocencia: “la metafísica del derecho penal propiamente dicho está destinada a proteger a los culpables contra los excesos de la autoridad pública; la metafísica del derecho procesal tiene por misión proteger a todos los ciudadanos inocentes y honrados contra los abusos y los errores de la autoridad... Quienes defienden la indiferencia en cuanto al procedimiento, no comprenden que lanzan al aire una piedra que puede caer sobre sus propias cabezas o sobre la de sus hijos”.¹⁵

Este es el enorme paradigma que confronta el sistema de justicia penal mexicano, a través de la reformas aprobadas en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante las cuales se ha

²¹ Vid. **ROMÁN QUIROZ**, Verónica, La culpabilidad y la complejidad de su comprobación, Porrúa, México, p 102.

¹⁵ El maestro hacía alusión al caso de Joachin Murat, uno de los famosos mariscales de Napoleón, quien fue fusilado en Pizzo, lugar en donde había establecido la pena de muerte durante su gobierno en el reino de Nápoles, Cfr. **CARRARA**, Francesco, Opúsculos de Derecho Criminal, *op. cit.*, pp. 15 y 18.

introducido el esquema de un sistema acusatorio, oral, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, que tendrá como eje rector al principio de presunción de inocencia. Ello es así, porque a lo largo de este trabajo se tratara de hacer algunas observaciones acerca del desconocimiento que en materia de garantías jurídico-penales se tiene de este principio fundamental en México, el principal derrotero, es entender que un Estado democrático de Derecho no viene a ser uno más de los derechos que tiene todo imputado dentro de un proceso penal, sino que tiene una significación más trascendente, constituir la piedra angular respecto de la cual se construye todo un sistema penal, a saber de tipo acusatorio.

Lo anterior, trae aparejada una significación mayúscula, si se advierte que la presunción de inocencia establece las reglas de funcionamiento de la maquinaria estatal en la procuración y administración de justicia, por lo cual, es inminente que su reconocimiento y respeto, implica mucho más que un simple cambio legal; su inserción en el texto constitucional va a incidir en todas las esferas sociales, no sólo gubernamentales, y ello es importante, si advertimos que en México hay una violación sistemática a los derechos de los inculcados, bajo la presión social del aumento de la delincuencia, que en términos de un derecho penal simbólico, ha ocasionado que el legislador acalle el reclamo social a través de la proliferación de tipos penales abstractos, el aumento desproporcionado de las penas y por ende, el paulatino acotamiento de los derechos público subjetivos del imputado, factores que han cimientan las bases para que opere un derecho de excepción, que se ha introducido de manera simultánea en las reformas constitucionales para hacer frente a la delincuencia organizada.

La problemática a la que se enfrenta la presunción de inocencia como derecho fundamental, es que actualmente se plantea en el contexto mundial la existencia de un “derecho penal del enemigo” caracterizado por una relativización de las garantías penales, materiales y procesales, que se enfrenta a un “derecho penal del ciudadano” propio de una sociedad de libertades.

La metamorfosis del sistema penal como sistema de garantías, se encuentra en una situación de riesgo ante la adopción de políticas que pretenden mermar el respeto a derechos

fundamentales bajo lemas de tolerancia cero a la delincuencia organizada; el reto para el Estado mexicano como para cualquiera que se tilde de democrático, es que la lucha en contra de la impunidad no traiga aparejada el totalitarismo como política criminal; se debe por ello efectuar el fortalecimiento de las instituciones del Ministerio Público, defensorías públicas y del Poder Judicial, como garantes de los derechos fundamentales, se debe tender a un proceso penal eficaz pero a su vez respetuoso de los derechos de los individuos, sin sacrificarlos por la seguridad social o por el Estado de control social, y, ello implicará un cambio cultural en la forma de combatir a la delincuencia. la excepcionalidad no puede coexistir en un Estado de Derecho, que emplee la violencia para frenar la impunidad, sino que es menester atacar el origen de los problemas y dejar de creer que la utilización del Derecho penal es la “panacea” para resolver la problemática social; la historia de la presunción de inocencia demuestra que pues ante todo no puede hablarse de eficiencia, ahí donde los derechos fundamentales del individuo se vean acotados .

CAPÍTULO III

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y MEDIDAS PRECAUTORIAS

3.1 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA PROCESAL DE TRATAMIENTO DEL INculpADO

Los Órganos jurisdiccionales en base a esta premisa, procesalmente deben considerar inocente al acusado hasta en tanto su culpabilidad haya sido declarada en una sentencia que haya causado ejecutoria, esto es, respecto de la cual no proceda recurso o medio de defensa alguno que pueda modificarla o revocarla, por lo que, hasta ese momento, en todas las resoluciones judiciales que se dicten durante la sustanciación del proceso-incluso en los juicios de amparo-, el inculpado ha de ser tratado como inocente, ello en el sentido de su no participación en el delito.

Los derechos fundamentales adquieren una dimensión jerárquica, en la medida en que deben ser respetados dentro de la secuela del proceso penal, por ende en caso de ser vulnerados, el inculpado tiene como instrumento de defensa el juicio de amparo directo o indirecto, cuya procedencia dependerá de la resolución que se combata y su trascendencia.

3.2 ARRAIGO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Una de las figuras que menoscaban ostensiblemente el respeto a la presunción de inocencia es el arraigo domiciliario; medida cautelar que conlleva a un tipo de prisión preventiva; tiene como finalidad asegurar la disponibilidad del inculpado durante la integración de la averiguación previa, al evitar que el indiciado se evada de la acción de la justicia, y por ende evitar que se imposibilite el cumplimiento de una eventual orden de aprehensión.

El arraigo domiciliario es una figura propia del derecho civil, que surgió para asegurar al actor los resultados del juicio o para asegurar al demandado el pago de los perjuicios, cuyo

efecto es que un juez civil a petición de la parte accionante, prohíba a una persona salir de una determinada circunscripción territorial o de la ciudad donde reside, salvo que deje apoderado que responda de la eventual sentencia condenatoria. Es definida por el Diccionario Jurídico Mexicano como la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculcado en la investigación previa.¹

En tanto que en materia penal tiene una idea diversa, pues constriñe al gobernado a permanecer dentro de un determinado inmueble bajo la vigilancia de la autoridad del Ministerio Público, lo que implica que se le impide realizar cualesquiera de las actividades normales que una persona desempeña, ya sean laborales, sociales o recreativas, lo que se traduce en la afectación a su libertad personal en forma preventiva, tal como se sustentó en la contradicción de tesis 3/99, suscitada entre el Cuarto Tribunal Colegiado del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, que en materia de amparos promovidos en contra de arraigos penales, discreparon acerca de la garantía constitucional que resulta afectada en perjuicio del impetrante de garantías, resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el siguiente criterio:

“ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.
La orden de arraigo domiciliario prevista por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, antes y después de su reforma mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve, al obligar a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, trae como consecuencia la inmovilidad de su persona en un inmueble, por tanto, es un acto que afecta y restringe la libertad personal que puede ser susceptible de suspensión en términos de lo dispuesto por los artículos 130, 136 y

¹ *Diccionario Jurídico Mexicano*, T. A-CH, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 13ª ed., México, 1999, p. 219.

demás relativos de la Ley de Amparo, si para ello se cumplen los requisitos exigidos por la misma ley.”²

Por lo que, para que una persona pueda ser afectada en su libertad personal, ya sea en forma preventiva o definitiva, es menester que previamente el Ministerio Público haya integrado una averiguación previa que arroje datos suficientes que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, lo cual se pondrá en conocimiento de la autoridad judicial a través de la consignación, para que ésta, en caso de que se haga sin detenido, ordene la aprehensión del inculcado o su comparecencia, según sea el caso, para ser puesto a su disposición inmediatamente después de que se cumplimente; o bien se encuentre en los supuestos de flagrancia o caso urgente.

De acuerdo con lo anterior, antes de la reforma al texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por el Congreso de la Unión, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de dos mil ocho, donde aparece de manera expresa en el texto constitucional la presunción de inocencia, como la base del sistema acusatorio; decretar arraigo como medida precautoria era jurídicamente incompatible con las garantías de libertad personal que la Constitución Federal establece a favor de todo gobernado, ya que la restricción de dicha garantía solo era permitida en los siguientes casos:

1. En delito flagrante, cuasi flagrancia o flagrancia equiparada, donde cualquier persona puede efectuar la detención y sin demora deberá poner al detenido a disposición de la autoridad inmediata y ésta ante el Ministerio Público; a que hace referencia el artículo 16 constitucional en su párrafo cuarto:

“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.”

Así el artículo 191 del Código Federal de Procedimientos Penales refiere:

² **Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**, T. X, Noviembre de 1999, tesis 1a./J. 78/99, p. 55.

“Se entiende que existe flagrancia cuando:

I. El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito;

II. Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente, o

III. El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.”

2. En caso urgente cuando se trate de delitos graves, exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia y por las circunstancias no se pueda acudir ante un juez, el Ministerio Público decretará la detención bajo su más estricta responsabilidad; párrafos quinto y sexto del artículo 16 constitucional.

“Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o 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 193 bis del Código federal de Procedimientos Penales dispone:

“En casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar por escrito la detención de una persona, fundando y expresando los indicios que acrediten:

a) Que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en el artículo siguiente;

b) *Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y*

c) *Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión (...).*”

3. Mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, una vez cumplidos los requisitos constitucionales, en su caso la autoridad que la ejecute deberá poner al inculpado sin dilación alguna al inculpado ante el juez de la causa; párrafos segundo y tercero del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala:

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.”

“La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.”

Así el artículo 195 del citado ordenamiento federal adjetivo expresa:

“Cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 constitucional, el tribunal librará orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia, según el caso, contra el inculpado, a pedimento del Ministerio Público.

La resolución respectiva contendrá una relación sucinta de los hechos que la motiven, sus fundamentos legales y la clasificación provisional que se haga de los hechos delictivos, y se transcribirá inmediatamente al Ministerio Público para que éste ordene a la policía su ejecución.”

Luego, se advierte que el arraigo carecía de fundamento constitucional para que se pudiera legalmente afectar restringir o privar a alguien de su libertad personal. No obstante, en la práctica, servía y es utilizado en el caso de que aun cuando no sean suficientes los elementos de prueba desahogados en la averiguación previa, se solicitara la restricción de la libertad personal, esto es la averiguación previa, aún no esta integrada, pero ante la existencia del riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia, se solicite la orden de arraigo, y con ello se le restrinja la libertad personal de una persona, puesto que mientras se

encuentre bajo la custodia de la autoridad ministerial no puede salir de un determinado domicilio o circunscripción territorial, independientemente que se considere que el arraigo es un acto provisional o meramente de molestia³, toda vez que continua siendo un acto restrictivo de la libertad personal del gobernado y dicha detención se convierte en una cárcel privada, en una prisión provisional con independencia de la denominación que se le dé y por ende violatorio de la presunción de inocencia (*nulla poena sine iudicio*); máxime, cuando es la propia autoridad ministerial bajo la cual se encuentra detenido el imputado con el consecuente influjo psicológico que repercute en el detenido, cuando debiera ser un juez de control constitucional a cuya disposición estuvieran las personas sujetas a un arraigo a fin de evitar prácticas inquisitoriales y de corrupción que se han actualizado bajo la aplicación de dicha figura.

Así se determinó por medio de una acción de inconstitucionalidad que el art. 122 bis del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua violenta las garantías de libertad contenidas en la Constitución Federal:

“ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: a) en caso de delito flagrante obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, quien realizará la consignación; b) en casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido*

³ Vid. el voto concurrente en la acción de inconstitucionalidad 20/2003 de los ministros Olga Sánchez Cordero, Sergio Armando Valls Hernández y Sergio Salvador Aguirre Anguiano.

a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad; c) mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculpado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; d) por virtud de auto de formal prisión dictado por el Juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición; y, e) tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas. Como se advierte, en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.”⁴

No obstante ello, la adopción de una forma transnacional de delincuencia ha impuesto a los Estados la necesidad de replantear los sistemas de justicia penal. La clave del éxito del sistema penal adoptado por un país, está en la respuesta en que el Estado dé a estas nuevas manifestaciones de delincuencia y al fenómeno de creciente aumento de la violencia en algunas sociedades latinoamericanas, como en México. La política criminal mexicana, plantea

⁴ **Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**, Novena Época, T. XXIII, Febrero 2006, tesis P. XXII/2006, p. 1170.

la necesidad por otro lado, de combatir la creciente y cada vez más violenta delincuencia, en específico, aquella que se ha denominado “delincuencia organizada”, para diferenciarla de la delincuencia común, y respecto de la cual no rigen el cúmulo de garantías a que se ha hecho referencia en párrafos anteriores, bajo un mensaje de combate a la impunidad, y, que por ende ha retomado los cimientos de una doctrina que propugna un Derecho de excepción que tiende a acotar de manera evidente los derechos fundamentales de quienes se ubiquen en tal hipótesis y que se confrontará con el sistema acusatorio que se ha implementado de manera simultánea en las legislaciones de diversos países. Frente al “derecho penal del ciudadano” propio de una sociedad de libertades, surge el “derecho penal del enemigo” caracterizado por una relativización de las garantías penales. Así, la metamorfosis del sistema penal como esquema de garantías, se encuentra en una situación de riesgo ante la adopción de políticas que pretenden mermar el respeto a derechos fundamentales bajo lemas de tolerancia cero a la delincuencia organizada; no debemos olvidar el papel del individuo como eje de la actividad estatal y en donde se convierte en principal limitante del ius puniendi. Se debe acompañar un fortalecimiento de las instituciones del Ministerio Público, defensorías públicas y del Poder Judicial, como garantes de los derechos fundamentales, la lucha de la impunidad del sistema penal debe de atacarse dentro del mismo, se debe tender a un proceso penal eficaz pero a su vez respetuoso de los derechos de los individuos, sin sacrificarlos por la seguridad social.

El hecho de que el legislador implemente tipos penales dirigidos a evitar la impunidad, ha creado lo que se conoce como un Derecho penal simbólico que tiende a una política criminal de expansión, los países han aumentado paulatinamente la creación de tipos penales, tales como los supuestos de la criminalización en el estadio previo, como sucede en el caso del delito de delincuencia organizada, en los que es suficiente la comprobación de una acción que el legislador ha estimado como peligrosa, sin que exista una lesión efectiva o daño causado; partiendo de la idea de que sólo una pena socialmente útil puede ser justa; es una tendencia populista que atrae diversos discursos como Law and order y la tolerancia cero; así, *el artículo 16, párrafos séptimo y octavo de la Constitución Federal, se modificaron para que exclusivamente tratándose de delitos de delincuencia organizada, se pueda solicitar una orden de arraigo, sin importar que se trate de un acto que afecte la libertad personal, pues según la*

intención del legislador esta garantía de libertad está acotada cuando el inculpado se presume miembro de una organización delictiva, tan es así que podrá prorrogarse hasta por ochenta días. Asimismo, se faculta a que el Ministerio Público en caso de delitos de delincuencia organizada duplique el tiempo máximo en que una persona puede ser retenida por éste al integrar una indagatoria cuando la persona ha sido puesta a su disposición, de lo que se advierte que basta que se reforme el texto constitucional para restringir de forma paralela la libertad personal de un ciudadano, aún cuando con ello se trastoquen sus derechos elementales.

Son múltiples los ordenamientos legales que prevén el arraigo como una medida precautoria, en este contexto el artículo 133 del Código Federal de Procedimientos Penales que dispone:

“La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.”

En tanto que el artículo 133 bis del citado ordenamiento legal dispone que el impedimento de dejar una determinada demarcación territorial o un domicilio, se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, sin exceder de treinta días naturales, en el caso del arraigo, y de sesenta días naturales, en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

Por su parte el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada señala:

“El juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en

la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo.”

Luego, si el arraigo constituye una detención material de un individuo; es inconcuso, que el plazo en que permanece privado de su libertad con motivo de un arraigo, es inconstitucional, al carecer de un fundamento en la Constitución.

No debe soslayarse que en la práctica judicial, los individuos que se encontraban sujetos a una medida de arraigo, cuando impugnaban la resolución que decretó dicha restricción a través del Amparo indirecto, combatían, sustancialmente su inconstitucionalidad. No obstante, el Juez de Distrito no analizaba el fondo del asunto y dictaba sentencia en la cual sobreseía el juicio de garantías bajo diversas causas; cesación de efectos, cambio de situación jurídica, consumación irreparable, etcétera. Ello es así en razón de que el Ministerio Público solicita se levante el arraigo porque dejó en libertad al arraigado o ejerció acción penal en su contra y a tal virtud se libró orden de aprehensión o se le dictó auto de formal prisión.

A manera de ejemplo el criterio que sostiene la cesación de efectos señala:

“ARRAIGO. CESAN SUS EFECTOS CUANDO CON MOTIVO DE LA EMISIÓN DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN SE HAYA LEVANTADO DICHA MEDIDA PRECAUTORIA. Si a través del juicio de amparo se reclamó la orden de arraigo decretada por un Juez de Distrito, pero ésta fue levantada con motivo de la emisión de la orden de aprehensión que se obsequió en contra del quejoso, ello trae como consecuencia que tal acto reclamado deje de surtir sus efectos, pues los mismos sólo rigen hasta el momento en que se integra la averiguación previa por la cual se ejerce la acción penal, feneciendo su vigencia cuando el órgano encargado de la persecución de los delitos concluye su actividad investigadora y es la autoridad jurisdiccional la que decide la situación jurídica del indiciado, esto es, cuando en uso de sus facultades

*determina si procede o no el libramiento de la orden de aprehensión respectiva, actualizándose así la causal de improcedencia prevista en la fracción XVI del artículo 73 de la Ley de Amparo”.*⁵

La doctrina fue acorde con la regularización del arraigo a través de su inclusión en la Constitución Federal, así es cierto cuando se afirma que para obsequiar una orden de arraigo, no es necesario que la averiguación previa esté integrada, lo que implica que el Ministerio Público, no está cierto si existen elementos bastantes para ejercer acción penal, pese a la presunción de inocencia que existe a favor del inculcado, puede solicitar y conseguir que sea detenido preventivamente; por lo que si a una persona se le dicta una orden de aprehensión, se constituye una especie de simulación legal al equipararse a una consignación con detenido, pues al sujeto se le había detenido con anterioridad, como si hubiese cometido un ilícito en flagrancia; lo que evidencia su reglamentación en el orden constitucional para ser acotada y no motivar violación a garantías individuales; empero, se reitera, dicha medida no puede usarse de manera regular y los jueces de control constitucional deben meditar sobre la conveniencia de su obsequio.⁶

3.3 PRISIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En este supuesto la prisión preventiva es un tema que pone en duda el respeto al principio de la presunción de inocencia; si es una medida cautelar de carácter eminentemente procesal, su objeto es asegurar que el probable responsable de la comisión de un delito no se sustraiga a la acción de la justicia, garantice su presencia en el proceso y se proteja a terceros, lo que asegura la debida marcha del procedimiento penal; en este contexto sin que pueda ser una medida desproporcionada o irracional que refleje exceso de poder y no suavizada con la posibilidad de obtener libertad bajo caución como regla genérica, resulta incompatible con la presunción de inocencia, máxime que la culpabilidad del sujeto solamente es probable y por ende la prisión preventiva se constituye como una pena anticipada.

⁵**Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**, Novena Época, T. XIV, Agosto de 2001, tesis 1a. LXXXIII/2001, p. 168.

⁶**AGUILAR LÓPEZ**, Miguel Ángel, Reflexiones en torno a una justicia penal, vol. 3, Colección Reflexiones Jurídicas, México, 2003, p. 249.

Beccaria expresaba que la privación de la libertad cuando era previa a la sentencia, sólo era la simple custodia del ciudadano hasta en tanto fuera declarado reo, por lo tanto debía durar el menor tiempo posible y ser lo menos dura que se pudiera, justificado el encarcelamiento del inculpado en el caso de evitar una fuga o de que se ocultaran pruebas de los delitos.⁷

En la práctica, para la mayoría de los países la prisión preventiva es la regla de oro aplicada al procedimiento penal, lo cual implica que se encuentra en exceso su utilización subsidiaria para casos excepcionalmente necesarios y proyecta su connotación penalizadora propia como se sabe del sistema inquisitorio que obtenía de esta manera pruebas incriminatorias del inculpado a través del instrumento más eficaz; la tortura.

Se dice que su finalidad se encuentra justificada para conseguir el aseguramiento de una pronta y buena administración de justicia, la garantía del orden público, al restablecerse la tranquilidad social perturbada como consecuencia del delito y la posibilidad de facilitar el descubrimiento de la verdad al utilizar las investigaciones, cuya realización no debe verse interrumpida por el justiciable.⁸

Entre los fines específicos que justifican su utilización, se sostiene son el aseguramiento de la presencia del inculpado durante la secuela procedimental, la garantía de que en su caso será ejecutada la pena, impedir el ocultamiento del inculpado, prevenir la comisión de nuevos delitos por el procesado, evitar la destrucción de pruebas o de los instrumentos del delito; sin embargo es cuestionable si la implementación de detenciones a granel, garantiza la tranquilidad social de un pueblo; más aun, cuando se está ante un proceso de abuso del *ius puniendi*, que se cree resolverá la problemática jurídico-social, al ser visto

⁷ BECCARIA, César, De los delitos y de las penas, *op. cit.*, pp. 257-258.

⁸ *Iter Criminis*, Julio Hernández Pliego, Segunda, núm. 1, México, 2005, INACIPE, “Presunción de inocencia y prisión preventiva”, p.129.

³¹ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Teoría del garantismo penal, traduc. por Perfecto Andrés Ibáñez, Miguel Alfonso Ruíz, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantero Bandrés, Trotta, 2ª ed., Madrid, 1997, pp. 555 y 559.

como la varita mágica, con el riesgo de limitar al máximo las garantías de los gobernados y con el sacrificio de la calidad de inocencia que posee toda persona.

Es por ello, que tratadistas como Luigi Ferrajoli no le dan ninguna justificación a la aplicación de la prisión preventiva, considerándola como un instrumento ilegítimo e idóneo para hacer desaparecer las garantías penales y procesales, pues el acusado debe comparecer ante los jueces en estado de libertad para estar en un plano de igualdad respecto de sus acusadores, considera que el encarcelamiento sin juicio ofende el sentimiento común de justicia y constituye un acto de fuerza.⁹

Se evidencia, luego la necesaria brevedad de la prisión provisional, para ser utilizada exclusivamente en casos de delitos graves y sólo para impedir la fuga del reo y que éste siga delinquiriendo. Sin embargo nuestra legislación condiciona la obtención de la libertad caucional a que no se trate de delito grave así calificado por la ley, no obstante, es casi un milagro que existan delitos que no se hayan elevado a dicha categoría con la situación actual de nuestro país, donde el Derecho penal se considera la panacea para resolver todos los problemas sociales con una violación evidente al principio de *ultima ratio*; máxime que la misma gravedad de las penas previstas para los delitos en nuestra legislación penal insta a excusar la prisión preventiva.

Así la mayoría de las legislaciones adjetivas penales de las Entidades Federativas, prevén un catálogo abundante de delitos que se encuentran en esa hipótesis de “graves”, al seguir la técnica utilizada en el Código Federal de Procedimientos Penales, que señala:

“ARTICULO 194.- Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:

(REFORMADO PRIMER PÁRRAFO, D.O.F. 1 DE JUNIO DE 2001)
I. Del Código Penal Federal, los delitos siguientes:

- 1) *Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, párrafo tercero;*
 - 2) *Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;*
 - 3) *Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;*
 - 4) *Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero;*
 - 5) *Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;*
 - 6) *Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;*
 - 7) *Piratería, previsto en los artículos 146 y 147;*
 - 8) *Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;*
 - 9) *Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;*
 - 10) *Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170;*
 - 11) *Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis párrafo tercero;*
 - 12) *Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, párrafo primero, 195 Bis, excepto cuando se trate de los casos previstos en las dos primeras líneas horizontales de las tablas contenidas en el apéndice I, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero;*
- (REFORMADO, D.O.F. 4 DE ENERO DE 2000)*
- 13) *Corrupción de menores o incapaces, previsto en el artículo 201; y pornografía infantil, previsto en el artículo 201 bis;*
 - 14) *Los previstos en el artículo 205, segundo párrafo;*
 - 15) *Explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208;*
 - 16) *Falsificación y alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237;*
 - 17) *Falsificación y utilización indebida de documentos relativos al crédito, previsto en el artículo 240 Bis, salvo la fracción III;*
 - 18) *Contra el consumo y riqueza nacionales, previsto en el artículo 254, fracción VII, párrafo segundo;*
 - 19) *Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 Bis;*

- 20) *Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286, segundo párrafo;*
- 21) *Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, cuando se cometa en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 315 y 315 Bis;*
- 22) *Homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;*
- (REFORMADO, D.O.F. 12 DE JUNIO DE 2000)*
- 23) *Secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los dos párrafos últimos, y tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter;*
- 24) *Robo calificado, previsto en el artículo 367 cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XV y XVI;*
- 25) *Robo calificado, previsto en el artículo 367, en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 381 Bis;*
- 26) *Comercialización habitual de objetos robados, previsto en el artículo 368 Ter;*
- 27) *Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, previsto en el artículo 368 Quáter, párrafo segundo;*
- 28) *Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último;*
- 29) *Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 Bis;*
- 30) *Los previstos en el artículo 377;*
- 31) *Extorsión, previsto en el artículo 390;*
- 32) *Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis, y*
- (ADICIONADO, D.O.F. 6 DE FEBRERO DE 2002)*
- 32) *Bis. Contra el Ambiente, en su comisión dolosa, previsto en los artículos 414, párrafos primero y tercero, 415, párrafo último, 416, párrafo último y 418, fracción II, cuando el volumen del derribo, de la extracción o de la tala, exceda de dos metros cúbicos de madera, o se trate de la conducta prevista en el párrafo último del artículo 419 y 420, párrafo último.*
- 33) *En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424 Bis.*
- (ADICIONADO, D.O.F. 1 DE JUNIO DE 2001)*
- 34) *Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 215-A.*

(ADICIONADO, D.O.F. 8 DE FEBRERO DE 2006)

35) En materia de delitos ambientales, el previsto en la fracción II Bis del artículo 420.

II. De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el previsto en el artículo 2.

III. De la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, los delitos siguientes:

1) Portación de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 83, fracción III;

2) Los previstos en el artículo 83 Bis, salvo en el caso del inciso i) del artículo 11;

3) Posesión de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, en el caso previsto en el artículo 83 Ter, fracción III;

4) Los previstos en el artículo 84, y

5) Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 84 Bis, párrafo primero.

IV. De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3o. y 5o.

V. De la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138.

VI. Del Código Fiscal de la Federación, los delitos siguientes:

1) Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 fracciones I a la IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III, segundo párrafo del artículo 104, y

2) Defraudación fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado se ubique en los rangos a que se refieren las fracciones II o III del artículo 108, exclusivamente cuando sean calificados.

VII. De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el artículo 223, fracciones II y III.

(ADICIONADA, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

VIII. De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111; 112, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto la fracción V, y 113 Bis, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112;

(ADICIONADA, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

IX. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los previstos en los artículos 98, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones IV y V, y 101;

(ADICIONADA, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

X. De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los previstos en los artículos 112 Bis; 112 Bis 2, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 3, fracciones I y IV, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 4, fracción I, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112 Bis 3, y 112 Bis 6, fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo;

(ADICIONADA, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

XI. De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, los previstos en los artículos 141, fracción I; 145, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones II, IV y V; 146 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo, y 147, fracción II inciso b), en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 146;

(ADICIONADA, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

XII. De la Ley del Mercado de Valores, los previstos en los artículos 52, y 52 Bis cuando el monto de la disposición de los fondos o de los valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el artículo 3o. de dicha ley, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal;

(ADICIONADA, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

XIII. De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103, y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, y

(ADICIONADA, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

XIV. De la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, los previstos en el artículo 96.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califica como delito grave.”

Es evidente el gran número de delitos que se califican como graves, asimismo, las Entidades Federativas, prevén un sistema equivalente en sus propias codificaciones adjetivas o bien, remiten al Código Penal del Estado en concreto, para determinar qué delitos son graves y por dicha calidad da lugar a prisión preventiva; con la salvedad de Tabasco y Veracruz, los cuales prevén otros criterios para determinar cuando una conducta afecta valores

fundamentales y por ello dichas hipótesis no hacen procedente la concesión de la libertad provisional bajo caución.¹⁰

Por su parte, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, utiliza un criterio diverso para negar el beneficio de la libertad provisional bajo caución, este consiste en precisar que tienen tal carácter cuya sanción privativa de libertad tenga un término medio aritmético que exceda de cinco años. Luego, si se analizan las penas que regulan los delitos previstos en el ordenamiento sustantivo, se podría advertir que bastantes de ellos exceden de ese término, por lo que podemos concluir que la prisión preventiva es una regla, contraria al principio de presunción de inocencia.

El citado art. 268 señala:

“Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos.

La tentativa punible de los ilícitos que se mencionan en el párrafo anterior también se considerará delito grave si el término medio aritmético de las dos terceras partes de la

¹⁰ El Código de Procedimientos Penales para Tabasco señala: **ART. 145.** (...) Son delitos graves, para los efectos de este Código: a) Los perseguibles de oficio y sancionados con más de ocho años de prisión, en el término medio de la punibilidad correspondiente, así como los cometidos con alguna calificativa prevista por la ley; y b) Los cometidos por reincidentes, perseguibles de oficio y sancionados con más de cuatro años de prisión, en el término medio de la punibilidad respectiva, así como los realizados con alguna calificativa prevista por la ley; en tanto que la legislación adjetiva penal de Veracruz dispone: **ART. 203.-** Se califican como graves por afectar de manera importante los valores fundamentales de la sociedad, los perseguibles de oficio sancionables con más de seis años de prisión en el término medio de su punibilidad.

pena de prisión que se debiera imponer de haberse consumado el delito excede de cinco años.

Para calcular el término medio aritmético de la pena de prisión se tomarán en consideración las circunstancias modificativas de la penalidad del delito de que se trate (...).”

El texto original del artículo 20 constitucional señalaba que el beneficio de la libertad bajo caución se concedía, siempre que el delito no fuere castigado con una pena mayor de cinco años de prisión, por lo cual se estableció por la SCJN una jurisprudencia en la que señalaba que la libertad bajo fianza debería concederse en atención al término medio aritmético de la pena, con lo cual se reformó el citado dispositivo constitucional en su fracción primera en el año de 1948, y es en el año de 1993 cuando se introduce en la Constitución la condición de no tratarse de delito grave para que el inculcado pudiera gozar del mencionado beneficio.

Para lo cual se reformaron los Códigos de Procedimientos Penales, y se enumeraron aquellos delitos llamados graves, al efecto se modificó en diversas ocasiones la legislación procesal penal tanto federal como del Distrito Federal por considerarse que dichas conductas eran reputadas graves en razón de afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, estableciéndose nuevamente una reforma al artículo 20 constitucional, fracción I, el 30 de septiembre de 1999, para regresar a la formula de gravedad; lo que provoca que la mayoría de los delitos previstos en nuestros ordenamientos penales, se sitúen bajo esta denominación, en un exceso absoluto del poder punitivo del Estado, lo que impide obtener el beneficio citado y vulnerando el *estaus* de inocente que debe tener el inculcado durante el proceso, al imponerse la prisión provisional como regla del procedimiento penal en México, pero sobre todo alejándose de la finalidad que le es propia, siendo ésta la de responder a una necesidad realmente justificable.

En nuestro país la prisión preventiva tiene su fundamento en el artículo 20 constitucional inciso a), fracción I, interpretado a *contrario sensu*, en relación con el numeral

18 del mismo ordenamiento fundamental; en este sentido se pronuncia la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“PRISIÓN PREVENTIVA. ES UNA EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD Y DE AUDIENCIA PREVIA, ESTABLECIDA CONSTITUCIONALMENTE. Si bien es cierto que el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la privación de la libertad de una persona sin previo juicio, también lo es que el artículo 18 de la misma Ley Suprema autoriza la prisión preventiva de quienes se encuentren procesados por delitos que merezcan pena privativa de libertad; por tanto, dado que ambos preceptos son de igual jerarquía y que conforme al artículo 1o. de la propia Carta Magna las garantías que ella otorga no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, la regla de que nadie puede ser privado de su libertad sino mediante juicio, se encuentra restringida en el caso de los procesados por delitos sancionados con pena privativa de libertad. Así, la prisión preventiva constituye una excepción justificable a las garantías de libertad y de audiencia previa, así como al principio de presunción de inocencia, previsto en el mismo artículo 14 constitucional, porque tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también a evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.”¹¹

Sin embargo, no obstante esta justificación jurisprudencial, la prisión cautelar es una auténtica privación de la libertad que opera durante la tramitación del proceso y hasta el dictado de la sentencia firme; en consecuencia, materialmente reviste el carácter de una pena, no obstante que tenga fundamento constitucional que será adicionado el tiempo de detención, si en la mayoría de los casos el sentenciado obtiene una pena que puede dar lugar a algún beneficio y solamente se le privó de su libertad con el consecuente gasto de manutención para el Estado; este criterio nos llama la atención, ya que en las diversas tesis sobre enriquecimiento ilícito se sostuvo que no hay excepciones a las garantías individuales.

¹¹ **Semanario Judicial de la Federación y su gaceta**, T. VII, Marzo de 1998, tesis XVIII/98, p. 28.

No concordamos con quienes asienten que las medidas cautelares son compatibles con la presunción de inocencia, por la necesidad de que el proceso penal se cumpla, aun cuando tengan por presupuesto la sospecha de la culpabilidad.¹²

Es importante destacar el contraste de los elementos que en nuestro país permiten determinar la procedencia de dicho beneficio y otras legislaciones de corte romanista, así dichos requisitos se encuentran previstos por la propia Constitución Federal, como son, al exigir que no se trate de delito grave así señalado por la ley, que se garanticen las sanciones pecuniarias, las obligaciones procesales; en tanto la doctrina del Tribunal Supremo de España exige para la prisión preventiva:

1. Existencia de indicios racionales de la comisión de un delito que permitan sostener que el objeto del proceso no se desvanecerá;
2. Tenga un fin constitucionalmente legítimo, que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que partan del imputado, dado que la prisión preventiva no puede tener carácter retributivo respecto de una infracción aún no declarada; y
3. Su adopción y mantenimiento se conciban como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecuencia de los fines.¹³

En este sentido, existen otros criterios normativos que permiten conciliar la privación de la libertad personal con los fines del proceso penal; y por lo que a México respecta, se resalta el uso abusivo de la prisión preventiva, lo que conlleva a determinar que los instrumentos internacionales que México ha suscrito, protegen en mayor medida las garantías individuales que la legislación punitiva adjetiva local y federal mexicanas, ya que de conformidad con los tratados internacionales, la prisión preventiva es de carácter subsidiario y excepcional; pero en nuestra legislación tal parece que esta medida cautelar viene a ser la regla prevaleciente.

¹²*Justicia*, María José Mascarell Navarro, núm. 3, Barcelona, 1987, Bosch, “La carga de la prueba y la presunción de inocencia”, pp. 619 y 620.

¹³**MONTAÑES PARDO**, Miguel Angel, La presunción de inocencia, análisis doctrinal y jurisprudencial, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 4.

Uno de los principales problemas penitenciarios que sufrimos devienen de la existencia de una gran cantidad de “presos sin condena” como les han denominado, violentado el principio de *nulla poena sine iudicio*, pues para imponer una pena se requiere la realización de un proceso penal, donde al imponerse una sanción anticipada como lo es la pena de prisión, contraviene a todas luces el principio de presunción de inocencia, lo cual hace evidente la actual sobrepoblación penitenciaria existente en los centros preventivos de reclusión, donde la cifra de procesados ha aumentado considerablemente, máxime que el Ministerio Público puede solicitar que se niegue la libertad provisional al justiciable en diversas hipótesis de delitos no graves; como se observa en este criterio jurisprudencial:

“LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL MINISTERIO PÚBLICO DEBE APORTAR PRUEBAS QUE JUSTIFIQUEN SU SOLICITUD DE QUE AQUÉLLA SE NIEGUE AL INculpADO EN CASO DE DELITOS NO GRAVES (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN I, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). *Del desarrollo legislativo y de una interpretación auténtica del primer párrafo de la fracción I del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se concluye que el Ministerio Público debe aportar pruebas que acrediten los argumentos por los cuales, en el caso de los delitos no graves, solicita al Juez que niegue al inculpado la libertad provisional bajo caución, por considerar que dicha libertad representa un riesgo para el ofendido o para la sociedad. Esto es así, en atención a que, según se advierte del estudio del proceso legislativo del decreto de reformas a dicho precepto de la Carta Magna, publicado en el Diario Oficial de la Federación de tres de julio de mil novecientos noventa y seis, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, del Distrito Federal, y de Estudios Legislativos, Primera Sección, del Senado de la República, expresamente modificaron la iniciativa del Ejecutivo Federal, en el punto que se analiza, por considerar que para negar al inculpado la libertad provisional bajo caución, en el caso de los delitos no graves, no bastaba el simple razonamiento del Ministerio Público, porque sería totalmente arbitrario y discrecional, por no contener ningún elemento objetivo que motivara la*

petición, ni que guiara la decisión judicial, por lo que se proponía, que se aportaran al Juez elementos que justificaran la petición, como lo era el riesgo que el inculpado representara para el ofendido o la sociedad, por su conducta precedente y las características del delito cometido; modificación que fue aceptada, y con la cual se aprobó el decreto respectivo.¹⁴

Los tratados Internacionales que México ha suscrito hacen patente la utilización de la prisión preventiva como último recurso, en virtud de la preeminencia de los derechos humanos sobre el poder punitivo del Estado, estableciéndose que sea subsidiaria y en base a indicios de culpabilidad.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa en su artículo 9.3 que:

“... La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.”

En este mismo sentido, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no Privativas de la Libertad, conocidas como reglas de Tokio establecen en el numeral **6.1** que: *“En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo en cuenta la investigación del supuesto del delito y la protección de la sociedad y la víctima”*.

Y reitera en el siguiente punto que: **6.2** *“Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no debe durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano”*.

¹⁴**Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**, T. XVI, Noviembre de 2002, tesis 1a./J. 54/2002, p. 109.

Sin embargo, no es extraño que México viole reiteradamente las convenciones internacionales a las que formalmente se obliga, al establecer en su legislación tratamientos que contravienen flagrantemente el uso de la prisión preventiva en forma proporcional y accesoria, existiendo como señala Raúl F. Cárdenas una clara contradicción entre la legislación interna mexicana y los tratados internacionales,¹⁵ pues el criterio para la detención preventiva fundado en la gravedad del delito y en la afectación importante de valores fundamentales de la sociedad, no se sustentan en las citadas convenciones internacionales, cuya principal finalidad es la necesidad de asegurar la comparecencia del inculpado cuando exista riesgo de fuga.

Como puede observarse, dichos instrumentos internacionales, tratan de resaltar la aplicación de otras medidas que puedan sustituir la prisión preventiva y que las mismas equilibren la intromisión en la esfera jurídica del acusado; si partimos de que la libertad es un estadio natural del ser humano, la intervención del Derecho Penal se legitima sólo cuando respete la libertad, la presunción de inocencia bajo esta óptica es un concepto tautológico de la libertad; conduce a opinar que no podrá existir prisión o detención, antes de emitirse sentencia definitiva de condena sobre el inculpado, salvo que se requiera en casos excepcionales una medida limitativa de la libertad personal, cuyo uso es cuestionado en la actualidad.

Se expresa que el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución, debe obedecer tanto a la afectación de valores fundamentales como a las características personales del inculpado, pues la misma razón que existe para negar dicho beneficio cuando no se trate de delitos graves, debe prevalecer cuando se compruebe que debe concederse aún siendo delito grave, si el indiciado demuestra que no atentará contra el adecuado desarrollo del proceso¹⁶. Debe existir una conciliación entre la libertad individual con el interés social en un justo equilibrio propiciado por la ley, a fin de que se ajuste al imperio de la justicia, esto es: ni libertad con impunidad, pero tampoco prisión provisional con la violación de la dignidad que a todo ser humano debe corresponder.

¹⁵ CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., La presunción de inocencia, *op. cit.*, p. 73.

¹⁶ *Iter Criminis*, Jorge Nader Kuri, segunda época, núm. 12, México, 2005, INACIPE, ¿Dónde está el principio de presunción de inocencia?, p. 316.

CAPÍTULO IV

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

4.1 DE LA PRUEBA PENAL

Es en el campo probatorio, donde se ha asignado mayor relevancia a la presunción de inocencia, ello en razón de que la certeza de la culpabilidad del sujeto, ha de estar basado en pruebas, instrumentos que racionalmente sirven para alcanzar el convencimiento sobre la realización de un hecho, de ahí la exigencia de que exista una prueba suficiente aportada por la acusación en la causa penal, para que pueda emitirse una resolución condenatoria, al ser la vinculación que el juzgador tiene respecto del conocimiento de los hechos, a los que se suman las máximas de la experiencia que posee con base en su formación especial, donde se debe imponer la absolucón del inculpado si la prueba no queda suficientemente demostrada, características propias de un sistema judicial acusatorio.

Así, se enaltece que la bondad o deficiencia en el proceso penal puede validamente calificarse en la forma de valorar la prueba, en la proposición jurídica que adopte el órgano jurisdiccional, cuya arma más letal es la razón; pues ahí es donde se refleja la actividad que puede prosperar en argumento lógico. Probar es efectuar una traslación de un hecho al reproducirlo históricamente, de ahí que el juez sea comparado con un historiador, pues finalmente se relatan hechos pretéritos, se sigue a la fijación de los mismos para confrontarlos y obtener la certidumbre sobre los mismos, esto es la corroboración para reducir el margen de probabilidad.

La prueba se define por Ángel Martínez Pineda como: el “examen y exactitud, argumento y demostración, operación mental que confirma y justifica, razonamiento que funda la verdad de una proposición que exige la evidencia que el teorema reclama y necesita (...). Es esencialmente indestructible, porque se funda en premisas que dan firmeza y solidez al

silogismo, al manejarse con maestría el argumento y disparar certeramente las baterías de la fuerza dialéctica”.¹

La finalidad a las que están encaminadas las pruebas es precisamente la de imprimir convicción al juzgador respecto de la certeza positiva o negativa de los hechos materia del proceso, de ahí se sostiene que la prueba debe gozar de los atributos de contradicción como la exigencia intrínseca que conlleva a afirmar que dos cosas no pueden ser y dejar de ser al mismo tiempo, de publicidad e inmediación. Por ello se pueden conceptualizar como el conjunto de elementos lógicamente justipreciados por quién procesal y constitucionalmente está investido para hacerlo.

El convencimiento es la medida psicológica de la certeza, pues no existe otra posibilidad que la de estar convencidos respecto de una circunstancia de hecho; la prueba tiende a formar la convicción del juzgador acerca de la exactitud de una de las afirmaciones sometidas a juicio, se dice que no cabe hablar de verdad absoluta ni aun en el campo del proceso penal, pues no se logra una certeza matemática sino una aproximación a la posibilidad de excluir el error judicial, pero no a erradicarlo en todos los casos, por ello se dice que el hecho queda probado (en una aproximación) y no demostrado.

Cuando de la actividad probatoria llevada a cabo con las formalidades establecidas en la ley, con respeto las garantías que la Constitución prevé a favor del inculpado es suficiente, al deducirse la culpabilidad del procesado al valorar las mismas, la presunción de inocencia puede afirmarse que ha quedado destruida. Lo cual implica que toda condena debe ir precedida de una suficiente actividad probatoria por parte del acusador, sin que deba existir hipótesis normativas que obliguen al inculpado a probar su no participación en los hechos delictivos en estudio.

Como señala Ferrajoli “el principio de jurisdiccionalidad al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio, y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea

¹ MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, Filosofía jurídica de la prueba, Porrúa, México, 1995, p. 5.

sometida a prueba y a refutación, postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena”.²

La presunción de inocencia en su rol de regla probatoria referida al juicio de un hecho probablemente delictivo, opera como el derecho que tiene el acusado a no sufrir la imposición de una sentencia condenatoria, si la culpabilidad no ha quedado plenamente demostrada más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas consideradas de cargo y sustentadas en el respeto a las garantías del inculpado, ello implica que las pruebas hayan sido obtenidas a través de un procedimiento legal.

Carnelutti, expresaba respecto de este principio universal: “*El Favor innocentiae*”, según el cual el acusado no es considerado culpable hasta la sentencia definitiva, puesto que mientras el *iter* de la cognición penal no se haya cumplido y por lo tanto no se haya hecho todo cuanto es prácticamente posible para adquirir la certeza, el “juzgado” debe considerarse inocente; esto significa que en la duda, debe preferirse la hipótesis de la inocencia a la culpabilidad. El principio del *Favor innocentiae* opera precisamente cuando las pruebas de las cuales el juez dispone no son tales que lo convenzan ni de la existencia del delito; en tal caso si no resultan suficientes pruebas para condenar, el juez pronuncia sentencia absolutoria”.³

Busca por lo tanto evitar los juicios condenatorios anticipados en contra del inculpado, sin una consideración detenida en la prueba de los hechos y la carga de la prueba, concomitante a la obligación de determinar la responsabilidad del acusado mediante el suministro de pruebas de cargo aptas y suficientes; así se mantiene la posición de considerar que dicha principio fundamental sujeta a todos los órganos del Estado, al destacar la función del órgano persecutor; y deducir que el acusado no debe probar su inocencia, sino quien acusa debe probar su culpabilidad.

Por ello las actuaciones del Ministerio Público durante la averiguación previa dirigidas a probar la existencia de un delito, sirven de base a la acusación, pero deben ser comprobados

² FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, *op. cit.*, p. 549.

³ CARNELLUTTI, Francesco, Derecho Procesal Civil y Penal, T. II, traduc. Jorge Guerrero, EJE, Buenos Aires, 1971, p. 426.

mediante actividades procesales revestidas de todas las formalidades del debido proceso, correspondiéndole al órgano jurisdiccional apreciar si existen datos racionales de incriminación de una persona determinada, al ser suficiente en primera instancia que el juez considere sólo posibles los hechos para abrir el periodo de instrucción, dónde la intervención del inculcado durante el proceso tiene justificación en base al derecho de defensa frente a los posibles hechos que lo vinculan en la realización de una conducta que la ley señala como delito y haga valer situaciones que lo exculpen del mismo, con respeto al principio de contradicción. Pero parece que en la práctica de nuestros tribunales, las diligencias aportadas por la Representación Social son incuestionables y el proceso es una mera transcripción de las actuaciones ministeriales, donde se ha hecho un prejujuamiento de los hechos en sentido positivo respecto de la culpabilidad del procesado.

Incluso, las actuaciones del Ministerio Público, por ser pruebas públicas, tienen valor probatorio pleno, como se ha sostenido en la siguiente tesis aislada:

“MINISTERIO PÚBLICO. ACTUACIONES IRREGULARES QUE CARECEN DE VALOR PROBATORIO CONFORME A LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 286 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL (FALSEDAD DE DECLARACIONES). El artículo 286 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, dispone que las actuaciones practicadas por el Ministerio Público, en investigación del delito y del delincuente, tendrán valor probatorio pleno siempre que se realicen conforme a las reglas establecidas en dicha codificación, en consecuencia, aquellas que se practiquen contrariando las normas procesales relativas carecerán de valor probatorio. De lo anterior se desprende, que tratándose de los casos en que una persona presenta una denuncia ante el Ministerio Público y éste inicia la averiguación previa correspondiente con intervención inmediata de la Policía Judicial, cuyos elementos al entrevistar al denunciante obtienen como resultado la manifestación en el sentido de que faltó a la verdad con relación a los hechos denunciados y así lo hacen del conocimiento del Ministerio Público, a partir de entonces le debe dar el trato de indiciado observándose para ello lo establecido en el artículo 269 del mismo

ordenamiento. Sin embargo, si a pesar del conocimiento de que el denunciante faltó a la verdad, el Ministerio Público en primer término lo hace comparecer en la indagatoria con la finalidad de que ratifique su denuncia y enseguida permite que los agentes de la Policía Judicial se retiren con el ya indiciado, para que posteriormente lo pongan a disposición y, es hasta entonces cuando le hace saber la imputación en su contra y sus derechos constitucionales, en términos del precepto citado en último término, debe estimarse que estas actuaciones se encuentran viciadas (...).”⁴

A diferencia, del criterio de la Suprema Corte de Justicia chilena, la cual señala en una sentencia de 11 de agosto de 2004:

“... que el Ministerio Público es el titular exclusivo de la investigación y es quién sustenta y ejerce la acción penal pública, estamos por tanto, frente a un co-detentor de la potestad punitiva del Estado, lo cual amenaza siempre desbordar frente a un imputado que aparece en una posición de desigualdad ante ese formidable adversario, y debe por ello ser protegido por las instancias más elevadas de la organización jurídica mediante la garantía de un procedimiento estrictamente formalizado y regulado, que le asegure un tratamiento equilibrado y, sobre todo capaz de preservar la presunción de inocencia que constituye el instrumento básico para su defensa”.⁵

4.2 SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La valoración de la prueba es una actividad intelectual que le corresponde realizar exclusivamente al juzgador, consistente en concatenar cada hecho o prueba suministrada o bien ya sea al apreciarlas globalmente, para exponer los puntos de coincidencia o contradicción, cuya finalidad específica es formarse una convicción respecto de la eficacia de las pruebas aportadas en el proceso, con base en sus conocimientos jurídicos, su experiencia y

⁴ **Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**, Novena T. XXII, Noviembre de 2005, tesis I.6o.P. J/13, p. 760

⁵ *Ius Et Praxis*, Humberto Noguira Alcalá, año XI, núm. 1, Chile, 2005, Universidad de Talca, Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales, “Consideraciones sobre el Derecho Fundamental a la Presunción de inocencia”, pp. 227-228.

lo establecido en el ordenamiento legal; para lo cual es pertinente analizar los principales sistemas de valoración de la prueba.

A) SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL

Conocido como el sistema tasado de la prueba, tiene como característica preponderante que el juzgador asigna a la prueba el valor que previamente ha establecido para ella el legislador, tratando de evitar la ignorancia y los errores en que pueden incurrir los jueces. Según la doctrina, dicho sistema deviene del derecho germano, informado por el dogma supersticioso de la religión, intolerante y ciego; que se remonta a la época de los conjugadores (*Eideshekker*), los juicios de Dios (*Gottesurteile*) u ordalías (*Ordalien*), como las del fuego, duelo, agua fría, agua caliente, desprendimiento de sangre del difunto en presencia de su matador y otras manifestaciones primitivas y bárbaras que habrían de evolucionar a formas más jurídicas y convertirse en reglas de valoración legal.⁶

Sin embargo, gracias a la época de terror que se logró con la aplicación severa de las condenas por medio de dicho sistema y de que los jueces no resuelven de acuerdo a su conciencia tiene muchos detractores, así se expresa que “el sistema en estudio convierte al juzgador en un mero autómatas, y en el sacrifica la justicia a la certeza. Afortunadamente ha ido perdiendo terreno, y decimos afortunadamente, porque impide la correcta y precisa determinación del caso concreto y, por ende, su adecuada subsunción en la hipótesis normativa que le corresponde; lo cual, a su vez, se traduce en un insalvable obstáculo para la justa composición del litigio”.⁷

En dicho sistema de prueba legal o tasada, es el propio legislador quien de antemano establece la eficacia y el valor probatorio que debe atribuirse a las pruebas, así como las condiciones y los requisitos que deben observarse, como señala Ferrajoli es falso la fiabilidad en un tipo de prueba y refiriéndose al sistema tasado explica que en el procedimiento

⁶ SABATÉ MUÑOZ, Luis, *Técnica Probatoria*, estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso, Temis, Bogotá, 1997, p. 86.

⁷ DÍAZ DE LEÓN, *Tratado sobre las pruebas penales*, T. II, Porrúa, 5ª ed., México, 2000, p. 431.

inquisitivo moderno, hay una tarifa de pruebas que asignan presuntivamente ciertos valores a los distintos tipos de prueba, conforme cálculos de valor previamente establecidos por la ley.⁸

En efecto, dicho sistema conlleva a la existencia de una actividad legislativa que obliga al juzgador a resolver bajo ciertas reglas preestablecidas para apreciar la prueba; es la ley la que indica el valor que debe darse a cada prueba sin embargo este sistema evita el exceso o la arbitrariedad del órgano jurisdiccional, al permitir uniformidad en la valoración de las pruebas. Además, no debe soslayarse que la prueba legal sólo adquiere sentido en el proceso de valoración de la prueba.

Por ello, no debe desestimarse completamente dicho sistema, toda vez que es producto de una reiterada observación empírica, pues son reglas que codifican principios de la experiencia y que dan en cierta forma seguridad jurídica; lo importante es no desbordar en formulismos severos, porque esa es la principal crítica que se formula al sistema legal de valoración probatoria, el que haya convertido al juez en un contador de las tarifas que se atribuían a cada prueba y que el impedía efectuar un razonamiento del material probatorio; cierto es que durante los llamados “juicios de Dios”, la testimonial y la confesión fueron dotadas de pleno valor probatorio para condenar a muchas personas inocentes, hacen desconfiar de los métodos presuntivos.

B) SISTEMA DE LIBRE VALORACIÓN

En este sistema existe libertad respecto de la valoración que hace el juzgador, parte de la lógica y aprecia la prueba en atención a las reglas de la experiencia. El sistema de la libre valoración, “libre convicción, tiene origen al reaccionar al sistema de la prueba tasada, donde existe una libre valoración de la prueba, pondera el órgano jurisdiccional los distintos elementos de prueba válidamente aportados, no siendo una apreciación arbitraria, pues en todo caso se siguen los principios de la lógica y la experiencia; estableciéndose como requisito el que el juez al realizar la valoración de la prueba motive el procedimiento intelectual que realizó, exteriorizando las razones que condujeron a la formación de su convencimiento.

⁸ **FERRAJOLI**, Luigi, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 134.

Así el tratadista español Jaime Vega Torres refiere que el sistema de <<convicción íntima o en conciencia>> es el principio vigente en materia de apreciación de la prueba en los ordenamientos adjetivos penales europeos, los cuales se encuentran inspirados en el modelo napoleónico del *Códe d'instruction criminelle* de 1808, y asevera que dicho principio nació como consecuencia de la sustitución del sistema de valoración legal de la prueba propio de los procesos inquisitivos del Antiguo Régimen y, en este contexto, la <<convicción íntima o en conciencia>> significa la valoración de la prueba realizada libremente por el juzgador.⁹

Los sistemas de la valoración de las pruebas, tienen un origen correlativamente con los dos sistemas fundamentales que el proceso penal a través de su historia ha desarrollado: el sistema inquisitorio y el acusatorio¹⁰, éste último es donde nace y se desarrolla la presunción de inocencia; en el primer sistema la actividad los sujetos procesales de acusador, defensor y juzgador, se concentraban en una misma persona, quien no podía ser otro que el juez. Sin embargo, éste no fue el sistema más antiguo, pero sin duda el que cubrió de oscurantismo al proceso penal, surgió a raíz de que la iglesia se convirtió en el poder supremo por encima de reyes y príncipes, los papas adquirieron el báculo y la espada que utilizaron de forma horrenda en los llamados juicios de Dios u ordalías, donde se arrancaban las confesiones a base del uso abusivo de la tortura, todo debía desarrollarse en el más misterioso secreto y se aplicaba la sentencia evangélica según la cual la mano izquierda debe ignorar lo que hace la derecha.

Se señala: “El acusado envuelto en las redes de un procedimiento excepcional que esculcaba implacablemente todos los pliegos de su corazón, no tenía ninguna garantía de defensa, y el abogado mismo que le asignaba el Santo Oficio debía convertirse en acusador, no bien había adquirido la culpabilidad de su cliente y deponer en su contra... Los testigos de la acusación debían permanecer desconocidos para el acusado, y hasta sus nombres se ocultaban en los expedientes con una sola letra del alfabeto, y todo esto tenía una cruel razón, un fin

⁹ VEGA TORRES, Jaime, presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, La Ley, Madrid, 1993, p. 157.

¹⁰ “El principio acusatorio se compendia en una conocida máxima: *judex ne procedat ex officio* (el juez no puede proceder más que a instancia de parte); *nemo judex sine actore* (no hay juez sin actor); *judex ne eat ultra petita partium* (el juez no debe conceder más de lo que pidan las partes); *judex secundum allegata et probata a partibus indicare debet* (el juez debe juzgar según lo alegado y probado por las partes); Vid. FLORIAN, Eugene, “Elementos de Derecho Procesal Penal”, Iure editores, México, 2001, p. 50.

diabólico, que era destrozarse con la oscuridad, la soledad y el tedio la fortaleza del hombre más obstinado, de modo que muchas veces confesaba delitos que nunca había cometido”¹¹.

Así las cosas perduro toda la edad media, hasta que el pensamiento liberal de la Revolución Francesa, y de hombres como el Marqués de Beccaria, permitió que la tortura y la pena capital fueran abolidas de la mayoría de los países europeos; históricamente el proceso acusatorio deviene de Grecia y desarrollado por el derecho romano, a él volvieron los pueblos con anhelo de libertad a buscar un sistema que ponderara las garantías individuales y el cual regía desde hacía tiempo en países de corte anglosajón.

Lo más connotado del sistema acusatorio, es que a todo acusado se le presume inocente mientras no se declare culpable en forma definitiva por un Tribunal, proscribiendo medios de coerción para obtener las declaraciones y por ende la confesión dejó de ser la prueba que resolviera el sentido de los fallos judiciales. Resalta el derecho a una defensa, así el derecho romano hereda la máxima: “*judicium accipitur actus ad minus trium personarum: actoris intendetis, rei intentionem evitantis, judicis in medio cognoscentis* [Por proceso se entiende la actuación judicial de por lo menos tres personas: el actor que acusa, el reo que se defiende de la acusación y el juez que decide]”.¹²

Actualmente se dice que existe un sistema mixto, en el cual se combinan ambos sistemas y que en nuestro derecho se puede observar en la fase de averiguación previa, donde el Ministerio Público sostiene una función inquisitoria, en tanto que durante las fases de preinstrucción, instrucción y juicio, se advierte la aplicación del sistema acusatorio; aun cuando se dice que el juez mantiene sus facultades de instruir el proceso en las llamadas “pruebas para mejor proveer”; pero ello es en razón de la finalidad propia del proceso penal, encontrar la verdad “histórica” y no meramente formal y no se deja de respetar el sistema acusatorio. Simplemente se procura llegar a descubrir el hecho sometido a consideración, en sus términos auténticos.

¹¹ FLORIAN, Eugenio, De las pruebas penales, T. I, reimpresión de la 3ª ed., trad. Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1968, p. 8.

¹² *Ibidem.*, p. 7.

Es de resaltarse que los códigos de procedimientos Penales para los Estados de Morelos y Tabasco, incorporan la justificación de la verdad histórica seguida en el proceso penal en sus numerales 4° y 6°:

“ARTICULO 4. El procedimiento penal se sujetará al principio de verdad histórica. El Ministerio Público en la averiguación previa y el juzgador en el proceso, llevarán a cabo todas las actuaciones conducentes a este objetivo y apoyarán con los medios a su alcance el desahogo de las diligencias pertinentes que propongan el inculpado y el ofendido con el mismo fin.”

“ARTICULO 6. El Ministerio Público observará la más rigurosa objetividad en el desarrollo de la averiguación previa. En todo caso procurará el conocimiento de la verdad sobre los hechos y la responsabilidad de sus autores o partícipes. En tal virtud, estará obligado a recabar con igual diligencia las pruebas de cargo y descargo sobre los hechos, la participación delictuosa y otros puntos sujetos al procedimiento, que sean pertinentes para establecer la verdad histórica y resolver con este fundamento, lo que proceda sobre el ejercicio de la acción. En su desempeño como parte procesal, el Ministerio Público ajustará su actuación a los principios de legalidad y buena fe.”

Así, la existencia de un sistema procesal que combine ambas ideologías; obedece a los abusos sufridos en México por los propios juzgadores, quienes acusaban y juzgaban, muchas veces para obtener aspiraciones personales, con antelación a la promulgación de la constitución de 1917, cuya exposición de motivos presentada por el Presidente Carranza para facultar a la figura del Ministerio Público, la persecución de los delitos, señaló:

“Pero la forma no se detiene allí, sino que propone una innovación que de seguro revolucionará el sistema procesal que durante tanto tiempo ha regido en el país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias.

Las leyes vigentes, tanto en el orden federal como en el común, han adoptado la Institución del Ministerio Público, pero tal adopción ha sido nominal, porque la función

asignada a los representantes de aquél, tiene carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia.

Los jueces mexicanos han sido durante el período corrido desde la consumación de la Independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial; ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura.

La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces, que ansiosos de renombre veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes y en otras contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la Ley.

La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará este sistema procesal tan vicioso restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la personalidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la búsqueda de los elementos de convicción, ya que no se hará por procedimientos atentarios y reprochables la aprehensión de los delincuentes.

Por otra parte, el Ministerio Público, con la Policía Judicial represiva a su disposición, quitará a los Presidentes Municipales y a la Policía Común la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más mérito que su criterio personal (...).¹³

¹³ **ORONÓZ SANTANA**, Carlos, Manual de Derecho Procesal Penal, Limusa, 4ª ed., México, pp. 49-50.

Es así como se dice que el sistema acusatorio garantiza la protección de las garantías individuales y que es característica de sistemas de corte liberal implementar la libre valoración de la pruebas por el juzgador.

En este sentido, parece ser que el sistema de libre valoración permite una práctica ilimitada del juzgador para arribar al convencimiento sobre los hechos planteados en el proceso; sin embargo en acatamiento al principio de presunción de inocencia, se ha abandonado el criterio de la absoluta libertad del juzgador en el campo de la apreciación de las probanzas, pues se debe emitir una sentencia absolutoria cuando hay insuficiencia de pruebas aún en el caso de que el juzgador metajurídicamente esté convencido de la culpabilidad del inculpado, esto quiere significar, que el juez tiene libertad de criterio para valorar las pruebas, pero que no significa que se haga por capricho o arbitrariamente, sino mediante un estrecho camino que es el de la lógica, racional-jurídica.

Desde esta óptica, la determinación de la culpabilidad del acusado implica el convencimiento del juzgador sobre los hechos planteados dentro del procedimiento penal, pero como se plantea en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, la presunción de inocencia impide que se emplea el principio de <convicción en conciencia> que sustituyó el sistema de valoración legal de la prueba, si falta el mínimo probatorio exigido por la ley debe absolver al inculpado, aun cuando tenga el convencimiento íntimo de la culpabilidad del mismo, reputándose los hechos como inciertos y sin posibilidad de condenar al acusado, en virtud de considerar que la condena debe basarse en la prueba practicada y en ausencia de ésta, el juzgador debe absolver al inculpado aun cuando esté convencido de la culpabilidad del acusado, tal como lo refiere la siguiente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español:

<En el seno del proceso penal, la traducción de tan prestante y apreciada regla estriba en considerar *ab initio* inocente al inculpado, traspasando a las partes acusadoras la carga aportadora de aquellos elementos de prueba capaces de trocar ese planteamiento inicial en un fundado y razonable veredicto culpabilístico; y ello de tal modo que, ante un vacío de aportaciones, ante cualquier fracaso en el suministro de datos reveladores de la

efectiva participación del encausado en el hecho criminal investigado, se impone su absolución con independencia de la convicción íntima en el ánimo del juzgador¹⁴.

Todo lo cual evidencia que la presunción de inocencia se aplica con preeminencia tanto en caso de insuficiencia de la prueba de cargo por encima del convencimiento del juzgador de la inocencia del inculpado, así como en las hipótesis de que exista la prueba de cargo pero el juez de la causa no esté convencido, en ambos supuestos se debe absolver, en acatamiento de dicho principio fundamental.

Nuestros Códigos de Procedimientos Penales establecen un sistema de valoración mixta; del sistema tasado con el carácter de valor probatorio pleno, para el caso de la prueba indiciaria, las documentales públicas, los cateos y la inspección judicial; se puede afirmar que se manifiesta una hipervaluación de las pruebas señaladas, pero naturalmente en un aspecto más centrado, pues la confesión ya no es *regina probatorium*. Las demás pruebas: testimonial, documental privada, careos, reconstrucción de hechos, confrontación, etcétera, sólo tienen valor de indicio.

Dicho sistema de valoración, ha sido denominado de sana crítica, porque combina los sistemas antes expuestos, por lo que ha sido introducido en ordenamientos, tales como el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Morelos, que señala:

“ARTICULO 108. El juzgador apreciará las pruebas conforme a la sana crítica, tomando en cuenta para ello las reglas especiales que fije la ley, los principios de la lógica y las máximas de la experiencia. En tal virtud, determinará la eficacia de las pruebas desahogadas, exponiendo en las resoluciones que dicte, los elementos en que se funde para asignarles o negarles valor y cuál es el que les otorga con respecto a los hechos sujetos a prueba (...)”

De cualquier forma la estructura lógica de la actividad mental probatoria del juzgador, que discurre lógicamente a partir de algo conocido a algo por conocer, es coincidente en todos

¹⁴*Ibidem*, p.167.

los casos, a que no se escapa ni tan siquiera la prueba legal, pues valoración libre o tasada, es siempre valoración racional de la prueba.

4.3 LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El tema neurálgico de la actividad probatoria lo constituye sin duda, la carga de la prueba, pues a través de esta figura se ha querido resolver las dificultades probatorias, entre otras, de máximas como: *qui dicit non qui negat o negativa non sunt probanda* (la negativa no exime de probar lo alegado). Así el valor de las presunciones ha hecho recurrir a las reglas que le son propias a la carga de probar un hecho.

La lógica del Derecho prescribe que quien alega un hecho en juicio tiene la obligación de probar, puesto que la alegación no constituye por sí sola una prueba, así es conforme la tradición del derecho romano, la que funda el concepto de carga de la prueba sobre la base de ser necesario que cada una de las partes alegue y pruebe los hechos a los cuales la norma vincula un determinado efecto “*necessitas probandi*” y que ha evolucionado al “*onus probandi*” del derecho germano, dentro de un proceso donde el juez tiene amplias facultades en la valoración de las pruebas.¹⁵

Ello implica que el juzgador dentro del contexto de un sistema dispositivo tiene que resolver *secundum allegata et probata*, lo que significa que la certeza de los hechos planteados ante el órgano jurisdiccional, es consecuencia exclusivamente de la actividad probatoria de las partes; luego, debe mantener una postura estática y pasiva, por ello se dice que es el propio sujeto procesal quien ha de soportar la carga de su inactividad probatoria y de absorber los riesgos de su negligencia, pues corresponde a las partes aportar los medios de ataque y defensa, con los cuales el juzgador resolverá la controversia sometida a su consideración.

En este sentido el artículo 248 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala:

¹⁵ Vid. al respecto MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba, traduc. Santiago Sentis Melendo, Temis, Bogotá, 1989, p. 59.

“Art. 248.- *El que afirma está obligado a probar. También lo está el que niega, cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelve la afirmación expresa de un hecho.*”

Así, la teoría de la prueba en el tema de la carga probatoria, ha tenido que ser distinguida de la obligación para adquirir autonomía; el concepto de obligación como entidad jurídica alude a un vínculo impuesto por un interés ajeno, el previsto en el ordenamiento jurídico, vínculo cuyo cumplimiento no es potestativo y puede producir una situación de ilicitud por la violación a un mandato jurídico; en tanto que la carga de la prueba conlleva a seguir una determinada conducta a fin de conseguir un resultado favorable que de otra manera sería imposible realizar, la inobservancia de ese deber no apareja la violación de una norma jurídica sino de una regla de conveniencia, implica una autoresponsabilidad; por ello se dice que en principio no existe ningún deber de probar, pero el no probar significa una derrota en la mayoría de los casos.

Goldschmidt señala al respecto que “la antítesis del derecho procesal es la carga procesal, es decir, la necesidad de prevenir un perjuicio procesal y, en último término, una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativos del propio interés. En eso se distinguen de los deberes, que siempre representan imperativos impuestos por el interés de un tercero o de la comunidad”.¹⁶

Así, obligación y carga son conceptos heterogéneos, pues el primero indica la necesidad jurídica de seguir un determinado comportamiento establecido en una norma, por lo general para la satisfacción de un interés particular; en cambio el segundo concepto alude al ejercicio de ese poder para obtener algo favorable, en el momento en que se desee.¹⁷

Uno de los extremos que deben cumplirse para no violentar la presunción de inocencia, consiste en que dicha presunción “*iuris tantum*”, sólo puede desvirtuarse por una prueba de cargo suficiente, aportada por la parte acusadora, que sea bastante para excluir la presunción

¹⁶ **GOLDSCHMIDT**, James, Principios generales del proceso, vol. 1, Jurídica Universitaria, México, 1999, p. 28.

¹⁷ *Ibidem*, p. 67.

de que goza el inculpaado durante el proceso penal; de manera que concatenada con otros indicios, hagan fundado determinar la culpabilidad del sujeto por el órgano jurisdiccional al emitir su sentencia.

Marco Antonio Díaz de León, explica que la carga de la prueba debe entenderse como el gravamen que recae sobre las partes y básicamente consiste en la aportación de los medios probatorios al órgano jurisdiccional, para buscar su persuasión sobre la verdad de los hechos que son manifestados por las partes en el proceso.¹⁸

La carga de la prueba es un concepto procesal propio del Derecho Civil que alude a la distribución de la probanza de los hechos aludidos por las partes en el proceso, propio del principio dispositivo que significa que el órgano jurisdiccional es receptor de las pruebas aportadas por las partes; en nuestro proceso penal la acusación la formula y prueba el Ministerio Público.

A su vez Florian expresa que la carga de la prueba es la obligación que se impone a un sujeto de ofrecer prueba de lo que afirma, y sin la cual la afirmación queda privada de toda eficacia y valor jurídico, El proceso civil difiere del penal, porque en éste tal carga incumbe a las partes y para lo que respectivamente afirman, y de aquí la regla *actore non probante absolvitur*. Por su parte en el proceso penal, al buscarse la de la verdad objetiva o material, por ser de interés público, la investigación delictiva sería incompleta si se dejara al arbitrio de las partes y puede inclusive desaparecer cuando el juez dicta pruebas para mejor proveer y por ello la carga de la prueba no existe”.¹⁹

De ello se afirma que para dicho autor el principio de distribución de la carga de la prueba no es aplicable al proceso penal, pues no hay una carga de la prueba en el sentido de obligación de las partes. Criterio que no compartimos pues si existe carga de la prueba, pero corresponde exclusivamente al Ministerio Público, que no es otra que la prevista en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, de demostrar el cuerpo del delito y la

¹⁸ **DÍAZ DE LEÓN**, Marco Antonio, Tratado sobre las pruebas penales, *op. cit.*, p. 385.

¹⁹ **FLORIAN**, Eugene, “Elementos de Derecho Procesal Penal”, *op. cit.*, p. 175.

responsabilidad penal del acusado, aun cuando no se deja de soslayar que si se dice que existe un desplazamiento de la carga de la prueba que debería corresponder a la defensa del inculpado, se está de algún modo aceptando que dicha obligación le compitió al justiciable, lo cual no es acorde con la naturaleza del derecho fundamental en estudio.

Luego, se ha dicho que la carga de la prueba es inexistente en el proceso penal, al prevalecer el principio oficioso según el cual la iniciativa de recabar las pruebas le incumbe a la Representación Social, atento a lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Federal: “...La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público...”, por lo que en esta fase del procedimiento penal el llamado principio dispositivo no tiene cabida, pues ambas partes aportarían los elementos probatorios, al no ser la carga de la prueba para las respectivas partes; sin embargo creemos que dicha posición es correcta en cuanto se afirma que no existe carga de la prueba en el momento de la preparación de la acción penal, que como su nombre lo indica solo apertura la intervención del órgano jurisdiccional a cuya custodia quedará la instrucción y en donde verdaderamente las partes deberán estar en igualdad de condiciones, en el cual debe regir el principio dispositivo de la prueba y el de contradicción, donde se defiendan las propias posiciones y donde adquiere firmeza la acusación para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que la carga de probar la acusación corresponde al Ministerio Público, es a esta institución a quien le compete probar la perpetración de un hecho reputado como delictuoso por parte del acusado.

Lo anterior, implica como explica la doctrina, que exista un desplazamiento de la carga de la prueba a la parte acusadora, al incidir la presunción de inocencia en la distribución de la carga material probatoria, que lo es la Representación Social quien debe realizar una actividad probatoria activa para desvirtuar la presunción de inocencia de que es titular el acusado, éste no tiene que acreditar su inculpabilidad ni realizar actos de autoincriminación, ni siquiera el deber de declarar, tal como el artículo 20 constitucional en su apartado “A”, fracción II, lo consagra; por lo que el silencio del acusado es un derecho de defensa que no puede suponer ni el reconocimiento de los hechos ni la negativa de los mismos como lo sustentan los instrumentos internacionales que hemos analizado a lo largo del presente trabajo.

Puede discutirse si existe dicho desplazamiento o bien si el *onus probandi* en acatamiento a la presunción de inocencia se impone, pues de lo contrario implicaría que esa necesidad de probar recayó en el acusado y se desplazó.

Pero ello solo resalta la idea de que el acusado queda exento de probar su inocencia o su no culpabilidad, la prueba del hecho delictivo y de su autoría es deber del acusador, quien ha practicar con tal fin una adecuada prueba incriminatoria para fundamentar la condena del inculpado; al respecto el Tribunal Constitucional español emitió el siguiente criterio:

“...el derecho a la presunción significa, como es sabido, que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas. Significa, además que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia con no participación en los hechos.”²⁰

El proceso penal, busca como hemos señalado, la verdad material de los hechos expuestos mediante un análisis minucioso, preciso y reflexivo sobre la imputación; el procesado tiene interés en demostrar su inocencia, pero el Ministerio Público como auténtico depositario de los intereses sociales tiene obligación de comprobar si efectivamente se ha cometido una conducta tipificada en la ley penal por mandato constitucional y entonces decidir accionar la pretensión punitiva del Estado.

A tal virtud, la máxima *onus probandi incumbit ei qui dicet*, de que el que afirma debe probar, corresponde sola y exclusivamente al Ministerio Público que afirma la acusación, pues existe también la máxima *“actore probante reus absolvitur”* que implica que si el actor no probó, debe absolverse al reo, en orden a que la finalidad del proceso penal es encontrar la verdad histórica, porque lo que se puede restringir es uno de los bienes más preciados para el ser humano: la libertad. En virtud de ello el juez tiene razón para buscar elementos que

²⁰ CLIMENT DURÁN, Carlos, La prueba penal, *op. cit.*, p. 715.

esclarezcan dudas, pues lo que decida versará sobre la inocencia o la responsabilidad de una persona, el problema no se centra en la traslación de la prueba de cargo al órgano de la acusación, sino que tiene su momento más dramático en la fase de la valoración de la misma.

No obstante, se mantienen criterios jurisprudenciales que aún aseveran que la carga de la prueba pertenece al órgano acusador, y que no es el inculpado quien tenga que probar su inocencia, nuestro máximo tribunal constitucional, sostiene el criterio de la inversión de la carga probatoria para el inculpado en ciertos delitos, tal como lo establece la siguiente jurisprudencia:

“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DESVIRTUADA, LA CARGA PROBATORIA EN CONTRARIO LE CORRESPONDE AL INCULPADO (SALUD, DELITO CONTRA LA TRANSPORTACIÓN DE MARIHUANA). *Es cierto que corresponde al agente del Ministerio Público la carga de probar los elementos y hechos que integran el delito imputado de transportación de marihuana y la probable responsabilidad del quejoso en su comisión, atento a la vigencia del principio universal de derecho de que toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. Sin embargo, al quedar probado fehacientemente en la especie que al inculpado se le detuvo manejando un vehículo de motor que tenía un comportaimiento especial para la transportación de cosas en forma oculta, lugar donde se encontró determinada cantidad del estupefaciente y, por ende, su participación en dicha transportación; así las cosas, dable es afirmar que entonces, la carga probatoria en contrario, corresponde al inculpado respecto de los hechos demostrados en su contra, debiendo así acreditar que no estuvo en la posibilidad de enterarse de la existencia de la marihuana que transportaba, como también la falta de voluntariedad en la realización del ilícito atribuido, debiendo demostrar todos y cada uno de los hechos que se dieron desde el momento en que salió de su domicilio hasta el diverso momento en que fue detenido con el enervante cuya existencia dijo desconocer. Y al no hacerlo, el acto que se reclama resulta apegado a la legalidad, al constatarse que el órgano acusador cumplió su obligación probatoria, desvirtuando el referido principio de inocencia.”*²¹

²¹ **Semanario Judicial de la Federación y su gaceta**, T. X, Noviembre de 1999, tesis: VIII.1o.27 P, p. 1009.

En este sentido la prueba de cargo que puede desvirtuar la presunción de inocencia de que goza el inculpado, requiere ser un hecho que evidencie la responsabilidad penal de éste o cuando menos que constituya un indicio de ésta al tener carácter incriminatorio, imprime certeza sobre la culpabilidad del justiciable en el momento de la valoración de la prueba. La tesis en comento esta en franca oposición con la naturaleza de dicho principio, al controvertir la carga de probar su inocencia al inculpado; no se trata de que éste pruebe su inculpabilidad, sino que le corresponde al órgano jurisdiccional valorar la declaración del acusado y la carga de la prueba que obra en su contra, pues aún ante el silencio del inculpado, debe proscribirse la consideración de que si guarda silencio es en razón de ser culpable del delito imputado, en todo caso debe partirse de la idea de que no todo lo aseverado por el inculpado debe tenerse por verídico, sin que ello sea obstáculo para corroborar el resultado probatorio de otros medios de conocimiento que obren en el sumario, pero de ninguna forma expresar que la carga de la prueba está a cargo del acusado.

El criterio siguiente, muestra la tradición que por décadas ha rodeado la practica judicial mexicana, en base al antiguo artículo 9 del Código Penal Federal, de presumir el dolo y por consiguiente como resabio de ello, considerar que es al inculpado es a quien compete oponer defensa ante las pruebas que obran en su contra, con una total ignorancia de los alcances de la presunción de inocencia:

*“DOLO, CARGA DE LA PRUEBA CONTRA LA PRESUNCIÓN DE. El que afirma tiene la obligación de probar sus aseveraciones, sobre todo si éstas contradicen presunciones, como la de la intencionalidad delictuosa”.*²²

Así también, si se ha emitido el criterio, que fue resuelto en la contradicción de tesis 68/2005-PS, que la presunción de inocencia no se violenta con la sola negativa del inculpado para acreditar su participación en el evento delictivo de manera dolosa, pues se requiere adminicular dicha negación con el resto del material probatorio, pero motivando en su caso que de conformidad con la prueba indiciaria se hace evidente la responsabilidad del justiciable, lo cual es más lógico y permite dejar de legitimar tipos penales que señalen de

²² **Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**, T. XXII, octubre de 2005, tesis 1a./J. 117/2005, p. 253.

manera expresa presunciones de dolo: **“DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN. LA SOLA MANIFESTACIÓN DEL INculpADO RESPECTO A QUE DESCONOCÍA LA EXISTENCIA DEL NARCÓTICO TRANSPORTADO, NO DESVIRTÚA LA EXISTENCIA DEL DOLO.** El delito contra la salud en su modalidad de transportación de narcótico requiere para su actualización del acreditamiento del dolo, mismo que corresponde probar al Ministerio Público de la Federación, atento al principio de presunción de inocencia, recogido implícitamente en la Constitución Federal. Al ser el dolo un elemento subjetivo la prueba idónea para acreditarlo es la confesión del agente del delito, empero ante su ausencia, puede comprobarse con la prueba circunstancial o de indicios. Para acreditar el dolo en el delito señalado, es menester probar que el agente del delito tenía pleno conocimiento, entre otros elementos, de la existencia del narcótico que transportó. Lo que, en los términos anteriormente anotados, corresponde probar al Ministerio Público. Sin embargo, cabe aclarar que la sola manifestación del inculpaado respecto a que desconocía la existencia del narcótico que transportó, no puede por sí sola, acreditar la ausencia del dolo, ni desvirtuar su existencia, sino que la misma únicamente constituye un indicio más, que tendrá que valorar el juzgador, al momento de determinar la acreditación o no del dolo, como elemento del delito, por supuesto, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, esto es, tomando en consideración la mecánica de los hechos conforme a todas las constancias que obren en el expediente, sin que con ello se vulnere el principio universal de presunción de inocencia, pues ello no implica que la mera negación respecto de uno de los elementos del delito, como lo es el dolo, implique que el mismo se encuentra desvirtuado, toda vez que si obran en la causa diversos medios probatorios, aportados no sólo por la representación social sino incluso por el propio sujeto activo del delito o su defensa, mediante los cuales se acredite, aun de manera circunstancial, el dolo, no puede establecerse que la sola afirmación respecto al desconocimiento del narcótico, desvirtúe la existencia del dolo, sino que la misma únicamente constituye un medio probatorio más, que deberá ser valorado por el juzgador al momento de dictar sentencia.²³

²³Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, T. XXII, Octubre de 2005, tesis 1a./J. 117/2005, p. 253.

La carga de la prueba atribuida a la acusación implica que la insuficiencia o la deficiencia de la misma, conlleve a la desestimación de la pretensión punitiva del Ministerio Público y se absuelva al inculpado; y los indicios de culpabilidad del sujeto deberán ser tomados en cuenta en la etapa de valoración probatoria sin hacer un prejujuicio sobre la inocencia del inculpado.

La ausencia de una prueba de cargo practicada con las garantías procesales correspondientes y que no sea apta para fundamentar la responsabilidad del acusado, debe considerarse incierta en acatamiento al principio de presunción de inocencia; ello en virtud de que el ordenamiento adjetivo penal, permite al juez cuando no está plenamente convencido de la culpabilidad del acusado aún cuando exista prueba de cargo, emita una resolución absolutoria, de forma que se tiende a la posibilidad de absolver a un culpable que condenar a un inocente, como derecho fundamental condiciona la determinación de la culpabilidad pero en ningún caso permite la imposición de una condena.

Así la apreciación de la pruebas de acuerdo a nuestro sistema mixto de valoración, ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria de cargo, pues la sola existencia de tal actividad no puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia que beneficia a toda persona, no basta, que se haya practicado alguna prueba, sino que es preciso que el resultado de la misma acredite la culpabilidad del acusado.

Respecto de la extensión fáctica que contiene la prueba de cargo, se ha cuestionado si abarca a los elementos que puedan excluir la responsabilidad del imputado, ello es las circunstancias atenuantes y eximentes del delito. En este sentido la jurisprudencia española ha señalado que las circunstancias agravantes del tipo deben estar acreditadas como los hechos que se tratan de subsumir en un tipo penal, pero que el derecho fundamental de la presunción de inocencia no abarca la comprobación de la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad, de manera que corresponde al acusado hacer valer las mismas, pues se impondría a la acusación la carga imposible de tener que probar además los hechos positivos integrantes del tipo penal en cuestión y de la no participación del acusado.²⁴

²⁴ MONTAÑES PARDO, Miguel Angel, La presunción de inocencia, *op. cit.*, p. 83.

Ello conduce a establecer que los tribunales españoles no consideran que la presunción de inocencia debe alcanzar a los hechos que excluyan una conducta delictiva, pues cuando se trata de un hecho que excluya la responsabilidad del acusado, debe ser la defensa la que tiene la carga de la prueba.

La afirmación anterior se establece en la siguiente tesis del nueve de febrero de 1995, donde distingue los hechos impeditivos (para nuestra legislación serán los que excluyen el delito) de los hechos negativos, pues no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación que la introducción de un hecho que, aun acreditados aquellos, impida sus efectos punitivos, pues esto debe probarlo quien lo alega ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el *onus probandi* de aquello que pretende aportar al proceso, de modo que: “probados el hecho y la participación en él del acusado que es la carga probatoria que recae sobre el acusado, dicha carga se traslada a aquél cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminen la antijuridicidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probara por él cometidos ... por lo que no es admisible su pretensión de que se aplique la presunción de inocencia para admitir un error de prohibición, cuya existencia le correspondía probar a él (...)”.²⁵

Sin embargo, consideramos que resulta evidente que en virtud de la presunción de inocencia, si del relato de los hechos consignados en autos, se aprecia por el juzgador que el acusado actuó bajo una causa excluyente de responsabilidad, aún sin proposición por parte de la defensa del inculpado, el órgano jurisdiccional la debe hacer valer de oficio, y aún más el propio Ministerio Público, al abarcar igualmente la etapa de la averiguación previa, en acatamiento al artículo 17 del Código Penal Federal:

ARTICULO 17.- Las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento.

²⁵ **RIVES SEVA**, Antonio Pablo, La prueba en el proceso penal, doctrina de la Segunda Sala del Tribunal Superior, Aranzadi, 2ª ed., Madrid, 1996, p. 39.

El inculpado no tiene que demostrar su inocencia, e incluso su versión de que lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba de cargo, pero ello no debe servir para considerarlo culpable, en todo caso su versión de los hechos constituye un dato que el juez deberá aceptar o rechazar razonadamente, así considerados como indicios negativos, o coartadas.

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido un criterio contrario, como se puede apreciar a continuación, al referir que será en todo caso el inculpado quien deba de probar que su actuar actualiza una causa de exclusión del delito, criterio que justifica revertir la carga de la prueba:

“CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO. LA CARGA DE LA PRUEBA LE CORRESPONDE A QUIEN LA HACE VALER. Se entiende por causa de exclusión del delito aquella que, concurriendo en el comportamiento de una persona, la releva de su responsabilidad penal, aun cuando la acción u omisión que haya realizado esté prevista en la ley como delito. Ahora bien, la carga de la prueba corresponde a quien hace valer dicha causa, atento al principio general de derecho que establece que quien afirma está obligado a probar, lo mismo que el que niega, cuando su negación sea contraria a una presunción legal o cuando envuelva la afirmación expresa de un hecho. Lo anterior no vulnera los principios de debido proceso legal y acusatorio, íntimamente relacionados con el principio de presunción de inocencia - implícitamente reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-, pues ello de ninguna manera releva al Ministerio Público de la Federación de la carga de la prueba de todos los elementos del delito, sino que únicamente impone al procesado la carga probatoria respecto a la causa de exclusión del delito que haga valer, una vez que éste ha sido plenamente probado por la referida representación social, por implicar una afirmación contraria a lo probado, que corresponde probar a quien la sostiene.”²⁶

²⁶ **Semanario Judicial de la Federación y su gaceta**, Novena Época, T. XXIII, Marzo de 2006, tesis: 1a. CX/2005, p. 203.

4.4 NATURALEZA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Está generalizada la idea de que la presunción de inocencia no es una verdadera presunción, en el sentido de faltarle los elementos esenciales para que deben integrar a la misma, los cuales son, como se ha explicado: el indicio, constituido por el hecho probado, la presunción o hecho por probar, el que es desconocido y finalmente el enlace lógico-jurídico-racional que debe existir entre estas dos premisas; al respecto el tratadista Esteban Romero Arias, señala que no puede ser una presunción toda vez que a través de ella no se prueba nada, ya que tiene existencia en tanto no se haya practicado prueba de cargo o bien practicada ésta no convenza al juzgador, siendo un derecho fundamental que vincula a todas las autoridades y a los ciudadanos.²⁷

En la misma opinión se expresa María del Pilar Santos, al señalar que: “no podemos considerarla como tal en sentido jurídico, porque una norma, para considerarse de presunción, debe poseer unas determinadas características:

- Estar contenida en una ley positiva.
- Tener carácter procesal.
- Tener carácter y repercusiones probatorias.
- Enlazar entre si dos afirmaciones, antecedentes y consecuente, que deban ser distintas.

De esta forma apreciamos que el hecho que nos ocupa reúne las tres primeras características, por lo que diremos... que la presunción de inocencia no es una verdadera presunción”.²⁸

Conceptualmente, la presunción de inocencia no es una autentica presunción, pues no relaciona dos afirmaciones entre sí, sino que ciñe a presumir la inocencia del acusado, sin

²⁷ ROMERO ARIAS, Esteban, La presunción de inocencia. *op. cit.*, p. 41.

²⁸ *Revista de Derecho*, María del Pilar Martín Santos, núm. 1, España, diciembre, 1993, Departamento de Disciplinas Histórico-Jurídicas y Económico-Sociales, “La Constitución de 1978 y la presunción de inocencia como derecho fundamental”, pp. 82-83.

especificar la afirmación de la cual se presume, que no es otra que un principio de justicia y humanidad.

Por ello a pesar de las críticas hechas a la denominación de presunción de inocencia, la misma está compuesta de una verdadera presunción abstracta, la cual es susceptible de admitir una consideración en contrario, y en donde se aprecia una máxima de la experiencia, que es la de considerar la afirmación de que todos los ciudadanos viven pacíficamente en sociedad sin cometer actividades ilícitas salvo prueba en contrario, de que hayan cometido un acto delictivo, esto es, que se tienen por inocentes o inculpables de cualquier delito hasta en tanto una sentencia ejecutoria señale lo contrario.

En jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, sostiene que: “*es una presunción “iuris tantum”, que sólo subsiste mientras no sea destruida por prueba en contrario (STS 11 julio 1984), pues la misma <<equivale a situar a todo acusado en una posición inicial e inconvencible de inocencia, sólo destruible por pruebas que demuestren su culpabilidad>> (STS de 2 diciembre 1985)*”.²⁹

Lo cual evidencia que la presunción de inocencia es una prueba *iuris tantum*, por virtud de la cual se parte de la concepción que toda persona es inocente, a menos que se pruebe otra cosa, mediante prueba suficiente y apta por parte del órgano acusatorio.

4.5 UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Es sabido que en la formación de la convicción judicial intervienen las pruebas y las presunciones; la llamada prueba indiciaria conjuga ambos elementos, en virtud de partir de un hecho cierto o acreditado, que es el indicio, el cual asociado a una presunción, permite verificar otro hecho distinto y que es consecuencia de un enlace lógico-racional, de carácter jurídico.

²⁹ MONTAÑES PARDO, Miguel Angel, La presunción de inocencia, *op. cit.*, p. 43.

Se dice que esta prueba es de tipo indirecta, al requerir de una proposición por medio de una tercera, pero no existen pruebas directas como tal, ya que de la percepción de los instrumentos probatorios se tiene que hacer una valoración, de ahí que todas las pruebas se constituyan en indicios que requieran vincularse para determinar que estamos ante una prueba plena o ante una simple sospecha, pero ninguna prueba por sí sola emite convicción absoluta. Por ello, salvo que existiera esa posibilidad, en los demás casos se va a emplear la prueba presuncional hasta alcanzar la convicción sobre el hecho que se trate de probar.

Así, se expresa que una sentencia condenatoria se funda válidamente en una prueba confesional o mediante la prueba circunstancial o indiciaria, ya que a través de ella se puede comprobar el propio elemento subjetivo genérico (dolo), como lo ha establecido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en el siguiente criterio:

“DOLO DIRECTO. SU ACREDITACIÓN MEDIANTE LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL. *El dolo directo se presenta cuando el sujeto activo, mediante su conducta, quiere provocar directamente o prevé como seguro, el resultado típico de un delito. Así, la comprobación del dolo requiere necesariamente la acreditación de que el sujeto activo tiene conocimiento de los elementos objetivos y normativos del tipo penal y quiere la realización del hecho descrito por la ley. Por ello, al ser el dolo un elemento subjetivo que atañe a la psique del individuo, la prueba idónea para acreditarlo es la confesión del agente del delito. Empero, ante su ausencia, puede comprobarse con la prueba circunstancial o de indicios, la cual consiste en que de un hecho conocido, se induce otro desconocido, mediante un argumento probatorio obtenido de aquél, en virtud de una operación lógica crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos. En efecto, para la valoración de las pruebas, el juzgador goza de libertad para emplear todos los medios de investigación no reprobados por la ley, a fin de demostrar los elementos del delito -entre ellos el dolo-, por lo que puede apreciar en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena. Esto es, los indicios -elementos esenciales constituidos por hechos y circunstancias ciertas- se utilizan como la base del razonamiento lógico del juzgador para considerar como ciertos, hechos diversos de los primeros, pero relacionados con ellos desde la óptica causal o lógica. Ahora bien, un requisito primordial de dicha prueba es la certeza de la circunstancia indiciaria, que se traduce en que una vez demostrada ésta, es necesario referirla, según las normas de la lógica, a una premisa mayor en la que se contenga en abstracto la conclusión de la que se busca certeza. Consecuentemente, al ser el dolo un elemento que no puede demostrarse de manera directa- excepto que se cuente con una confesión del sujeto activo del delito- para acreditarlo, es necesario hacer uso de la prueba circunstancial*

*que se apoya en el valor incriminatorio de los indicios y cuyo punto de partida son hechos y circunstancias ya probados.*³⁰

Ciertamente, el inculpado no tiene que demostrar su inocencia, e incluso su versión de que lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba no debe servir para considerarlo culpable pero su versión constituye un dato que el juez deberá aceptar o rechazar razonadamente, así como indicios negativos o coartadas.

La prueba indiciaria tardó mucho en ser admitida dentro del procedimiento penal, en virtud de que el sistema inquisitivo, llevó a muchos ciudadanos al patíbulo, por cualquier mínima sospecha. Así presunción viene del latín *praesumptio*, acción y efecto de presumir, sospechar, conjeturar, juzgar por inducción³¹; pero esta desconfianza hacia la prueba presuncional tiene además un origen histórico. En la edad media se decía que los indicios eran semejantes a sospechas o conjeturas, o suposiciones no fundamentadas por una actividad probatoria debida; ello resultante de haberse utilizado la presunción en un sentido vulgar y no en una concepción técnico-jurídica; de ahí su desestimación como una construcción probatoria válida para condenar a una persona.

Incluso, los propios juzgadores son reacios a aceptar que en sus valoraciones probatorias, utilizan la presunción judicial, como si estuvieran inseguros de hacerlo, por considerar que tal uso no es jurídicamente aceptable, sin que el término jurídico de presunción tenga relación con la duda o la inseguridad jurídica, sino que por el contrario produce certeza completa. Muchas sentencias solamente han podido ser condenatorias a consecuencia de haberse aplicado la prueba presuncional, sino hubiesen sido absolutorias, con la consecuente impunidad que en ocasiones se verifica.

Es simplificador el temor a las simples sospechas cuando el maestro Carrara expresaba en el año de 1873 en su conferencia inaugural del curso de Derecho criminal: “*El*

³⁰ **Semanario Judicial de la Federación y su gaceta**, Novena Época, T. XXIII, Marzo de 2006, tesis: P. CVII/2005, p. 205.

⁶⁹ *Diccionario Jurídico Mexicano*, T. P-Z, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 12ª ed., México, 1999, p. 314.

procedimiento penal tiene como impulso y fundamento una sospecha; una sospecha que, al anunciarse que se ha consumado un delito, designa verosímilmente a un individuo como autor o partícipe de él; y de este modo autoriza a los funcionarios de la acusación a adelantar investigaciones para la comprobación del hecho material, y para dirigir sus averiguaciones contra ese individuo.

Pero frente a esta sospecha se alza a favor del acusado la presunción de inocencia que asiste a todo ciudadano; y esta presunción se toma de la ciencia penal, que de ella ha hecho su bandera, para oponerla al acusador y al investigador, no con el fin de detener sus actividades en su legítimo curso, sino con el objeto de restringir su acción, encadenándola a una serie de preceptos que sirvan de freno al arbitrio, de obstáculo al error y por consiguiente, de protección a aquel individuo”.³²

Dicha prueba supone, un elemento fáctico que autoriza una deducción, como consecuencia de él, permite afirmar un hecho oculto, a través de una inducción, el indicio es un dato meramente objetivo que permite a través de un razonamiento lógico despejar la incógnita. Sin discernimiento lógico, no puede establecerse un juicio en sentido jurídico, consecuentemente la prueba es la afirmación de una proposición que se establece mediante el análisis de la realidad fenomenológica; ahí donde existe un razonamiento hay una presunción.

Sin embargo, se considera por un sector de la doctrina como peligrosa, al existir un alto riesgo en la utilización de la regla de la experiencia por parte del juzgador, para emitir el razonamiento que fija el nexo causal entre el hecho cierto y el desconocido; no obstante las mismas pruebas directas no están exentas de errores judiciales, por lo que no se puede hablar de condena si no está presente la convicción judicial. Por otra parte, la incertidumbre proviene de los indicios en la mayoría de los casos y por ello no se puede hablar de prueba presuncional, sino de un cúmulo de datos aislados que no conducen a una conclusión de culpabilidad del justiciable.

³² CARRARA, Francisco, Opúsculos de Derecho Criminal, *op. cit.*, p. 14.

Por lo que surge la discusión si se debe considerar como un medio probatorio junto a los demás previstos en el ordenamiento adjetivo penal o bien como un instrumento para lograr la convicción judicial; así se dice que su correcta ubicación es en la fase de depuración, situada entre la valoración de la prueba y la carga de la prueba.³³ Sin embargo lo que acontece es que la estructura de la prueba presuncional, resulta más compleja que los restantes medios de prueba, ya que no sólo ha de resultar probado el hecho del que parte, sino que es menester motivar la conexión racional entre éste y el desconocido y comprobar la prueba en contrario, para reducir al máximo el margen de error judicial. Puede concebirse como una prueba supletoria, no porque sea jerárquicamente inferior que las demás pruebas, sino porque se auxilia de éstas para aportar sus propias afirmaciones, por eso consideramos que es auténticamente una prueba y no solamente un simple razonamiento judicial, carácter que prevalece aun cuando aprovecha los resultados probatorios suministrados por otros medios de prueba.

La prueba circunstancial adquiere carta de nacionalidad en el juicio de valor que formula el órgano jurisdiccional, acerca de la identidad o discrepancia que existe en la objetividad del dato extraído de la realidad, así mediante el análisis y conexión de datos y fenómenos que se desenvuelven dentro del proceso, se descubre la verdad y se logra la proposición decisoria del juicio interno: o se decide la absolución o se determina la condena, pero en forma categórica sin dudas ni reticencias, a menos que se recurra a una máxima de justicia que determine el conflicto.

En el silogismo clásico, la premisa mayor presupone un razonamiento inductivo basado en la experiencia, por lo que al lado de la estructura lógica, existe un fundamento empírico, que esta conformado por las máximas de la experiencia que no son otra cosa que juicios hipotéticos de contenido general, adquiridas mediante la experiencia que contribuye a la formación de la persuasión judicial, misma que a medida que se observan los instrumentos probatorios que constan en autos, se van integrando las distintas inferencias a base de los procesos silogísticos, y la convicción aumenta o disminuye.

³³ SANDOVAL DELGADO, Emiliano, Tratado sobre los medios de prueba en el Derecho Procesal mexicano, Angel Editor, México, 2003, p. 194.

El punto de discusión es si se debe emplear un silogismo deductivo o inductivo, en materia estrictamente penal, no puede hablarse de verdades absolutas, axiomáticas e inteligibles, donde, por ende, no se requiere de la utilización de los sentidos, pues se trata de la verificación de un hecho humano, como acontece en la aplicación del método deductivo. Así se señala que la presunción es una deducción fundada en una inducción, es decir, deducción regulada por las máximas de la experiencia, las cuales a su vez se han adquirido inductivamente y la inducción no entra a formar parte en el mecanismo de las presunciones.³⁴

Luego, implica que la decisión judicial está formada no solamente por la razón sino que parte de la intuición que como producto humano contiene el juez, pero es menester señalar que esta última no es determinante, pues sirve de criterio seleccionador de las presunciones que se pueden formular, las cuales pueden variar infinitamente, la intuición es la base de todo razonamiento lógico, pero deja en claro que es utilizada al comenzar a valorar los instrumentos probatorios pero no para concluir esta actividad, pues al final solo se tendrían conjeturas y no proposiciones razonadas.

Raúl González-Salas Campos, al respecto refiere que si el juez utiliza las pruebas para afirmar su convicción, en caminará sus conclusiones a afirmar lo previamente intuido y no podrá ver las cosas como son sino como sus ideas preconcebidas se lo permitan, ejemplifica lo anterior con un cuento del autor chino Lie-dze: “Un granjero pierde su hacha y sospecha que el hijo de su vecino se la robó. Para descubrir el robo, se pone a espiar asiduamente al sospechoso. Lo observa de día y de noche, en todo momento, y concluye que se comporta como un verdadero ladrón de hachas. Se mueve con sigilo de un ladrón de hachas, come con el apetito de un ladrón de hachas, y hasta sus más mínimos ademanes delatan al ladrón de hachas. Pero he ahí que una noche descubre su hacha en los matorrales de su propio jardín. La había olvidado distraídamente en ese lugar. Al día siguiente, a plena luz del día, el hijo del vecino sale de su casa. Lo ve el granjero, pero, para su gran sorpresa, nota que todas las

³⁴ **GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS**, Raúl, La presunción en la valoración de las pruebas, INACIPE, 2003, México, p. 129.

marcas que acusaban al ladrón de hachas han desaparecido. De aquellos acusadores estigmas no quedan ni uno solo”.³⁵

La importancia de esta prueba radica en que es imprescindible para que el juzgador efectúe la mayoría de los razonamientos en la sentencia y para la valoración probatoria en su conjunto, lo que permite alcanzar convicción sobre los hechos que se pretenden subsumir en un tipo penal y desprender la participación del inculpado.

Así, la mayoría de las sentencias emitidas por nuestros órganos jurisdiccionales se han basado en dicha prueba, sin que se desarrolle y precise correctamente en que consisten los indicios (hechos probados) y cuales son las presunciones (hechos por probar). Tampoco se adminicula, concatena, corrobora, los primeros, esto es, los hechos probados como se enlazan en la mente del juzgador para crearle convicción en el hecho constituido y a partir de los mismos, como se arriba, como se llega, al hecho por constatar, a la incógnita por despejar, sustancialmente, cuando versa sobre la responsabilidad penal del acusado. Plasmar el razonamiento con sus principios lógico-jurídicos resuelve un proceso intelectual que nuestros jueces aún no desarrollan y se conforman, en la sentencia, con el simple enumerado del ordenamiento legal que regula la prueba presuncional y las tesis dictadas por la SCJN.

Luego se deja de hacer mención expresa de la utilización de la misma, amén de que su uso es de gran utilidad ante la insuficiencia de pruebas directas que deduzcan la culpabilidad del acusado y donde el esfuerzo intelectual del juzgador es requerido con más exactitud; sin soslayar que el problema que se presenta en la práctica es que el juzgador no motiva la utilización de la prueba circunstancial porque desconoce su alcance y estructura.

Dicha prueba es la manera más directa para denotar la agudeza y la experiencia de cada juzgador, para expresar su capacidad de maniobra racional al combinar los elementos probatorios que obran en la causa e interrelacionarlos, definiendo a la misma de la siguiente manera: *“es la prueba de un hecho, de probanza dificultosa por inexistencia de prueba o por no ser convincente, mediante la prueba de otro u otros hechos conectados lógicamente con*

³⁵ *Ibídem*, pp. 122-123.

*aquél, según criterios de experiencia, y no contradichos por otras pruebas, de manera que la prueba de este o estos hechos implica la prueba de aquel otro hecho”.*³⁶

Lo cual nos lleva a admitir que la prueba presuncional se emplea en aquellos casos en que existe una dificultad para probar cierto hecho ante la imposibilidad de que lo puedan hacer aisladamente los restantes medios de prueba que obran en el sumario, que permitan arrojar convencimiento al juzgador, pues la presunción supone dos hechos y un nexo que los une, el indicio será aquel hecho base, de cuya existencia se puede deducir la posibilidad de que se haya realizado otro hecho que se desconoce mediante un enlace racional, en cuyo caso no puede seguirse hablando de hecho presunto una vez efectuada la operación intelectual del juzgador, pues se está ante la presencia de un hecho probado. Pero es menester señalar que ninguna prueba directa podría por sí sola establecer la condena del justiciable, ni siquiera la confesión, de hecho podrían violarse las leyes del procedimiento si la sentencia condenatoria se basa en esa sola prueba, y se presume que el inculpado estuvo incomunicado o que fue coaccionado, tal como lo establece fracción XIV del artículo 160 de la Ley de Amparo.

La prueba indiciaria actualmente considerada la reina de las pruebas, actúa más que ninguna en la inteligencia y la lógica del juzgador, pues cada uno de los indicios permite hacer inferencias de probabilidad que conduzcan a la certeza de un hecho mediante un procedimiento lógico-jurídico, resalta su importancia en el procedimiento penal, en virtud de que en muy variados supuestos, las presunciones son el único medio de llegar al esclarecimiento de un hecho delictuoso y al descubrimiento de sus autores, debe existir una relación material y directa con el hecho materia de la imputación, luego, dicho juicio debe ser deductivo racional y no absurdo.

Es el más claro proceso esencialmente silogístico con encadenamiento lógico de unas proposiciones con otras, a fin de llegar a la precisión, a la correspondencia exacta de pensamiento, por ello toda conclusión es el resultado racional de las premisas, pues finalmente toda decisión del juez está vinculada lógicamente a la norma jurídica, ya que de lo contrario vulneraría gravemente su función de ser un celoso vigilante de la justicia, toda resolución

³⁶ CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal*, *op. cit.*, pp. 582 y 586.

judicial debe aplicar una correcta apreciación de los elementos probatorios que integran la causa.

No se trata de reducir la función jurisdiccional a la mera transcripción de la ley o a la aplicación ciega de una tesis de jurisprudencia solo porque el máximo tribunal adquiere funciones integradoras de la ley, una sentencia que carezca de razonamiento quebranta el respeto a la dignidad del imputado como persona.

Ello implica que el enlace natural que debe existir entre la verdad conocida y la que se busca, es un vínculo objetivo y no subjetivo, de lo contrario la conclusión a la que arribaría el juzgador en base al silogismo efectuado a través de la prueba indiciaria, estaría fundamentando las presunciones en conjeturas y especulaciones y no en hechos probados y ciertos, que permitan indagar la verdad buscada; así se ha sustentado el siguiente criterio por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia:

“PRUEBA CIRCUNSTANCIAL, INTEGRACIÓN DE LA. Para integrar la prueba circunstancial, debe ocurrirse a dos reglas fundamentales: que se encuentren probados los hechos de los cuales se derivan las presunciones, y que exista un enlace natural más o menos necesario entre la verdad conocida y la que se busca; tal enlace ha de ser objetivo y no puramente subjetivo, es decir, debe ponerse de manifiesto para que sea digno de aceptarse por quien lo examina con recto criterio. En consecuencia, cuando los hechos básicos carecen de la calidad de certeza, de evidencia, de ellos no pueden derivarse consecuencia alguna que conduzca a descubrir la verdad que se busca.”³⁷

Es importante destacar que la presunción siempre será única, no importando que hayan partido de varios indicios, así se habla de presunciones monobásicas, tribásicas o polibásicas, pues como señala Muñoz Sabate “los indicios no se cuentan sino que se pesan. En algún caso dos afirmaciones-base pueden tener más fuerza que veinte en otro supuesto”.³⁸

³⁷ **Semanario Judicial de la Federación y su gaceta**, Séptima Época, Primera Sala, 157-162 Segunda Parte , p.102.

³⁸ **SABATÉ MUÑOZ**, Luis, *Técnica probatoria*, *op. cit.*, p. 207.

Es claro que en el proceso penal, es menester que sea una presunción polibásica, pues dicha prueba indiciaria puede destruir la presunción de inocencia de que es titular el acusado; de ahí la necesidad de que los indicios se sitúen en una misma dirección, los cuales han de ser consistentes y plurales (concurso de indicios) para llevar al órgano jurisdiccional a establecer una sentencia, de esta forma aumentan la certidumbre sobre el curso del evento típico al reforzarse recíprocamente.

Empero, la prueba circunstancial no culmina con la construcción de la presunción, sino que es menester verificar la conclusión a la que se ha llegado; por lo que puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan diversas hipótesis de conclusiones, en ese caso el juez debe tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige una de ellas por estimarla contundente. Así el objeto que persigue el método infirmativo es ordenar todas las conclusiones posibles para compararlas y enfrentarlas para medir su grado de resistencia, no dando por cierta ninguna hasta que se hayan examinado todas para llegar a una afirmación.

Dicho proceso de verificación establecido al final de la valoración puede ser tan sencillo como el caso concreto lo permita o bien alcanzar un grado de complejidad por la variedad de las afirmaciones resultantes. Muñoz Sabaté trae a colación, el ejemplo de Robinson Crusoe cuando descubre en su isla solitaria las pisadas de un ser humano y desglosó las posibles hipótesis que iban desde la duda de si había otro ser humano en ese lugar hasta deducir que eran sus propias huellas colocadas ahí estando sonámbulo.³⁹ Es aquí donde las pruebas para mejor proveer pueden ayudar a despejar la incógnita y robustecer la presunción a la que se arriba lógicamente y razonadamente.

Toda presunción o inferencia parte por tanto de un indicio que siempre debe estar enlazado con aquella y dicho vínculo está regulado por el Código Federal de Procedimientos Penales al establecer en su artículo 286, la valoración de la prueba indiciaria, al señalar:

“Artículo 286.-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

³⁹ *Ibidem* p.233.

busca, apreciarán en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena”.

Se debe expresar públicamente no sólo el razonamiento jurídico por medio del cual se aplican a unos determinados hechos, las normas jurídicas citadas y que fundamentan el fallo, sino también las pruebas que se practicaron y los criterios racionales que han guiado su valoración, pues dicho nexo causal, debe ser explicado y dicho enlace se asienta en una máxima de la experiencia y la normalidad de las cosas, precedida de un juicio de racionalidad, no así del capricho y la arbitrariedad judicial.

En el mismo sentido se sitúa la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia

*“**PRESUNCIONES.** El artículo 261 del Código de Procedimientos Penales del Distrito, autoriza a los Jueces y tribunales para apreciar en conciencia el valor de las presunciones, hasta poder considerar su conjunto como prueba plena, según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace natural más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca; pero los indicios deben ser de tal manera claros y convincentes, que no dejen lugar a duda respecto de la comprobación del cuerpo del delito y de la responsabilidad del acusado, y si existe esa duda, procede absolver a aquél, y al no hacerlo así, se viola en su perjuicio la garantía consignada en el artículo 14 de la Constitución.”⁴⁰*

Los elementos de la prueba indiciaria se pueden resumir en:

- a) Indicio- Es todo hecho cierto y probado, con virtualidad para acreditar otro hecho con el que está relacionado, el cual constituye la premisa menor del silogismo y que permitirá alcanzar una certeza sobre el hecho enjuiciado cuando esté plenamente acreditado.
- b) Una presunción- Es la inferencia que se obtiene a través del indicio lo cual permite comprobar un hecho distinto, constituye la conclusión del silogismo, donde la premisa

⁴⁰ **Semanario Judicial de la Federación y su gaceta**, Quinta Época, Primera Sala, T. LXXXII, p. 2372.

mayor se conforma por una ley basada en la lógica, en la ciencia o en el sentido común, sustentada en el indicio, premisa menor, da una conclusión sobre el hecho oculto.⁴¹

El indicio no requiere de ser demostrado sino comprobado, es el juzgador, quien debe asegurarse de que sea un dato acreditado, pero si por sí solo o acumulado con otros indicios no puede llegar a formar una presunción sino que del cúmulo de indicios se forman varias presunciones no puede llegarse a una conclusión válida. Los indicios como indicadores de una presunción deben estar plenamente probados, de lo contrario se construiría la prueba circunstancial en indicios falsos.

El concepto de indicio proviene de *inde dico*, -de allí digo-, es el hecho base, el hecho conocido, no tiene por lo tanto, ni mayor ni menor valor que la presunción, sino una posición diferente, pues es el elemento del cual se extrae la presunción, como dice González-Salas Campos, “el indicio *per se*, no es ni bueno ni malo, sino un dato meramente objetivo del cual parte el razonamiento, y como consecuencia la presunción. El indicio es el enlace con el razonamiento, pues toda presunción o inferencia debe partir de un indicio, por ello se dice que siempre debe haber un enlace entre ambos, y este enlace está regulado en la ley.”⁴²

La actividad probatoria se funda sobre hechos base, a partir de los cuales y mediante un razonamiento lógico puede establecerse la existencia de hechos constitutivos de un delito, debe existir entre ambos, acorde con las reglas de la lógica y de la experiencia, una vinculación que permita arribar a la determinación de que el hecho indicio es cierto, por ello se hace énfasis en que la prueba de cargo debe ser suficiente.

La presunción es la implicación que el órgano jurisdiccional extrae de un hecho conocido (indicio) para llegar a un hecho ignorado, resulta pues de una inferencia formulada por la autoridad judicial, el cual llega a una conclusión sobre el hecho a probar a partir de un hecho ya conocido o probado, que sirve de premisa para un razonamiento, complementado

⁴¹ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, “La prueba indiciaria”, en La prueba en el proceso penal, vol. 2, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 59.

⁴² GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, La presunción en la valoración de las pruebas, *op. cit.*, p. 103.

con las máximas de la experiencia. La percepción de los datos desprendidos de los instrumentos de prueba es insuficiente para reproducir el hecho histórico, sino se efectúa un juicio de valoración, esto es, una operación mental que concluya con una afirmación de la existencia o inexistencia de un hecho, con una actitud crítica por parte del juzgador.

El juez parte de inferencias, así el proceso de valoración es un proceso inferencial que parte de los instrumentos de prueba, ninguna de ellas es capaz de alcanzar una certeza absoluta, sino que requiere un concatenamiento con el resto del material de constatación, por ello se concluye que toda prueba se basa en presunciones, así el artículo 160 fracción XV de la Ley de Amparo, establece como violación a las leyes del procedimiento el que una sentencia condenatoria se sustente únicamente en la confesión del inculpado, porque las llamadas pruebas directas requieren de unión para adquirir fuerza y tener convicción de prueba circunstancial.

Pero no todo indicio puede llevar a formular una presunción, pues se puede estar ante inferencias dudosas, vagas e insuficientes que no conlleven a probar algo; o puede acontecer que la prueba se obtenga cuando las inferencias que parten de los indicios formulados, sean suficientemente fuertes para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo.

Esto permite señalar que se atribuye un grado de confirmación de las distintas hipótesis sobre el hecho a probar, esto es, cuando de entre las diversas conclusiones que se pueden obtener a partir del hecho conocido, se ha escogido aquella que confirma la hipótesis planteada mediante el silogismo, por ello es regla de la prueba circunstancial que las inferencias a que llega el juzgador converjan hacia la misma conclusión, pues cada indicio debe confirmar la hipótesis planteada.

La relación de la prueba presuncional tiene relevancia respecto de la presunción de inocencia, en virtud de que la sentencia emitida por el órgano jurisdiccional, debe contener el razonamiento deductivo que lo lleve a determinar probada la culpabilidad del procesado, de lo contrario la falta de motivación implicaría una violación al derecho de presunción de

inocencia; de tal suerte que ésta puede desvirtuarse sobre la base de una prueba indiciaria, siempre que los indicios estén debidamente probados, con ello se deja fuera de toda consideración las meras conjeturas o sospechas, al señalar el juzgador el procedimiento empleado mediante reglas de la lógica y la experiencia por las que arribó a la determinación de que el procesado efectuó la conducta descrita en el tipo penal, es decir, cómo obtuvo la certeza de la participación del inculpado en los hechos materia del proceso.

La motivación de la sentencia que se funda en una prueba indiciaria, debe expresar no sólo el razonamiento jurídico por medio del cual se consideran probados los hechos, sino los criterios racionales que hayan surgido de la valoración, todo ello con la finalidad de verificar si existe una verdadera prueba de cargo o sólo un conjunto de sospechas.

Así el Tribunal Constitucional español ha señalado:

*“es un hecho que en los juicios criminales no siempre es posible esa prueba directa por muchos esfuerzos que se hagan para obtenerla. Prescindir de la prueba indiciaria conduciría a la impunidad de ciertos delitos, especialmente de los perpetrados con particular astucia, lo que provocaría una grave indefensión social (...) el Tribunal Constitucional debe enfrentarse en estos casos con la difícil tarea de verificar si ha existido una verdadera prueba indiciaria o si lo único que se ha producido es una actividad que, a pesar de su finalidad probatoria, no ha logrado más que arrojar sospechas o sugerir conjeturas sobre la culpabilidad del acusado”.*⁴³

Pero dicho proceso lógico solo puede completarse, cuando el órgano jurisdiccional ha sido el director del proceso, ya que con toda responsabilidad estará en aptitud de confiabilidad en el momento decisivo; esto es, que se haya respetado el principio de inmediatez procesal, ello obedece a que haya existido una relación directa con las partes y que el juez haya recibido personalmente los elementos probatorios, no es suficiente con que al final, en el momento de dictar resolución, el juez estudie apresuradamente los autos; por mucho interés, y por mucho método que ponga en ello; por grandes que sean su ciencia jurídica y su práctica judicial, ese

⁴³ CLIMENT DURÁN, Carlos, La prueba penal, *op. cit.*, p. 597.

conocimiento adquirido todo de un golpe, sin haber vivido las sucesivas etapas del proceso, será siempre imperfecto.

4.6 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO REO

La Revolución Francesa actualizó la regla de la absolución en caso de que existiera incertidumbre al momento de que el juzgador emitiera la sentencia, equiparándose la incertidumbre a la inexistencia de la culpabilidad. Ello presenta vinculación con la garantía contenida en la última parte del artículo 23 constitucional, donde se prohíbe absolver de la instancia, propio del sistema inquisitorio, que dejaba a los procesados por el resto de su vida en una situación de duda respecto de su inocencia, amenazados bajo la posibilidad de que se abriera un nuevo proceso y en una situación de franca inseguridad jurídica.

En este sentido señala el maestro Zamora-Pierce citando a José María Lozano que: “Antiguamente, cuando de la averiguación resultaba que no había datos suficientes para condenar al acusado, pero que existían algunos que hacían presumir con fundamento racional su culpabilidad, se le absolvía de la instancia, es decir, se dejaba a abierto el proceso para continuarlo luego que hubiera mejores datos. Esta práctica equivalía a no sentenciar al acusado; el fallo no establecía su criminalidad, pero tampoco reconocía su inocencia; su conducta quedaba dudosa, y pendiente “sobre su cabeza la espada de Damocles, que en el momento menos esperado podría venir a herirle, arrebatándole a los goces de una libertad incierta y precaria. Con mucha razón esta práctica ha quedado abolida: el acusado debe ser absuelto o condenado, pero lo uno o lo otro; es preciso fijar con toda claridad su situación y su suerte. Si la justicia tiene dudas, la razón y la equidad exigen que se pronuncie a favor de la inocencia, porque es un principio de justicia, que todo el mundo debe reputarse inocente, mientras una sentencia ejecutoria no lo declare culpable; y es un principio de equidad natural, que en caso de duda debe absolverse al acusado”.⁴⁴

Por lo cual era menester introducir una regla para los casos de incertidumbre, que lo fue la máxima *in dubio pro reo*, que despeja la incógnita al conducir a la absolución del reo en

⁴⁴ ZAMORA-PIERCE, Jesús, Garantías y Proceso Penal, Porrúa, 12ª ed., México, 2003, p. 399.

caso de duda, que se actualiza en aquellos casos, ante los cuales en virtud de la imposibilidad de orientar el juzgador su decisión el ordenamiento jurídico suministra el criterio para superar la incertidumbre derivada de la valoración de la prueba.

El principio de *in dubio pro reo* es el más conocido de un conjunto de aforismos latinos que protegen los derechos fundamentales de aquellas personas sujetas a un proceso penal, tales como “*Semper un dubiis benigniora praefrenda sunt*” (en los casos dudosos se ha de preferir siempre lo más benigno).

Dicho principio tiene aplicación en dos campos a saber: en la interpretación de la ley y en la valoración de la prueba; existe la postura tradicional que dicho aforismo no tiene incursión en ese campo, al constreñir su aplicación a la valoración de los hechos; lo cual es totalmente equivocado, ya que nada proscribía que la ley al ser oscura pueda llevar a un estado de incertidumbre, donde la función de desentrañar el sentido de la misma deba hacerse en forma benigna respecto del inculpaado; así señala Santiago Sentís: “examinar y valorar pruebas es cosa diferente de interpretar un texto legal. Pero eso no quiere decir que la duda no pueda producirse en el espíritu del juez en ambos casos, y que es necesario resolverla”.⁴⁵

De ahí la confusión por un sector de la doctrina respecto de este principio y la presunción de inocencia al actuar en el ámbito de la valoración de la prueba, pues en este último caso el juzgador no duda respecto de la inocencia del acusado, antes está seguro de que no hay pruebas suficientes de la culpabilidad del sujeto y por ende la presunción de inocencia ha quedado intocada.

Algunos autores confunden ambos principios, por ende han querido ver el origen de la presunción de inocencia en el principio jurídico del *in dubio pro reo*, así Esteban Romero Arias, señala en relación a la Constitución española que: “Cuando nuestra Constitución estableció que <todos tienen derecho a la presunción de inocencia> elevó el viejo aforismo <in

⁴⁵ SENTÍS MELENDO, Santiago, *In dubio pro reo*, Ediciones Jurídicas, Europa-America, Buenos Aires, 1971, p 85.

dubio pro reo> al rango de norma constitucional, culminando así un largo proceso de reconocimiento legal (...)”.⁴⁶

Enrique Bacigalupo, sostiene la tesis de que el principio *in dubio pro reo* no es sino la presunción de inocencia, al elevarse a derecho fundamental, bajo la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional Español que determinó: “Una vez consagrada constitucionalmente la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del Derecho que ha de informar la actividad judicial (“*in dubio pro reo*”) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata”. Determinando que el principio *in dubio pro reo* es parte de la garantía constitucional de la presunción de inocencia.⁴⁷

Es duda la indeterminación de decisión entre dos juicios contradictorios, por falta de mayores razones para optar por alguno de ellos. Se puede afirmar que el *principio in dubio pro reo* se dirige al juzgador en aquellos casos en que a pesar de haberse llevado una actividad probatoria con todas las formalidades establecidas en la ley, las pruebas practicadas dejan en el ánimo del juzgador incertidumbre respecto de la existencia de la culpabilidad del acusado, luego ante ello debe proceder a absolverlo. El dudar implica que el ánimo del juzgador se encuentra perplejo entre dos juicios contradictorios, sin poder decidirse por ninguno de ellos.

Acorde con este criterio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió la siguiente jurisprudencia:

“DUDA. *Cuando un tribunal concluye en la condena mediante raciocinio denotando seguridad y firmeza, se aparece automáticamente la oportunidad de aplicación de los preceptos procesales relativos a la necesidad de absolver por duda, ya que es un estado de conciencia, como tal, subjetivo, e implica ausencia completa de convicción, suspensión de juicio como resultante de indecisión ante la afirmación o negación de*

⁴⁶ ROMERO ARIAS, Esteban, La presunción de inocencia, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁷ *Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Enrique Bacigalupo, año XLI, España, mayo-agosto, 1988, Ministerio de Justicia, “Presunción de inocencia, <in dubio pro reo> y recurso de casación”, pp. 366-367.

una realidad; estado de perplejidad por no saber que sustentarse a un medio entre dos posibilidades en que ninguna de ellas muestra perfiles bastante convincentes.”⁴⁸

La máxima citada interviene en el campo probatorio, exactamente en el momento final de la valoración de la prueba, al actuar no como regla para apreciar las pruebas, sino que se aplica después de terminada dicha valoración, envuelve un conflicto de carácter subjetivo que tiene efectos sobre el convencimiento del conjunto probatorio ofrecido por el inculpado y por el acusador, donde el principio *in dubio reo* funda el supuesto de la absolución del inculpado ante la duda razonable; ello supone un proceso subjetivo por parte del juzgador que refleja la incapacidad del mismo para superar una situación de incertidumbre, ante dos hechos que arrojan la misma cantidad de convicción, al no poder superar la situación de duda y es entonces cuando dicha máxima orienta al juzgador a resolver en un sentido favorable al acusado.

Por su parte, la presunción de inocencia como derecho fundamental obliga al juzgador a constatar la existencia de una actividad probatoria de cargo y la suficiencia de la misma, esto es, como hemos anotado que la prueba sea legal y que haya sido racionalmente valorada, por lo que a falta de estos requisitos, no puede decirse que exista prueba de cargo que afirme la culpabilidad del acusado, en consecuencia, prevalece la presunción de inocencia del mismo. En tanto que el *in dubio pro reo* se actualiza cuando a pesar de la existencia de la prueba de cargo, la prueba de descargo tiene el mismo nivel de veracidad, de manera que no se puede disipar la incertidumbre y ante esta tensión dialéctica, el juez está obligado por ley a inclinarse en beneficio del acusado, como lo señala la legislación adjetiva penal para el Distrito Federal en su artículo 247 que a la letra dice:

“En caso de duda debe absolverse. No podrá condenarse a un acusado, sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa.”

La presunción de inocencia implica un problema de insuficiencia de pruebas, en tanto que la máxima *in dubio pro reo*, un problema subjetivo de “duda”, lo cual no debe

⁴⁸ **Semanario Judicial de la Federación y su gaceta**, Quinta Época, Primera Sala, T. CXXVII, p. 66.

confundirse, como señala el tratadista Esteban Mestre Delgado la máxima “pro reo” que es un principio de valoración benigna de las pruebas en caso de incertidumbre, mismo que envuelve un problema subjetivo de valoración y la presunción de inocencia, tiene una distinta naturaleza, pues ésta determina la exclusión de la presunción de culpabilidad del imputado durante la secuela del proceso, con lo cual se evita una sentencia condenatoria al no obrar constancias suficientes de la participación delictuosa del acusado en el hecho punible, siendo una garantía procesal.⁴⁹

En el mismo sentido se explica la diferencia de ambos principios en la siguiente tesis jurisprudencial:

“DUDA Y PRUEBA INSUFICIENTE, DISTINCIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS DE. En el aspecto de la valoración de la prueba, por técnica, es claro que existe incompatibilidad entre los conceptos de prueba insuficiente y duda absoluta, ya que mientras el primero previene una situación relativa a cuando los datos existentes no son idóneos, bastantes, ni concluyentes para arribar a la plena certidumbre sobre el delito o la responsabilidad de un acusado, esa insuficiencia de elementos incriminatorios justamente obliga a su absolución por la falta de prueba; en tanto que, el estado subjetivo de duda, sólo es pertinente en lo que atañe a la responsabilidad o irresponsabilidad de un acusado, y se actualiza cuando lejos de presentarse una insuficiencia de prueba, las hay en grado tal que son bastantes para dubitar sobre dos o más posibilidades distintas, asequibles y congruentes en base al mismo contexto, ya que con facilidad podría sostenerse tanto un argumento como otro, y en cuyo caso, por criterio legal y en términos del artículo 247 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se obliga al resolutor de instancia, en base al principio de lo más favorable al reo, a su absolución.”⁵⁰

⁴⁹Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, Esteban Mestre Delgado, año XXXVIII, España, septiembre-diciembre, 1985, “Desarrollo jurisprudencial del derecho constitucional a la presunción de inocencia”, pp. 728-729.

⁵⁰Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, Marzo de 1994, tesis I.2o.P J/54, p. 28

La presunción de inocencia se actualiza por la inexistencia de prueba o ineficacia de la misma; en tanto que la aplicación del principio *in dubio pro reo*, surge del resultado de la valoración de las pruebas en su conjunto, donde el estado de duda del juzgador hace patente la utilización de dicha máxima, tiene en el campo probatorio una dimensión más reducida que la presunción de inocencia, pero una importancia determinante, pues sólo entra en consideración, cuando la duda reposa entre las pruebas de cargo y de descargo que arrojan la misma convicción, al resolver poderosamente el fallo del juzgador en sentido positivo para el acusado.

Así se expresa que puede presentarse en la mente del juzgador un proceso mental entre dos hipótesis contradictorias, donde la indecisión atormenta al juzgador con acento apocalíptico respecto de la certeza de la inocencia o de la certeza de la responsabilidad, aparece como tabla de salvación del conflicto de conciencia, *in dubio pro reo*, como una regla de aceptación universal y de gran contenido ético.⁵¹ La presunción de inocencia actúa en tanto no se prueba el delito y en su caso la participación de una o varias personas en él. Es decir, cuando existe un vacío probatorio, una laguna desde el punto de vista jurídico procesal, de la actividad probatoria, en este sentido dicha presunción se mantiene firme.

Pero como señala Rives Seva “*si existe actividad probatoria de cargo y paralelamente de descargo y entre las primeras se producen evoluciones cronológicas de actitudes acusatorias y no acusatorias, decidir es tarea del juzgador de instancia... y en esa fase cuando, si en el ánimo del juzgador en la instancia se introduce la duda al comparar lo que hay de positividad y de negatividad en las pruebas de cargo y de descargo, es decir, de ponderar todo el material probatorio resolverá conforme al principio in dubio pro reo*”.⁵²

La distinción entre ambos principios no carece de sentido, más allá la presunción de inocencia no excluye el principio *in dubio pro reo* en el ámbito de la valoración de la prueba, sino que, se complementan al suavizar el ejercicio del poder punitivo en el momento procesal

⁵¹ MARTÍNEZ PINEDA, ÁNGEL, *Filosofía jurídica de la prueba*, op. cit., p. 25.

⁵² RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La prueba en el proceso penal*, op. cit., p.33.

en que el juzgador emite la resolución que pone fin al juicio, con plena seguridad jurídica respecto de quien se encuentra sujeto a un proceso penal.

No se soslaya, que el Máximo Tribunal Constitucional del País, estableció, que el principio *in dubio pro reo*, al igual que el de presunción de inocencia, se encuentra de manera implícita en la Constitución Federal, lo cual fue reflejado en la tesis aislada 1a. LXXIV/2005, emitida por la Primera Sala del Máximo Tribunal Constitucional, cuyos datos de publicación aparecen en la página 300, del Tomo XXII, Agosto de dos mil cinco, Novena Época, Materia Constitucional, Penal, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo texto y rubro son:

“PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. ESTÁ PREVISTO IMPLÍCITAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deriva el principio de presunción de inocencia, y de esta inferencia, relacionada con los artículos 17, segundo párrafo, y 23 del citado ordenamiento, se concluye la existencia del principio in dubio pro reo, el cual goza de jerarquía constitucional. En ese tenor, conforme al principio constitucional de presunción de inocencia, cuando se imputa al justiciable la comisión de un delito, éste no tiene la carga probatoria respecto de su inocencia, pues es el Estado quien debe probar los elementos constitutivos del delito y la responsabilidad del imputado. Ahora bien, el artículo 17, segundo párrafo, constitucional previene que la justicia que imparte el Estado debe ser completa, entendiéndose por tal la obligación de los tribunales de resolver todas las cuestiones sometidas a su conocimiento, sin que les sea lícito dejar de pronunciarse sobre alguna. Por su parte, el referido artículo 23, in fine, proscribela absolución de la instancia, es decir, absolver temporalmente al reo en una causa criminal cuando los elementos probatorios aportados por la parte acusadora durante el juicio no resultan suficientes para acreditar su culpabilidad; por lo que la absolución debe ser permanente y no provisoria, además de que el propio artículo 23 previene que no es lícito*

juzgar dos veces a alguien por el mismo delito (principio de non bis in idem). En este orden, si en un juicio penal el Estado no logra demostrar la responsabilidad criminal, el juzgador está obligado a dictar una sentencia en la que se ocupe de todas las cuestiones planteadas (artículo 17, segundo párrafo), y como ante la insuficiencia probatoria le está vedado postergar la resolución definitiva absolviendo de la instancia -esto es, suspendiendo el juicio hasta un mejor momento-, necesariamente tendrá que absolver al procesado, para que una vez precluidos los términos legales de impugnación o agotados los recursos procedentes, tal decisión adquiera la calidad de cosa juzgada (artículo 23).”

CONCLUSIÓN

El reconocimiento de la presunción de inocencia en la normatividad internacional como en el derecho interno, precisamente en la órbita constitucional, trae la consecuencia de hacer obligatoria su observancia, conducir a un cambio de mentalidad del legislador y del interprete de la Constitución, al vincular a todos los poderes del Estado. Su establecimiento expreso en nuestra Constitución Federal, no era una cuestión, de la que podíamos prescindir en nuestro actual sistema penal; tal como se ha advertido; máxime que, México había signado diversos instrumentos internacionales respecto de la inserción en nuestro sistema legal de dicho derecho fundamental en un precepto constitucional, omisión que provocó que carezcamos de una práctica forense eficiente de respeto a éste derecho fundamental dentro del proceso penal mexicano.

Si la Constitución obliga a todos los órganos del Estado y puede ser invocada para que los poderes del mismo ejecuten, legislen o juzguen sobre determinada situación fáctica; elevar a rango constitucional la presunción de inocencia implica, que el legislador no cree normas que atenten contra este derecho, ni lo restrinja de algún modo, pero ello es insuficiente. El problema se ve inmerso en el entorno cultural en el que se presenta el proceso de reforma; no debe olvidarse que en la formulación del sistema penal el tiempo marca su huella y muestra que existe una correspondencia entre el modelo procesal adoptado en un momento histórico y los componentes de la organización del Estado. En los actuales momentos, ya no basta la confrontación entre el modelo mixto de hegemonía inquisitorial y el modelo acusatorio garantista. El movimiento de reforma procesal ha obtenido una conquista normativa con la promulgación de nuevos códigos procesales penales, de espíritu garantista y adversarial, instrumentos a través de los cuales se debería lograr la finalidad democrática que los sustenta, que busca la coincidencia de los dispositivos procesal penales con el ordenamiento constitucional, se plasme en el conjunto de instituciones y prácticas procesales, pero ello es sólo un paso en la consolidación del sistema de justicia penal acusatorio, la apuesta más descollante de los nuevos ordenamientos es rescatar la centralidad del juicio para darle transparencia a través de la oralidad, donde la *presunción de inocencia* tendrá un papel protagónico al garantizarse la transparencia del proceso.

La preocupación es garantizar la libertad de las personas sujetas a un proceso penal en un medio en el que se logre el equilibrio entre la defensa social contra la delincuencia y el acceso a los fines supremos del Derecho: justicia y seguridad jurídica. La estructuración del proceso penal es determinante para darle connotación a un Estado de Derecho o bien, para evidenciar un Estado totalitario, si aceptamos que constituye un presupuesto indispensable para la imposición de penas y medidas de seguridad; pero sobretodo, para implementar un sistema de principios jurídico-penales que permitan el respeto a los derechos fundamentales de quienes se ven sometidos a una acusación de carácter penal, sin que con ello se deje de cumplir el orden jurídico, en un contexto garantista de los principios fundamentales: exacta aplicación de la ley, debido proceso, mínima intervención, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, *non reformatio in peius*, litis cerrada, no autoincriminación, *non bis in idem* e irretroactividad de la ley.

En este sentido la presunción de inocencia, constituye un límite al legislador en la creación de normas jurídicas que consagren una presunción de culpabilidad que obligue al inculcado a demostrar su inocencia, lo cual eliminaría los tipos que revierten la carga de probar su inocencia al acusado previstos en nuestra legislación penal y evitar que nuestro máximo tribunal constitucional en su poder de legislador permita la violación de postulados fundamentales sobre los cuales se construye nuestro incipiente Estado de Derecho. Incluso, conforme a dicha cultura lograr que la Suprema Corte de Justicia, en su caso declare la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran ese principio.

Ello se hace patente cuando en nuestra legislación punitiva se mantuvo la presunción de dolo en base a la influencia positivista del Código Penal de 1929, en franca violación al principio de presunción de inocencia, al establecerse hipótesis de presunciones de culpabilidad. La inocencia es un fenómeno implícito en el principio de culpabilidad, en el derecho de acto, en el *favor rei*, esto es, en columna vertebral de un Estado Democrático de Derecho.

Por otra parte, implica que los Tribunales puedan limitar su interpretación sobre dicho principio, de esta manera sin invocar la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sería procedente el Juicio de Amparo Directo ante los Tribunales Colegiados de Circuito por violación directa a una garantía constitucional que debe observarse en todo proceso penal, al constituir una violación al procedimiento su inobservancia.

Es por ello que atento a las reformas del texto constitucional, tal y como se plasmó en las reformas de 18 de junio de 2009 para insertar en el Apartado B, fracción I, del artículo 20, constitucional, la presunción de inocencia, es necesario que nuestro máximo tribunal constitucional emita un criterio, en el que se determinen los alcances de la presunción de inocencia como principio rector del sistema penal; no ser solamente pauta superior y abstracta que puede guiar las interpretaciones de los órganos jurisdiccionales, sino norma jurídica de observancia obligatoria, para la aplicación de un sistema penal más justo.

Su principal obstáculo es determinar en qué medida incide en la legislación secundaria; de lo contrario si se desconoce un criterio firme respecto de los lineamientos y alcances de la citada garantía jurídico-penal, sólo será uno más de los principios rectores que subyacen en la elaboración de los textos penales pero que carecen de la máxima de la obligatoriedad y fácilmente susceptibles de ser violentados por los órganos jurisdiccionales o como señala Ferrajoli la presunción de inocencia sería “**puro oropel inútil**”.

La constitucionalización expresa de la presunción de inocencia, exime que dicha garantía quede en una mera interpretación del Máximo Tribunal Constitucional, y adquiera una protección al igual que las demás garantías penales que consagra nuestra Constitución Federal, al delinear los alcances de dicho derecho fundamental, en razón de que es evidente la escasa jurisprudencia respecto de la presunción de inocencia y lo contradictoria que resulta.

Pero ello sólo constituye el primer paso de un largo camino por recorrer en el estudio profundo de este principio, su inclusión en la Constitución Federal, implica una cultura de respeto en la secuela procedimental, ya no más la presunción de dolo o de responsabilidad del inculcado, sino una práctica judicial que denote la sensibilidad a que todo hombre tiene

derecho a mantener ese *estatus* inconvencible de inocencia, y que es el Estado, a través de su órgano persecutor, quien debe demostrar la posición contraria, para declarar que ese hombre es culpable y por ende responsable de un delito.

Pero lo que este trabajo pretendió destacar sin duda, es el papel que le corresponde a la presunción de inocencia en el ámbito de la valoración de la prueba; es de suma importancia distinguir la utilización de ésta al lado del principio *in dubio pro reo*, así solamente se puede decir que hubo violación a la presunción de inocencia del inculpado, cuando fue condenado, sin que hubieran pruebas suficientes de su culpabilidad o bien sin existiera prueba de cargo suficiente y apta para desvirtuar de la presunción *iuris tantum* de que es titular el inculpado, la insuficiencia probatoria tiene ahora un origen y se distingue del estado de dubitación propiamente dicho, la cual como ha reiterado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sólo corresponde al juez de la causa, por lo que permite llegar a otras consideraciones. En este sentido los tribunales de control constitucional, podrían decretar en Amparo Indirecto que se violaron formalidades esenciales del procedimiento y derechos del inculpado, previstos en el artículo 20 constitucional; o bien en amparo Directo la presunción de inocencia determinaría si la valoración del material probatorio hecha por la autoridad responsable, fue legal y con estricto respecto de la garantía de presunción de inocencia, pues de lo contrario, se decretaría un amparo liso y llano.

Por lo que resulta evidente, elaborar un estudio más profundo sobre esta figura poco explorada y explotada en nuestro Derecho Penal Mexicano.

PROPUESTA

Una vez analizado el concepto, la naturaleza jurídica y las características del principio de presunción de inocencia, nos es dable formular una propuesta de tesis para determinar el alcance de dicha garantía jurídico-penal, que complemente la jurisprudencia que señala que dicho principio se encuentra implícito en nuestra Constitución Federal suscrita por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; toda vez que se ha cuestionado que no contamos con un sistema judicial de tipo acusatorio, opinión con la que disentimos, pues los principios de presunción de inocencia, oralidad, de contradicción e inmediatez procesal están protegidos por la garantía del debido proceso legal, solo que es menester establecer los mecanismos procesales idóneos para que se lleven a cabo en la realidad judicial.

En materia probatoria donde dicha máxima adquiere su función más importante, pues determina que a falta de actividad probatoria de cargo suficiente que acredite el delito y la responsabilidad penal del inculpado, debe absolverse en base a que de que la verdad interina de que goza ha quedado incólume por prueba inexistente o insuficiente.

La prueba presuncional toma importancia cuando es el medio usual para acreditar el delito y la responsabilidad penal de un sujeto; por lo tanto para desvirtuar la posición inmovible de inocencia de que goza toda persona acusada de la comisión de un delito en un proceso penal, debe ser tal, que se arribe al absoluto convencimiento del juzgador mediante pruebas de cargo aptas y suficientes, obtenidas con todas las formalidades establecidas en la ley que puedan controvertir este derecho fundamental que subyace por un principio de justicia y humanidad mediante el enlace lógico-jurídico que constata el juzgador.

Todo lo cual hace evidente que la carga de probar la realización de una conducta señalada como delito, le compete al Ministerio Público como órgano acusador, sin que existan hipótesis legales que pretendan invertir la carga de la prueba sobre el justiciable y además que esa actividad probatoria sea idónea para desvirtuar la presunción de inocencia.

Así se propone el siguiente criterio:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES LEGALES DEL PRINCIPIO DE. *De acuerdo con la tesis de jurisprudencia de rubro: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció que este principio aparece implícito en el contenido de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y, 102, apartado A, párrafo segundo; esencialmente, según se dispuso en la ejecutoria respectiva, en los principios de debido proceso legal y el acusatorio, de los que se desprende que el acusado no está obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que no tiene la carga de probar su inocencia, sino que incumbe al Ministerio Público acreditar la existencia de los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del inculcado. Al tenor de estos lineamientos se colige que el principio de inocencia se constituya por dos exigencias: a) El supuesto fundamental de que el acusado no sea considerado culpable hasta que así se declare en sentencia ejecutoriada, esto es, que dicho estatus sea mantenido hasta que recaiga la resolución de segunda instancia; lo que excluye desde luego la presunción inversa de culpabilidad; y, b) la acusación debe lograr el convencimiento del juzgador sobre la realidad de los hechos que afirma como subsumibles en la descripción normativa y su atribución al sujeto; lo que se determina mediante una actividad probatoria de cargo apta y suficiente para desvirtuar esa presunción inconvencible iuris-tantum de la goza todo inculcado y por consiguiente la proscripción de inversión de la carga de la prueba. Respecto del primer aspecto, representa más que una simple presunción legal a favor del inculcado, pues al guardar relación estrecha con la garantía del debido proceso legal, su respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, que en el juicio que se siga, se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento para garantizar al acusado la oportunidad de defensa previa al acto privativo concreto con acatamiento he dicho postulado natural. Con relación al segundo aspecto, se traduce en una regla en materia probatoria, conforme a la cual, la prueba completa de la responsabilidad penal del inculcado debe ser suministrada por el órgano de la*

*acusación, imponiéndose la absolución si esta no queda suficientemente demostrada **más allá de toda duda razonable**, lo que implica además que se deben respetar los lineamientos generales que rigen para la prueba en el proceso penal y su correcta justipreciación, pues los elementos de convicción que se consideren para fundar una sentencia de condena, deben tener precisamente el carácter de pruebas y haber sido obtenidas de manera lícita, para ser capaces de desvirtuar la presunción de inculpabilidad de que goza el inculpado. Así, la presunción de inocencia se constituye en el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su responsabilidad penal haya quedado demostrada plenamente, a través de una actividad probatoria de cargo **apta y suficiente**, obtenida de manera lícita, de conformidad a las correspondientes reglas procesales y que sea capaz de enervar al propio principio.*

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, Reflexiones en torno a una justicia penal, vol. 3, Colección Reflexiones Jurídicas, México, 2003, 249 pp.

BECCARIA, César, De los delitos y de las penas, Edición facsimilar de la edición del príncipe en italiano de 1764, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, 323 pp.

CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., La presunción de inocencia, Porrúa, México, 2003, 228 pp.

EL delito de enriquecimiento ilícito ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una postura inquietante, Porrúa, México, 2003, 161 pp.

El principio non bis in idem. Nadie puede ser juzgado, castigado o perseguido dos veces por el mismo hecho, Porrúa, México, 2005, 215 pp.

CARNELLUTTI, Francesco, Derecho Procesal Civil y Penal, T. II, traduc. Jorge Guerrero, EJE, Buenos Aires, 1971, 476 pp.

CARRARA, Francisco, Opúsculos de Derecho Criminal, traduc. Santiago Sentis Melendo, vol. V, Temis, 2ª ed., Bogotá, 2000, 484 pp.

CARRARA, Francisco, Programa de Derecho Criminal, parte general, vol. I, reimpresión, traduc. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1977, 383 pp.

Programa de Derecho criminal, parte general, vol. II, traduc. José Ortega Torres, Temis, Bogotá, 1987, 535 pp.

CLIMENT DURÁN, Carlos, La prueba penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 436 pp.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Tratado sobre las pruebas penales, T. I, Porrúa, 5ª ed., México, 2000, 957 pp.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, teoría del garantismo penal, Traduc. Perfecto Andrés Ibáñez, Miguel Alfonso Ruíz, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantero Bandrés, Trotta, 2ª ed., Madrid, 1997, 991 pp.

FLORIAN, Eugene, “Elementos de Derecho Procesal Penal”, Iure editores, México, 2001,

FLORIAN, Eugenio, De las pruebas penales, T. I, reimpresión de la 3ª ed., trad. Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1968, 424 pp.

GOLDSCHMIDT, James, Principios Generales del Proceso, vol. 1, Jurídica Universitaria, México, 1999, 146 pp.

GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, La presunción en la valoración de las pruebas, INACIPE, 2003, México, 360 pp.

ORONoz SANTANA, Carlos, Manual de Derecho Procesal Penal, 4ª ed., Limusa, México, 2003, 214 pp.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, La prueba indiciaria, dentro de “La prueba en el proceso penal, vol. 12, Ministerio de Justicia Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, 160 pp.

MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, Filosofía Jurídica de la Prueba, Porrúa, México, 1995, 253 pp.

MICHELÍ, Gian Antonio, La carga de la prueba, Traduc., Santiago Sentis Melendo, Temis, Bogotá, 1989, 503 pp.

MONTAÑES PARDO, Miguel Angel, La presunción de inocencia, análisis doctrinal y jurisprudencial, Aranzadi, Pamplona, 1999, 417 pp.

RIVES SEVA, Antonio Pablo, La prueba en el proceso penal, doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Superior, Aranzadi, 2ª ed., Pamplona, 1996, 453 pp.

ROMÁN QUIROZ, Verónica, La culpabilidad y la complejidad de su comprobación, Porrúa, México, 2000, 319 pp.

ROMERO ARIAS, Esteban, La presunción de inocencia, Estudio de algunas de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental, Aranzadi, Pamplona, 1985, 139 pp.

SABATÉ MUÑOZ, Luis, Técnica probatoria, estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso, Temis, Bogotá, 1997, 542 pp.

SANDOVAL DELGADO, Emiliano, Tratado sobre los medios de prueba en el Derecho Procesal mexicano, Ángel Editor, México, 2003, 207 pp.

SENTÍS MELENDO, Santiago, In dubio pro reo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, 219 pp.

VEGA TORRES, Jaime, Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, La Ley, Madrid, 1993, 413 pp.

ZAMORA-PIERCE, Jesús, Garantías y proceso penal, Porrúa, 12ª ed., México, 2003, 535 pp.

HEMEROGRAFÍA

Iter Criminis, Jorge Nader Kuri, segunda época, núm. 12, México, 2005, INACIPE, “¿Dónde está el principio de presunción de inocencia”, pp. 297-319.

Iter Criminis, Julio Hernández Pliego, Segunda Época, núm. 1, México, 2005, INACIPE, “Presunción de inocencia y prisión preventiva”, pp. 127-143.

Ius Et Praxis, Humberto Noguira Alcalá, año XI, núm. 1, Chile, 2005, Universidad de Talca, Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales, “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, pp. 221-241.

Justicia, María José Mascarell Navarro, núm. 3, Barcelona, 1987, Bosch, “La carga de la prueba y la presunción de inocencia”, pp. 603-643.

Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Enrique Bacigalupo, fasc. II, T. XLI, España, mayo-agosto, 1988, Ministerio de Justicia, “Presunción de inocencia <<in dubio pro reo>> y recurso de casación”, pp. 365-382.

Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Esteban Maestre Delgado, T. XXXVIII, núm. 3, España, septiembre-diciembre, 1985, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, “Desarrollo jurisprudencial del Derecho constitucional a la presunción de inocencia”, pp. 721-746.

Revista de Derecho, María del Pilar Martín Santos, núm. 1, España, diciembre, 1993, Departamento de Disciplinas Histórico-Jurídicas y Económico-Sociales, “La Constitución de 1978 y la presunción de inocencia como derecho fundamental”, pp. 69-90.

Revista Mexicana de Justicia, Vicente Fox Quesada, sexta época, número 9, México, 2005, Procuraduría General de la República, “Iniciativa de Reforma al Sistema de Seguridad Pública y Justicia Penal”, pp. 11-48.

Revista Justicia, María José Mascarell Navarro, núm.3, Barcelona, 1987, Bosch, “La carga de la prueba y la presunción de inocencia”, pp. 603-643.

Revista del Instituto de Ciencia Penales y Criminológicas, Jairo Parra Quijano, vol. XVII, núm. 54/55, Colombia, septiembre-abril, 1994-1995, 1997, Universidad Externado de Colombia, “Presunción de inocencia”, pp. 15-30.

LEGISLACIÓN

Penal Práctica, Ediciones Andrade, México, 2006, 362 pp.

DICCIONARIOS

Diccionario Jurídico Mexicano, T. A-CH, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 13ª ed., México, 1999, 810 pp.

Diccionario Jurídico Mexicano, T. P-Z, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 13ª ed., México, 1999, 3272 pp.

OTRAS FUENTES

<http://172.16.7.253/redjurn/librero/intranet>

<http://172.16.7.253/compilaweb/veracruz/UnArt>

[Sijswap/docsweb/tabasco/12344_3 mayo de 2003.doc](#)

ΦÖΦÖÁÖÖPÖÜCŠ Á

Á

ÖÜÖXÖEWÜCÜ

Á

INTRODUCCIÓN..... V

CAPÍTULO I

EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Pág.

1. La presunción de inocencia como derecho fundamental..... 1

CAPÍTULO II

EL ESTADO MEXICANO Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

2.1. México e instrumentos internacionales sobre presunción de inocencia..... 5

2.2 El principio de presunción de inocencia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación..... 8

CAPÍTULO III

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y MEDIDAS PRECAUTORIAS

3.1 La presunción de inocencia como regla procesal de tratamiento del inculpado. 19

3.2 Arraigo domiciliario y presunción de inocencia..... 19

3.3 Prisión preventiva y presunción de inocencia..... 28

CAPÍTULO IV

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

4.1 De la prueba penal.....	42
4.2 Sistemas de valoración de la prueba.....	46
A) Sistema de la prueba legal.....	47
B) Sistema de libre valoración.....	48
4.3 La carga de la prueba en la presunción de inocencia.....	55
4.4 Naturaleza de la presunción de inocencia.....	66
4.5 Utilización de la prueba indiciaria para desvirtuar la presunción de inocencia..	67
4.6 Presunción de inocencia y el principio <i>in dubio pro reo</i>	81
CONCLUSIONES.....	88
PROPUESTA.....	91
FUENTES DE INVESTIGACIÓN.....	94